

BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016

Bundesgericht, 2016-01-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_373_2015

FR: TF 4A_373/2015 du 26 janvier 2016

IT: TF 4A_373/2015 del 26 gennaio 2016

Erwägungen

E. 1.1

Le 15 juin 2015, B. _____ SA a cédé à A. _____ AG les divisions Retail & Corporate & Wealth management au moyen d'un transfert de patrimoine (art. 69 ss LFus), ce qui n'est pas contesté par les intimés E. _____ et C. _____ (ci-après: les intimés ou les défendeurs).

A. _____ AG (acquiesce) s'est vu céder, par B. _____ SA, la faculté de conduire le procès (

Prozessführungsbefugnis). Elle était déjà titulaire de la créance litigieuse (comprise dans le transfert à titre universel) et la substitution de parties s'était déjà opérée de plein droit en vertu du droit fédéral (cf. art. 17 al. 3 PCF , par renvoi de l' art. 71 LTF ; art. 73 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion [RS 221.301]).

A. _____ AG (ci-après également, par simplification: la demanderesse ou la banque) a donc la qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF), ce qui n'est plus le cas de B. _____ SA. Le recours, en tant qu'il est formé par celle-ci, est irrecevable.

E. 1.2

Interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions en paiement à l'encontre des défendeurs E. _____ et C. _____ et dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par un tribunal supérieur statuant sur recours (art. 75 LTF) dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours de A. _____ AG est recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 45 al. 1, 48 al. 1 et 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi.

E. 1.3

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF).

Le Tribunal fédéral ne peut s'écarter des faits ainsi retenus par l'autorité cantonale que s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

Lorsque le recourant soutient que les faits ont été constatés de manière arbitraire, ou que les preuves ont été appréciées de manière insoutenable, il doit satisfaire au principe d'allégation (art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire soulever expressément ce grief et exposer celui-ci de façon claire et détaillée (ATF 135 III 232 consid. 1.2; 133 II 249 consid. 1.4.2). Pour chaque constatation de fait incriminée, il doit démontrer comment les preuves administrées auraient

dû, selon lui, être correctement appréciées et en quoi leur appréciation par l'autorité cantonale est insoutenable (arrêt 5A_621/2013 du 20 novembre 2014 consid. 2.1; 5A_129/2007 du 28 juin 2007 consid. 1.4). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (cf. ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261/262; 125 I 492 consid. 1b p. 495).

Le Tribunal fédéral n'intervient du chef de l' art. 9 Cst. que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2).

E. 1.4

Le Tribunal fédéral applique d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal (ou à l'état de fait qu'il aura rectifié ou complété après examen des griefs du recours). Il n'est pas limité par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut donc admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été articulés ou, à l'inverse, rejeter un recours en procédant à une substitution de motifs (ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

E. 2.1

La cour cantonale évoque quatre comportements (ou omissions) en soi susceptibles d'engager la responsabilité de l'administrateur et, pour certains d'entre eux, celle du réviseur. Premièrement, le surendettement de la société étant manifeste au 31 décembre 1999, l'administrateur et le réviseur auraient dû en principe aviser le juge (cf. art. 725 al. 2 et 729c CO [qui correspond matériellement à l'art. 729b aCO]); deuxièmement, l'administrateur et le réviseur ne se sont pas rendus compte de divers prélèvements indus opérés par D._____ entre juillet 1999 et 2000 (cf. art. 717 al. 1 CO); troisièmement, l'administrateur a signé, pour le compte de la société F. _____ SA, un contrat avec K. _____ SA, qui s'est révélé totalement contraire aux intérêts de la société (cf. art. 717 al. 1 CO); quatrièmement, l'administrateur n'a pas rempli ses fonctions en ne requérant pas les informations qu'il était en droit d'obtenir et, en conséquence, en ne prenant pas les décisions qui étaient de son ressort (cf. art. 717 al. 1 CO).

Le raisonnement de la cour cantonale sur l'éventuelle responsabilité des deux acteurs concernés est toutefois confus, celle-ci étudiant globalement (et non de manière distincte) ces divers comportements et les conditions de la responsabilité (en particulier le dommage et la causalité) n'étant pas examinées successivement de manière rigoureuse.

Force est toutefois de constater que, des quatre comportements évoqués par la cour cantonale, seule reste litigieuse devant le Tribunal fédéral l'omission des organes d'effectuer l'avis au juge.

A cet égard, la cour cantonale s'est prononcée comme suit, dans un considérant qu'elle semble consacrer au principe et à la quotité du dommage (arrêt entrepris consid. 5.2 p. 17 s.) :

" Le principe du dommage causé à la société ne fait pas de doute. Il n'en va pas de même de sa quotité, s'agissant de sa mesure au jour présumé auquel l'annonce au juge du surendettement aurait dû être faite, faute d'un bilan intermédiaire en valeurs de liquidation à la date du jour en question.

Bien que l'appelante ait limité sa demande à 2'800'000 fr. pour les motifs qu'elle expose, le dommage total en réalité s'élève à 10'518'095 fr., correspondant au découvert ressortant de l'état de collocation. Selon le rapport de H. _____ SA du 10 mai 1999 relatif aux comptes de 1998, ceux-ci présentaient un déficit au bilan de 519'830 fr. 09. Selon le rapport du même réviseur du 18 juin 1999 relatif au bilan intermédiaire arrêté au 31 mai 1999, la perte au bilan s'est accrue de 122'162 fr. 80 durant la période sous revue pour s'établir à 641'992 fr. 89. Au 31 décembre 1999, la perte au bilan s'est encore accrue de 318'303 fr.95, de sorte que le déficit total au bilan s'élevait à 838'134 fr. 04.

Ce montant à lui seul ne permet pas de soutenir que E. _____ et C. _____ sont responsables de l'accroissement du déficit constaté au jour de la faillite.

