

## **BGer 4A\_611/2015 vom 19. April 2016**

Bundesgericht, 2016-04-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_611\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_611_2015)

FR: TF 4A\_611/2015 du 19 avril 2016

IT: TF 4A\_611/2015 del 19 aprile 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

On peut d'emblée observer que les trois créancières non cessionnaires n'entendaient pas recourir contre l'arrêt cantonal, mais simplement demeurer partie à la procédure, vraisemblablement au motif (erroné, puisqu'elles ne prétendent plus avoir la faculté de conduire le procès selon l' art. 260 LP ) qu'elles formeraient, avec les trois créancières cessionnaires, une consorité nécessaire. Il s'agit donc uniquement d'examiner le recours en matière civile en tant qu'il est interjeté par les trois créancières cessionnaires.

#### **E. 1.2**

Interjeté par les parties demandereses qui ont succombé dans leurs conclusions en paiement 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 des trois créancières cessionnaires 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 ).

Les allégations de fait et les moyens de preuve nouveaux sont en principe irrecevables ( art. 99 al. 1 LTF ).

#### **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. 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**

Sur le fond, les premiers juges ont considéré que toutes les conditions fondant la responsabilité de X. \_\_\_\_\_ SA étaient remplies, de sorte que celle-ci devait répondre du dommage. S'agissant de la quotité du dommage, ils se sont basés sur la méthode de calcul

appliquée par l'expert privé (Q. \_\_\_\_\_), qui a été reprise par un des experts judiciaires (R. \_\_\_\_\_); ils ont retenu qu'à fin 1996, la société était surendettée à hauteur de 500'000 fr. et que " le montant du découvert dans la faillite " était, selon son calcul, de 3'728'400 fr., de sorte que le dommage subi se montait à 3'228'400 fr., les créancières cessionnaires ayant toutefois limité leurs prétentions au montant de leurs créances respectives dans la faillite, soit 842'423 fr.05.

## **E. 2.2**

La Cour de justice a confirmé que l'organe de révision n'avait pas respecté les obligations qui lui incombait en matière de contrôle de la comptabilité de L. \_\_\_\_\_ SA, notamment s'agissant du poste " travaux en cours ".

Elle a par contre jugé que, même si l'organe de révision avait respecté ses obligations en matière de contrôle, rien n'indiquait encore qu'elle aurait détecté des irrégularités dans la comptabilité nécessitant un renvoi des comptes au conseil d'administration ou une réserve dans son rapport. Elle en veut notamment pour preuve que même le juge saisi de la requête de sursis concordataire y a donné suite, qu'un bilan intermédiaire établi en 1999 dans le cadre du sursis laissait apparaître un bénéfice, que les " experts ont également reconnu qu'il n'était pas possible, au vu des documents lacunaires en leur possession, de dire si la société était surendettée au 31 décembre 1996, voire 1997 ", qu'il résulte d'ailleurs du bilan au 31 décembre 1998 et des différents témoignages que le chiffre d'affaires de la société avait diminué de moitié lors du deuxième semestre 1998, et que les experts ont admis qu'une telle baisse pouvait conduire au surendettement de la société.

Bien que, dans ses constats, la cour cantonale ait traité aussi bien du dommage que du lien de causalité, elle conclut, de manière surprenante, exclusivement en fonction de cette dernière condition, en affirmant qu'il convient de nier tout lien de causalité entre les manquements de l'organe de révision et le dommage subi par les trois créancières cessionnaires.

## **E. 3.1**

On observe d'emblée que l'intégralité de l'argumentation des recourantes relative à l'arbitraire dans la constatation de certains faits ( art. 9 Cst. ) vise à démontrer que le dommage subi par L. \_\_\_\_\_ SA s'élève à 3'376'604 fr., soit la différence entre le montant du " découvert dans la faillite " de 3'728'400 fr., et le montant du surendettement au 31 décembre 1996 qui se monte, selon leur calcul, à 351'796 fr. (cf. acte de recours p. 19 in fine ). Partant de cette prémisse, les recourantes estiment que la cour cantonale, en jugeant que la condition du dommage n'était pas remplie, a violé l'art. 755 aCO (alors applicable) et l' art. 42 CO .

Il n'y a pas lieu d'examiner toutes les critiques des recourantes, puisque, comme on le verra, même si on procède à l'examen du litige sur la base des chiffres qu'elles allèguent, ceux-ci sont impropres à établir, conformément aux exigences de la loi et de la jurisprudence, le dommage prétendument subi par la société lésée (L. \_\_\_\_\_ SA).