Il appartenait à l'appelante d'apporter la preuve que cet accroissement est bien la conséquence de l'inaction qu'elle reproche à E. _____ et C. _____ et le bilan en valeurs de liquidation qu'elle a fait dresser par I. _____ SA à la date du 31 mai 1999 n'est pas pertinent à cet égard. Force est ainsi de constater qu'elle a échoué dans l'apport de cette preuve.

La cour cantonale semble ainsi considérer que la demanderesse n'a pas apporté la preuve du lien de causalité (naturelle). Dans le reste du considérant, elle poursuit toutefois l'examen des conditions de la responsabilité et s'exprime sur la violation des devoirs de l'administrateur et du réviseur :

Il n'en demeure pas moins que le montant de 838'134 fr. 04 matérialise un surendettement que l'on doit qualifier de manifeste au regard de la jurisprudence et de la doctrine (...) et que ce surendettement aurait, ainsi, sur le principe, dû faire l'objet d'une annonce au juge ".

" C. _____ n'a pas pour autant été déraisonnable en ne se substituant pas au conseil d'administration pour avertir le juge du surendettement manifeste de la société, ayant estimé d'une part, sur la base de son analyse, que certes la société était surendettée, mais qu'il n'était pas exclu au vu des montants des réserves sur débiteurs et provisions qu'une continuation des activités de la société soit envisageable et d'autre part, convaincu par les explications de D. _____ sur les possibilités de recouvrement de créances existantes et des mesures qu'il entendait prendre pour les concrétiser.

Ces mesures supposaient toutefois l'écoulement d'un certain temps pour mesurer leur efficacité. C. _____ n'a pas été en mesure de vérifier cette efficacité, ayant dans l'intervalle démissionné pour les raisons déjà évoquées trois mois à peine après la remise de son rapport de révision. Ce qui, dans ce contexte, vaut pour C. _____ vaut a fortiori pour E. _____, qui avait quant à lui démissionné le 24 novembre 2000 déjà ".

Ces considérations - visant à " exonérer " les défendeurs de toute responsabilité en lien avec le surendettement et présentées par la cour cantonale dans un considérant traitant du dommage (principe et quotité) - tendent en réalité à déterminer si un devoir a, ou non, été violé par les organes.

E. 2.2

La recourante considère que la cour cantonale a transgressé le droit fédéral en écartant la responsabilité de l'administrateur et du réviseur en rapport avec le surendettement de la société.

Elle estime que ces organes ont violé leur devoir de diligence et qu'ils ont commis une faute en n'annonçant pas en 1999 le surendettement au juge (art. 716, 717 al. 1, 725 al. 2, 728 aCO, 729 al. 1 aCO, 729b aCO, 729c CO, 754, 755 CO). Elle considère qu'elle a apporté la preuve du dommage de 2'800'000 fr. qu'elle réclame, le montant du découvert enregistré par la faillie étant de 10'518'095 fr. Elle rappelle en outre qu'elle a toujours conclu expressément, à titre subsidiaire, à la mise en oeuvre d'une expertise judiciaire et que les autorités cantonales, en n'ordonnant pas l'administration de cette preuve et en la déboutant de ses conclusions au motif que le dommage n'était pas établi, ont violé l' art. 8 CC , l' art. 29 Cst. , l' art. 318 CPC et appliqué de manière arbitraire (art. 9 Cst.) l'art. 255 aLPC.

E. 2.3

Il s'agit donc exclusivement de trancher si les défendeurs ont engagé leur responsabilité en n'avisant pas le juge du surendettement de la société. Le cas de l'administrateur sera premièrement examiné (cf. infra consid. 3 et 4), puis celui du réviseur (cf. infra consid. 5 et 6).

E. 3

La responsabilité de l'administrateur est engagée aux conditions de l' art. 754 CO . Elle est subordonnée à la réunion des quatre conditions générales suivantes: la violation d'un devoir, une faute (intentionnelle ou par négligence), un dommage et l'existence d'un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et la survenance du dommage. Il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver la réalisation de ces conditions, qui sont cumulatives (ATF 136 III 148 consid. 2.3 p. 149; 132 III 564 consid. 4.2 p. 572 et les arrêts cités; pour la faute, cf. infra consid. 3.3).

E. 3.1

En vertu de l' art. 717 al. 1 CO , les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société.

E. 3.1.1

L'exigence de diligence constitue plus qu'un simple devoir: elle établit la mesure de la diligence requise (

Sorgfaltsmassstab) dans l'exécution concrète de tous les autres devoirs (ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, 2006, p. 114 s., et les auteurs cités).

Le devoir de diligence a trait à toutes les attributions qui incombent aux administrateurs de façon intransmissible et inaliénable (cf. en particulier art. 716a CO ; entre autres auteurs: PETER/CAVADINI, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. II, 2008, no 4 ad art. 717 CO). Il en résulte le devoir du conseil d'administration de suivre avec circonspection l'évolution financière et économique de la société (ATF 132 III 564 consid. 5.1 p. 572).

E. 3.1.2

S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, le conseil d'administration doit faire dresser un bilan intermédiaire dans lequel les biens sont évalués à leur valeur d'exploitation. S'il en résulte un surendettement, il doit également faire établir un bilan intermédiaire dans lequel les biens sont évalués à leur valeur de liquidation (art. 725

al. 2

in initio CO; PETER/CAVADINI, op. cit., no 37 ad art. 725 CO).

S'il ressort du bilan dressé en application de l' art. 725 al. 2 CO que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration est nécessairement tenu, en vertu de l' art. 725 al. 2 CO , d'en aviser le juge, à moins que des créanciers n'acceptent la postposition de leur créance dans la mesure de cette insuffisance de l'actif.

On ne saurait donc nier l'existence d'une violation des devoirs des membres du conseil d'administration au seul motif que ceux-ci, après avoir constaté un surendettement à la valeur d'exploitation, ont renoncé à établir le bilan intermédiaire aux valeurs de liquidation et que l'on ignore donc si, en fonction de ce bilan, la société était également surendettée. Si le conseil d'administration ne s'exécute pas (et renonce à établir le second bilan), il transgresse son devoir de diligence ancré à l' art. 717 al. 1 CO (diligence dans l'exécution concrète de l'obligation d'aviser le juge). S'il est démontré ultérieurement (lors de la détermination du dommage dans le cadre d'une action en dommages-intérêts contre les administrateurs) que la société était surendettée également selon un bilan établi aux valeurs de liquidation, on constatera que le conseil d'administration a bien, par son comportement, fait obstacle à l'avis au juge, et donc transgressé également l' art. 725 al. 2 CO .

E. 3.1.3

Il est toutefois de jurisprudence que le conseil d'administration ne viole pas ses devoirs en renonçant à l'avis immédiat au juge lorsqu'il existe des perspectives d'assainissement concrètes, réalisables à court terme, à l'exclusion d'expectatives exagérées ou irréalistes, ou encore de vagues espoirs (ATF 132 III 564 consid. 5.1 p. 574; 127 IV 110 consid. 5a p. 113). Les mesures concrètes doivent alors être prises aussitôt (ATF 132 III 564 consid. 5.1; 116 II 533 consid. 5a p. 541; 108 V 188).

E. 3.1.4

Déterminer l'état financier d'une société à un moment donné, savoir ce que les administrateurs connaissaient à ce moment et dire quelles étaient les données disponibles à cette époque pour saisir la situation sont des questions de fait (ATF 128 III 180 consid. 2e p. 185).

E. 3.2

Il est utile de relever que certaines circonstances, notamment liées au statut ou à la compétence de l'administrateur, sont impropres à le soustraire à toute responsabilité (plus précisément, sont impropres à écarter la violation de ses devoirs).

E. 3.2.1

Ainsi, celui qui se voit proposer une fonction dans une société anonyme sans être en mesure d'accomplir correctement sa tâche en raison de son état ou de son manque de connaissances doit y renoncer (en déclinant le mandat) (entre autres auteurs: BERNARD CORBOZ, in Commentaire romand, Code des obligations, volume II, 2008, no 19 ad art. 754 CO).

Il en va de même d'un administrateur qui se sent incapable de résister à un administrateur influent de la société; celui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur tout en sachant qu'il ne peut pas le remplir consciencieusement viole en effet son obligation de diligence (ATF 122 III 195 consid. 4a p. 200).

E. 3.2.2

Même si l'administrateur est en réalité un " homme de paille " (ou un prête-nom) et/ou s'il ne s'occupe pas du tout de sa tâche, il doit assumer la responsabilité liée à sa charge (entre autres auteurs: CORBOZ, op. cit., no 4 ad art. 754 et les auteurs cités). Il faut ici rappeler que la haute surveillance des personnes chargées de la gestion relève des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716a ch. 5 CO). Dans le cadre de la haute surveillance, l'administrateur n'a pas seulement le devoir de participer aux séances du conseil d'administration, mais il est tenu de s'informer périodiquement de la marche des affaires et de prendre les mesures adéquates lorsqu'il existe des indices que des irrégularités ont été commises dans la gestion de la société (arrêt H 337/00 du 7 juin 2001 consid. 3a et les auteurs cités).

Un administrateur ne peut pas non plus s'abriter derrière le fait qu'il s'est fié aux paroles rassurantes du directeur de la société, s'il devait se rendre compte que celles-ci l'amenaient à un comportement contraire aux devoirs de sa charge (ATF 122 III 195 consid. 3 p. 197 ss, qui traite d'un directeur recherché par la police pour des escroqueries, ce que l'administrateur soupçonnait).

E. 3.2.3

Quant au fait que l'administrateur n'est pas rémunéré pour son mandat, il ne permet pas d'écarter sa responsabilité. La gratuité de l'activité de l'administrateur représente par contre une circonstance qui sera prise en compte, si la responsabilité est établie, au moment de fixer l'étendue de la réparation (cf. art. 99 al. 2 et 43 s. CO; ATF 92 II 234 consid. 3d p. 242).

E. 3.3

Comme le rapport juridique entre la société et ses organes s'apparente à un mandat (ATF 129 III 499 consid. 3 p. 502), la faute se présume en application de l' art. 97 al. 1 CO (arrêt 4A_467/2010 du 5 janvier 2011 consid. 3.2 et les auteurs cités, publié in JdT 2012 II 123). Il incombe donc aux organes d'établir les circonstances permettant de démontrer l'absence de faute.

Les organes ne sauraient être exemptés de toute faute s'ils se sont fiés aux administrateurs actifs dans la gestion (cf. ATF 122 III 195 consid. 3b p. 200), ou s'ils se bornent à affirmer qu'ils ne disposaient pas des informations utiles, le devoir des organes consistant précisément à recueillir les renseignements et, si nécessaire, à s'entourer des conseils d'une personne qualifiée (cf. CORBOZ, op. cit., no 41 ad art. 754 CO).

E. 3.4

Lorsqu'il s'agit de déterminer le dommage que les administrateurs (art. 754 CO) ont causé à la société en tardant de manière fautive à aviser le juge (art. 725 al. 2 CO), il y a lieu de comparer, conformément à la théorie de la différence, le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit.

E. 3.4.1

Le dommage de la société consiste ainsi dans l'augmentation du découvert entre le moment où la faillite aurait été prononcée si le défendeur n'avait pas manqué à ses devoirs et le moment (impliquant une perte supérieure) où la faillite a effectivement été prononcée. On parle de " dommage de poursuite d'exploitation " (

Fortführungsschaden) (ATF 136 III 322 consid. 3.2 p. 325; 132 III 342 consid. 2.3.3 p. 348).

Il ne suffit donc pas au demandeur de présenter l'évolution des fonds étrangers de la société faillie, en particulier en se fondant sur les créances admises à l'état de collocation (cf. ATF 136 III 322 consid. 3.3 p. 326; 132 III 342 consid. 2.3.3 p. 348; arrêts 4A_505/2007 du 8 février 2008 consid. 4.2.5; 4C.58/2007 du 25 mai 2007 consid. 4.3 in SJ 2008 I p. 55).

L'ensemble des créances admises à l'état de collocation entré en force peut toutefois constituer un indice d'une détérioration de la situation, en particulier lorsque le dividende de faillite est déjà proche de 0% à la première date de comparaison (ATF 136 III 322 consid. 3.3).

E. 3.4.2

Dans le calcul du dommage, seule la valeur de liquidation des biens entre en ligne de compte, puisque l'ouverture de la faillite entraîne la dissolution de la société (art. 736 ch. 3 CO) et sa liquidation en conformité des règles de la faillite (art. 740 al. 5 CO). La valeur de liquidation est déterminante non seulement pour fixer le montant du découvert à la date où la faillite a effectivement été prononcée, mais également pour fixer le montant du découvert à la date où la faillite aurait été prononcée si le défendeur n'avait pas manqué à ses devoirs. En effet, dans les deux cas, la valeur d'exploitation n'a plus aucune pertinence dans l'optique de la liquidation de la société (ATF 136 III 322 consid. 3.2.1 p. 325 s.; arrêt 4C.58/2007 déjà cité consid. 2.5).

La détermination de la valeur de liquidation permettra de faire émerger d'éventuelles réserves latentes, lesquelles ne sont pas prises en compte dans le calcul de la valeur d'exploitation (arrêt 4A_214/2015 du 8 septembre 2015 consid. 3.2.2 et les auteurs cités).

Concrètement, le dommage peut être établi en comparant le dividende de faillite effectif avec celui qui aurait pu être obtenu en avisant le juge à temps. Dans la plupart des cas, les demandeurs sollicitent toutefois des tribunaux de mandater un expert qui aura pour tâche d'établir les valeurs de liquidation aux deux moments déterminants (arrêt 4A_214/2015 déjà cité consid. 3.2.3 et les auteurs cités; cf. encore infra consid. 3.4.3).

Par ce biais, il est alors possible de dire si le dommage total (subi par la société) est au moins équivalent aux conclusions prises par le demandeur (arrêts 4A_214/2015 déjà cité consid. 3.2; 4A_478/2008 du 16 décembre 2008 consid. 4.4).

E. 3.4.3

S'agissant de la preuve du dommage par expertise, on rappellera que, selon l'ancienne loi de procédure civile genevoise, à laquelle était soumise la procédure de première instance (cf. art. 404 al. 1 CPC), les déclarations contenues dans une expertise privée sont considérées comme des allégations d'une partie (sous l'ancienne loi de procédure civile genevoise: arrêts 5A_23/2008 du 3 octobre 2008 consid. 5.4.2 et les références citées; cf. sous l'angle de l' art. 168 CPC : arrêt 4A_178/2015 du 11 septembre 2015 consid. 2, destiné à la publication). Il appartient dès lors à la partie adverse de les contester, sous peine de voir les faits correspondants considérés comme établis (sous l'ancien droit genevois: arrêt 4A_58/2008 du 28 avril 2008 consid. 5.3).

S'il est convoqué comme témoin, l'expert privé, qui se prononce sur son rapport, ne saurait conférer, par ses déclarations orales, une valeur de preuve aux allégations contenues dans son rapport. On peut toutefois attribuer foi à une déclaration d'un expert privé qui serait

susceptible d'être faite également par un " témoin lambda " n'ayant aucune connaissances techniques (comptables) (cf. arrêt 4A_23/2008 déjà cité consid. 5.4.2, où l'expert confirme qu'il a constaté des traces de rouilles sur la carrosserie de la voiture examinée).

E. 3.5

Pour que la responsabilité soit engagée, il faut encore qu'il existe un lien de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et le dommage survenu.

E. 4

Il y a donc lieu, à la lumière des considérations qui précèdent, de déterminer si l'administrateur a engagé sa responsabilité.

E. 4.1

En l'occurrence, la violation de ses devoirs par l'administrateur est patente. Il résulte en effet des constatations cantonales - qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) - que le surendettement était manifeste (selon une évaluation des biens à leur valeur d'exploitation) - pendant la durée du mandat de l'administrateur du 1er juillet 1999 au 24 novembre 2000 - et que celui-ci n'a pas fait dresser le second bilan (aux valeurs de liquidation). Il résulte également des constatations cantonales (cf. arrêt entrepris consid. 5.2 p. 18) que l'administrateur savait que la société était surendettée, qu'une annonce au juge devait être faite, la cour cantonale l'ayant toutefois exonéré pour d'autres motifs (cf. infra consid. 4.1.1 à 4.1.3).

Ces constatations suffisent à établir que l'administrateur a violé ses devoirs pendant la durée de sa fonction. Il n'est à ce stade pas nécessaire de déterminer à quelle date précise (durant cette période) il a connu (ou devait connaître) le surendettement. Cette question devra par contre être posée lorsqu'il s'agira de déterminer le montant du dommage, celui-ci dépendant évidemment de la date à partir de laquelle l'administrateur a violé ses obligations.

L'administrateur intimé, en présentant sa version des faits, tente d'expliquer qu'il a été systématiquement mis à l'écart, voire trompé par les " réels " administrateurs de la société (soit D. _____ et G. _____) et qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir violé ses devoirs. On observera d'emblée l'inconsistance de la position de l'administrateur qui a lui-même reconnu, selon les constatations cantonales, n'avoir pas rempli ses fonctions d'administrateur en ne requérant pas les informations qu'il était en droit d'obtenir à ce titre et, en conséquence, en ne prenant pas les décisions qui étaient de son ressort (cf. arrêt entrepris consid. 4.1 p. 16). Quoi qu'il en soit, son argumentation, en tant qu'elle se réfère aux constatations cantonales, ne respecte pas les exigences strictes des art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF et elle est irrecevable (cf. supra consid. 1.3). En tant qu'elle vise à démontrer que c'est à bon droit que la cour cantonale l'a exonéré de toute responsabilité, elle ne peut être suivie (cf. infra consid. 4.1.1 à 4.1.3).

E. 4.1.1

Premièrement, l'argument selon lequel il " n'était pas exclu au vu des montants des réserves sur débiteurs ou provisions qu'une continuation des activités de la société soit envisageable " (arrêt entrepris consid. 5.2 p. 18) n'autorise pas l'administrateur à renoncer à l'avis immédiat au juge. Il s'agit en effet d'une hypothèse qui n'est nullement étayée et non de perspectives d'assainissement concrètes, réalisables à court terme (cf. supra consid. 3.1).

Par cette argumentation, l'administrateur sous-entend par ailleurs que si le bilan à la valeur de liquidation avait été établi, il n'aurait pas révélé un surendettement (les réserves étant, selon lui, suffisantes pour équilibrer le bilan). On ne saurait toutefois, comme on l'a vu ci-dessus (cf. consid. 3.1), exclure toute violation des devoirs de l'administrateur puisqu'il a omis de dresser le bilan à la valeur de liquidation (et empêché d'établir l'existence d'un surendettement). Par son omission, l'administrateur a violé l' art. 717 al. 1 CO et, si un dommage est établi, il aura fait obstacle à l'avis au juge et donc également transgressé l' art. 725 al. 2 CO .

E. 4.1.2

Deuxièmement, l'administrateur insiste sur le fait qu'il a été convaincu par les explications de D._____ sur les possibilités de recouvrement des créances existantes et sur les mesures qu'il entendait prendre pour les concrétiser, argument que la cour cantonale a fait sien. Il ne résulte toutefois pas des constatations cantonales qu'une solution concrète aurait été présentée par D._____ et l'on ignore même les explications qui auraient prétendument été données par celui-ci.

L'administrateur, qui exerce la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion (art. 716a al. 1 CO), était tenu de contrôler les affirmations ou les promesses de D._____, celui-ci n'étant d'ailleurs même pas un organe formel de la société, et il ne saurait s'exonérer de sa responsabilité simplement en alléguant, de manière générale, ne pas connaître la situation financière de la société (cf. supra consid. 3.2).

E. 4.1.3

Troisièmement, la cour cantonale semble accorder un poids particulier au fait que l'administrateur a démissionné le 24 novembre 2000 déjà.

L'argument ne convainc toutefois pas. Pour l'administrateur, le surendettement (à la valeur d'exploitation) était manifeste (cf. supra consid. 4.1), et il devait entreprendre les démarches prévues par la loi. Sa démission, intervenue ultérieurement, ne saurait ainsi l'exonérer de toute responsabilité. A suivre le raisonnement de la cour cantonale, il suffirait à un administrateur de démissionner pour échapper à toute responsabilité, alors même que, durant son mandat, l'organe concerné connaissait le surendettement de la société et avait le temps de procéder à l'avis au juge, ce qui aurait pour conséquence (non souhaitable) de réduire à néant la protection que le législateur entendait accorder aux créanciers par l' art. 725 al. 2 CO (sur le constat, cf. décision de l'Obergericht de Zurich du 3 juillet 2008 consid. 4 publié in BLSchK 2009 p. 148 et les auteurs cités).

A cet égard, on peut d'ailleurs rappeler que l'administrateur a lui-même reconnu n'avoir pas rempli ses fonctions d'administrateur en ne requérant pas les informations qu'il était en droit d'obtenir à ce titre et, en conséquence, en ne prenant pas les décisions qui étaient de son ressort (cf. arrêt entrepris consid. 4.1 p. 16).

C'est à tort que l'autorité précédente estime que les " mesures " proposées par D._____ " supposaient toutefois l'écoulement d'un certain temps pour mesurer (sic) leur efficacité ". Le système mis sur pied par le législateur (l'avis au juge) ne tend pas à donner aux organes le temps nécessaire pour évaluer si les mesures envisagées par la société permettent effectivement de conduire à un assainissement. L'avis au juge ne peut être différé que s'il est constaté qu'il existe des perspectives d'assainissement concrètes, réalisables à court terme, et que les mesures concrètes correspondantes sont aussitôt prises, ce qui n'a pas été établi en

l'espèce.

Le fait que l'administrateur n'était plus en fonction entre le jour de sa démission et celui où la faillite a été prononcée n'est pas déterminant pour établir la violation du devoir, mais il devra, le cas échéant, être examiné en lien avec la causalité (cf. infra consid. 4.3.4, dernier paragraphe).

E. 4.1.4

Enfin, le fait que l'administrateur n'était pas rémunéré n'est ici pas déterminant. La gratuité de l'activité de l'administrateur est une circonstance qui est prise en compte au moment de fixer l'étendue de la réparation (cf. supra consid. 3.2.3).

E. 4.2

S'agissant de la faute, les circonstances mentionnées par l'administrateur intimé sont impropres à l'écartier. En particulier, il ne saurait se cacher derrière le comportement des administrateurs actifs dans la gestion ou se borner à affirmer que la situation de la société " ne semblait pas irrécupérable ", le devoir des organes consistant précisément à recueillir les renseignements et, si nécessaire, à s'entourer des conseils d'une personne qualifiée (cf. supra consid. 3.3).

E. 4.3

En ce qui concerne le dommage subi par la société lésée, il incombait à la demanderesse de prouver que, si l'administrateur avait fait dresser un bilan intermédiaire à la valeur de liquidation, celui-ci aurait confirmé le surendettement et, par là-même, permis d'établir la quotité du dommage causé par le défaut de l'avis au juge.

La cour cantonale, qui ne distingue pas de manière rigoureuse le dommage du rapport de causalité, a estimé que la demanderesse n'avait pas apporté la preuve que l'accroissement du déficit constaté au jour de la faillite était bien la conséquence de l'inaction qu'elle reproche aux organes. Elle souligne que le bilan en valeurs de liquidation que la demanderesse a fait dresser par I. _____ SA (le 31 mai 1999) " n'est pas pertinent à cet égard " (arrêt attaqué consid. 5.2 p. 18).

E. 4.3.1

On peut tout d'abord observer que, dans la motivation de son recours en matière civile, la demanderesse explique qu'elle doit apporter la preuve que les défendeurs ont causé un préjudice s'élevant à 2'800'000 fr., " voire un montant inférieur " (acte de recours ch. 62 p. 34).

On peut donc se demander si, sur la base de cette formulation pour le moins ambiguë, la Cour de céans peut vraiment discerner ce qui est litigieux devant elle (cf. art. 42 al. 1 et 107 al. 1 LTF).

Il n'y a toutefois pas lieu d'approfondir cette question, la preuve du dommage n'ayant quoi qu'il en soit pas été fournie par la demanderesse.

E. 4.3.2

Il résulte des considérations qui précèdent (cf. supra consid. 3.4.3) que l'expertise privée de I. _____ SA ne vaut pas expertise judiciaire et que les déclarations qu'elle contient doivent être considérées comme des allégations de la demanderesse.

En l'espèce, les défendeurs ont valablement contesté les allégations de la demanderesse contenues dans l'expertise privée (cf. supra consid. 3.4.3). En effet, la demanderesse s'est appuyée sur l'expertise privée de I. _____ SA (rapport remis à la banque demanderesse le 20 août 2012) pour la première fois dans ses conclusions après enquêtes du 21 mai 2013. Les autres parties n'ont pas pu contester les allégations de la demanderesse découlant de cette expertise devant la première instance, puisqu'elles ont déposé leurs propres conclusions après enquêtes à la même date. Elles ont par contre contesté ces faits dès qu'elles ont pu le faire, en l'occurrence, dans la procédure d'appel, dans leur mémoire de réponse.

On ne saurait donc considérer que la demanderesse a apporté, par le biais de l'expertise privée, la preuve de la quotité du dommage.

Contrairement à ce que suggère la recourante, il n'importe que l'expert, mandaté et rémunéré par la banque, ait confirmé devant l'autorité judiciaire les chiffres contenus dans son rapport " sous la foi du serment ". En effet, il ne s'agit pas ici d'attribuer foi à une déclaration de l'expert qui aurait également pu être faite par un " témoin lambda ". Reconstituer l'état du patrimoine d'une société selon sa valeur de liquidation est une question de fait nécessitant des connaissances spéciales, d'ordre technique (arrêt 4A_214/2015 déjà cité consid. 3.4.3); l'expert, par sa déclaration devant l'autorité judiciaire, n'a fait qu'expliquer sa méthode de travail et confirmer le résultat auquel il est parvenu, suite à des évaluations et des calculs comptables.

Ainsi, la demanderesse a certes allégué la valeur de liquidation au moment où l'avis au juge aurait dû être fait, mais elle ne l'a pas prouvée (par une expertise judiciaire).

En outre, s'il est certain que l'administrateur aurait dû établir un bilan intermédiaire à la valeur de liquidation, la demanderesse ne fournit aucune preuve de la date précise à laquelle l'administrateur a engagé sa responsabilité, mais elle se borne à fixer, de manière globale aussi bien pour l'administrateur que pour le réviseur, la date du 31 mai 1999, alors même que les organes concernés n'étaient pas encore entrés en fonction à cette date.

Par ailleurs, la demanderesse n'a pas non plus prouvé l'état du patrimoine de la société (à sa valeur de liquidation) au jour où la faillite a été prononcée. A cet égard, la cour cantonale considère que le " dommage total " (qui s'élève à 10'518'095 fr.) correspond au " découvert ressortant de l'état de collocation " (arrêt entrepris consid. 5.2 p. 17), ce qui n'est pas suffisant pour apporter la preuve requise (cf. supra consid. 3.4.1). Il n'y a pas lieu d'examiner cette question, la demanderesse ne critiquant pas cette constatation conformément aux exigences des art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF.

Cela étant, la demanderesse n'a pas apporté la preuve du montant du dommage allégué (art. 8 CC et art. 42 al. 1 CO). Comme elle n'a pas non plus entièrement satisfait à son devoir de fournir les éléments utiles à l'estimation de celui-ci, elle ne peut, à ce stade, bénéficier de la preuve facilitée prévue par l' art. 42 al. 2 CO .

E. 4.3.3

Revenant à la charge, la demanderesse insiste sur le fait que, tant devant le Tribunal de première instance que devant la Cour de justice, elle a conclu à titre subsidiaire à ce qu'une expertise soit ordonnée, dans l'hypothèse où les juges saisis estimeraient ne pas avoir les compétences techniques pour apprécier l'expertise privée contenue dans le dossier (mémoire de recours ch. 69 p. 38 s.). Elle considère que la cour cantonale, en n'administrant

pas la preuve requise (l'expertise) et en la déboutant de ses conclusions au motif que le dommage n'était pas établi, a violé l' art. 8 CC , l' art. 29 al. 2 Cst. , et appliqué arbitrairement (art. 9 Cst.) l'art. 255 aLPC/GE. A cet égard, on peut rappeler que, contrairement à ce que semble penser la recourante (en concluant à ce qu'une expertise soit ordonnée par le Tribunal fédéral), l'admission de ce moyen ne permettrait pas à la Cour de céans d'ordonner une expertise, mais seulement de renvoyer la cause à l'autorité précédente (cf. ATF 129 II 49 consid. 5.1 p. 55).

Comme le relève l'administrateur intimé, si la demanderesse a fait mention d'une expertise dans une de ses conclusions, le contenu de celle-ci n'est pas celui qu'elle allègue. Devant les deux instances cantonales, elle a conclu de manière subsidiaire, et sans faire référence à un point de fait précis, " à ce qu'il plaise " à l'autorité compétente, d' "acheminer la demanderesse à rapporter par toutes voies de droit les faits allégués dans les présentes écritures, notamment par le biais d'une expertise ". Il n'y a toutefois pas lieu d'examiner si le moyen de preuve a été valablement offert, en première instance, conformément aux exigences procédurales qui relevaient alors de l'ancienne procédure cantonale genevoise (arrêt 4A_390/2012 déjà cité consid. 2.5).

En effet, en vertu du principe de la bonne foi applicable en procédure (cf. art. 52 CPC), l'instance d'appel peut refuser d'administrer un moyen de preuve régulièrement offert en première instance lorsque la partie a renoncé à son administration, notamment en ne s'opposant pas à la clôture de la procédure probatoire (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 p. 376 et les arrêts cités). Selon ce principe, il appartenait donc à la demanderesse de s'opposer à la clôture de la procédure probatoire, plutôt que de laisser la procédure suivre son cours et de revenir à la charge quand elle a réalisé qu'elle n'obtiendrait pas gain de cause. Certes, il s'agirait en l'espèce d'appliquer l'ancienne loi de procédure civile genevoise et sur cette base de déterminer si la demanderesse aurait dû s'opposer à la clôture de l'administration des preuves en première instance. Cette question n'a toutefois pas à être résolue dès lors que la demanderesse n'a pas manifesté (au plus tard) son opposition dans la procédure d'appel. A ce stade, elle s'est en effet limitée à reprendre, sans autre explication, sa conclusion subsidiaire, pour le moins ambiguë (cf. supra) et on ne saurait en déduire une quelconque volonté de s'opposer à la clôture de l'administration des preuves en première instance.

E. 4.3.4

Il résulte des considérations qui précèdent que la demanderesse a échoué à apporter la preuve du dommage.

Tous les moyens invoqués par la recourante dans ce contexte tombent dès lors à faux. Quant à la violation de l' art. 318 CPC , la recourante se borne à la mentionner sans aucune autre explication et le moyen est donc irrecevable (cf. art. 42 al. 2 LTF).

Le résultat auquel l'instance précédente est arrivée peut donc être confirmé, par substitution de motifs.

E. 4.4

Il n'y a pas lieu d'examiner la condition du lien de causalité, et plus particulièrement (selon l'argumentation des intimés), la prétendue existence d'un acte interruptif ou l'effet sur le cas d'espèce d'une concurrence de causes partielles.

Il n'est pas non plus nécessaire de se pencher sur les autres violations invoquées par la recourante (notamment les moyens tirés de la constatation arbitraire des faits) qui ne sont

pas susceptibles d'avoir une incidence sur le sort de la cause.

E. 5

La responsabilité du réviseur est engagée aux conditions de l' art. 755 CO . Elle est subordonnée aux mêmes conditions que celles prévalant pour la responsabilité de l'administrateur (cf. supra consid. 3).

E. 5.1

Le réviseur assume un devoir de diligence et un devoir de fidélité. Il doit notamment exécuter avec soin les tâches de révision que la loi (cf. notamment art. 728 ss CO), les statuts ou l'assemblée générale (cf. art. 731a CO) lui confient (BERNARD CORBOZ, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. II, 2008, nos 7 s. ad art. 755 CO).

L' art. 729c CO prévoit que si la société est manifestement surendettée et que le conseil d'administration omet d'en aviser le juge, l'organe de révision avertit ce dernier. Le surendettement est manifeste lorsqu'il n'est plus douteux que l'actif ne peut couvrir les engagements et qu'aucune postposition suffisante n'est accordée (arrêt 6P.180/2000 du 9 mai 2001 consid. 6a et les références citées).

Il est de jurisprudence que, si des perspectives d'assainissement existent et que le conseil d'administration exécute des mesures en ce sens, l'organe de révision qui constate un surendettement manifeste doit s'abstenir d'effectuer l'avis au juge afin de ne pas réduire à néant les efforts du conseil d'administration (arrêt 4C.117/1999 du 16 novembre 1999 consid. 1). Si le surendettement est manifeste, le réviseur ne peut toutefois se contenter de mesures d'assainissement dont l'existence n'est pas établie (arrêt 4C.243/1998 du 14 décembre 1999 consid. 7c).

Il est utile de relever que le réviseur ne saurait se soustraire à toute responsabilité (plus précisément, écarter toute violation de ses devoirs) en argumentant qu'il a certes accepté de jouer un rôle dans une société anonyme, mais qu'il n'était pas en mesure d'accomplir correctement sa tâche en raison de son état ou de son manque de connaissance. Dans ces hypothèses, le réviseur doit alors y renoncer, en déclinant le mandat (entre autres auteurs: CORBOZ, op. cit., no 19 ad art. 755 CO [sous l'angle de la faute]).

E. 5.2

La faute du réviseur se présume en application de l' art. 97 al. 1 CO et il incombe à l'organe d'établir les circonstances permettant de démontrer l'absence de faute (CORBOZ, op. cit., no 20 ad art. 755 CO ; cf. infra consid. 3.3).

Le réviseur ne saurait renverser la présomption en invoquant comme excuse le manque de temps ou de connaissances (CORBOZ, op. cit., no 19 ad art. 755 CO).

E. 5.3

Lorsqu'il s'agit de déterminer le dommage que les réviseurs (art. 755 CO) ont causé à la société en tardant de manière fautive à aviser le juge (art. 729c CO [qui correspond matériellement à l'art. 729b aCO]), il y a lieu de comparer, conformément à la théorie de la différence, le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit (sur l'ensemble de la question cf. supra consid. 3.4).

E. 5.4

Pour que la responsabilité soit engagée, il faut encore qu'il existe un lien de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et le dommage survenu.

E. 6

Il s'agit maintenant d'examiner la situation du réviseur, soit de déterminer, à la lumière des considérations qui précèdent, s'il a engagé sa responsabilité.

E. 6.1

Comme pour l'administrateur, la violation de ses devoirs par le réviseur est patente. Selon les constatations cantonales, il savait que la société était manifestement surendettée (cf. arrêt entrepris consid. 5.2 p. 18) et il lui incombait d'entreprendre les démarches prévues par la loi, soit de mettre le conseil d'administration en demeure de faire l'avis au juge dans un bref délai et, en cas d'inexécution, d'en informer directement le juge.

On peut également observer que, selon les constatations cantonales, le réviseur a violé ses devoirs pendant la durée de sa fonction et qu'il importe peu, à ce stade, de connaître précisément le moment de la violation.

C'est de manière appellatoire que le réviseur tente de revenir sur les faits établis par la cour cantonale. La critique qu'il soulève à cet égard est donc irrecevable.

En tant qu'il soutient que la cour cantonale a appliqué correctement le droit en l'exonérant de toute responsabilité, son argumentation ne convainc pas. S'agissant premièrement de l'hypothèse selon laquelle il n'était pas exclu que les réserves sur débiteurs (notamment) permettent la continuation des activités de la société, on peut renvoyer

mutatis mutandis aux explications données en lien avec l'administrateur, en soulignant que le réviseur ne saurait se fier à une hypothèse n'équivalant pas à des perspectives d'assainissement concrètes, réalisables à court terme et en rappelant qu'aucune mesure allant dans ce sens n'a été prise par la société (cf. supra consid. 4.1.1).

Deuxièmement, le réviseur ne pouvait, pas plus que l'administrateur, se fier à des affirmations ou à de simples promesses des administrateurs de la société, mais il lui incombait de vérifier comment la société entendait concrètement procéder à son assainissement (cf. 4.1.2).

Troisièmement, l'argument selon lequel le réviseur a démissionné en mars 2001 (soit trois mois à peine après la remise de son rapport de révision) appelle les mêmes remarques que dans le cas de l'administrateur (cf. supra consid. 4.1.3). Il est donc impropre à l'exonérer de toute responsabilité.

Enfin, c'est à tort que l'autorité précédente estime que les organes devaient disposer de temps afin d'observer si les mesures étaient susceptibles de conduire à un assainissement. L'avis au juge (et donc la mise en demeure du conseil d'administration) ne peut être différé que s'il existe des perspectives d'assainissement concrètes, réalisables à court terme, ce qui n'a pas été constaté en l'espèce.

E. 6.2

S'agissant de la faute, les circonstances mentionnées par le réviseur sont impropres à l'écartier. En particulier, pour démontrer l'absence de faute, il ne peut se borner à alléguer qu'il " a effectué parfaitement son travail ", que la situation de la société " ne semblait pas irrécupérable " ou que, vu les difficultés à obtenir les comptes bouclés nécessaires à la

révision des comptes 2000, il a pris la décision de " quitter ses fonctions de réviseur de la société ".

E. 6.3

En ce qui concerne la quotité du dommage, le réviseur soutient également que la demanderesse, à défaut d'avoir requis une expertise judiciaire, n'en a pas apporté la preuve, qu'une estimation du dommage au sens de l' art. 42 al. 2 CO n'est pas envisageable et qu'en application de l' art. 8 CC , la demanderesse doit supporter l'échec de la preuve.

Or, comme on l'a vu en lien avec l'administrateur, la quotité du dommage n'a pas été prouvée et on peut renvoyer la demanderesse aux explications données plus haut à ce sujet (cf. supra consid. 4.3).

Tous les moyens invoqués par la recourante dans ce contexte tombent dès lors à faux. Quant à la violation de l' art. 318 CPC , la recourante se borne à la mentionner sans aucune autre explication et le moyen est donc irrecevable (cf. art. 42 al. 2 LTF).

E. 6.4

Le résultat auquel l'instance précédente est arrivée peut donc être confirmé, par substitution de motifs.

Il est ainsi superflu d'examiner la condition du lien de causalité, et plus particulièrement (selon l'argumentation du réviseur), la prétendue existence d'un acte interruptif ou l'effet sur le cas d'espèce d'une concurrence de causes partielles.

Il n'est pas non plus nécessaire de se pencher sur les autres violations invoquées par le recourant (notamment les moyens tirés de la constatation arbitraire des faits) qui ne sont pas susceptibles d'avoir une incidence sur le sort de la cause.

E. 7

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours en matière civile, en tant qu'il a été formé par B._____ SA, est irrecevable et que, en tant qu'il a été interjeté par A._____ AG, il doit être rejeté dans la mesure où il est recevable, par substitution de motifs.

Les frais et dépens sont mis solidairement à la charge des recourantes qui succombent (art. 66 al. 1 et 5 et art. 68 al. 1, 2 et 5 LTF). Il n'y a pas lieu d'accorder des dépens à D._____ qui n'a pas déposé d'observations.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.