### **E. 3.2.1**

Selon la jurisprudence, le dommage de la société consiste 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 (

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; récemment: arrêt 4A\_373/2015 du 26 janvier 2016 consid. 3.4.1). 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. 3.2.2**

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.).

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, les demandeurs devront solliciter des tribunaux de mandater un expert qui aura pour tâche d'établir les valeurs de liquidation aux deux moments déterminants (cf. arrêt 4A\_214/2015 déjà cité consid. 3.2.3 et les auteurs cités).

Ce n'est qu'ainsi qu'il est possible de dire si le dommage total (subi par la société) est au moins équivalent aux conclusions prises par les demandeurs (arrêt 4A\_373/2015 déjà cité consid. 3.4.2 et les arrêts cités).

### **E. 3.3.1**

En l'espèce, les recourantes soutiennent que le surendettement au 31 décembre 1996 était de 351'796 fr. Pour retenir ce montant, elles sont parties du bilan 1996, établi à la valeur d'exploitation, puis en ont déduit divers " actifs fictifs " (cf. acte de recours p. 16). Force est dès lors de constater que les recourantes, par ce procédé, n'ont pas respecté les exigences découlant de la loi et de la jurisprudence qu'elles citent ( ATF 136 III 322 ), puisqu'elles n'ont pas établi, à la valeur de liquidation, le montant du découvert au 31 décembre 1996.

On peut d'ailleurs encore relever que les recourantes n'ont pas désigné la date à laquelle la faillite aurait dû être prononcée si l'organe de révision n'avait pas manqué à ses devoirs. En prenant comme référence le montant du " découvert " au 31 décembre 1996, elles se limitent à mettre en évidence que la société était, selon elles, surendettée à cette date, mais elles n'indiquent pas la date - ici déterminante - à laquelle la faillite aurait été prononcée si l'organe de révision n'avait pas manqué à ses devoirs. Or, comme le remarque la société intimée, cette date était nécessairement postérieure au 31 décembre 1996. En effet, le surendettement n'aurait pu être constaté par les réviseurs qu'au cours des travaux de révision qu'ils ont exécutés au cours du premier semestre 1997 et il leur incombait encore d'informer le conseil d'administration, puis, si celui-ci omettait d'avertir le juge, de procéder ensuite eux-mêmes à l'avis au juge (cf. art. 729c CO ); ce n'est qu'alors que celui-ci aurait pu

prononcer la faillite.

### **E. 3.3.2**

En outre, on peut aussi noter que les recourantes n'apportent pas la preuve du deuxième chiffre pourtant nécessaire au calcul du dommage en l'espèce (soit le montant du surendettement au jour de la faillite). En effet, lorsqu'elles allèguent que le " montant du découvert dans la faillite " est " de CHF 3'728'400.- " (acte de recours p. 19), il s'agit d'une donnée qui ne résulte pas de l'état de fait dressé par la cour cantonale.

Conformément au principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ), il appartenait aux recourantes, pour démontrer la violation du droit, d'indiquer, devant la Cour de céans, qu'elles avaient bien allégué les faits pertinents passés sous silence (par la cour cantonale) conformément aux règles de la procédure civile et qu'un complètement de l'état de fait par l'autorité précédente eût été encore objectivement possible, en désignant précisément les allégués et les offres de preuves qu'elles avaient présentés, avec référence aux pièces du dossier; si ces exigences ne sont pas respectées, les faits invoqués sont réputés nouveaux (cf. supra consid. 1.3) et, partant, irrecevables ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90 et les arrêts cités).

Les recourantes s'étant limitées à mentionner le " montant du découvert ", sans fournir la moindre motivation, il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

Certes, l'arrêt cantonal contient un montant du même ordre, soit celui de la prétention litigieuse portée à l'inventaire (no 101) à l'encontre de M.\_\_\_\_\_ et de X.\_\_\_\_\_ SA en paiement de la somme de 3'794'400 fr., correspondant au dommage subi par la société pour la responsabilité encourue en qualité d'organes responsables de la faillite (cf. supra let. A.c, ainsi que let. B.a). Ce montant semble toutefois avoir été estimé (cf. art. 227 LP ), au moment de la faillite, en fonction de la somme des fonds exigibles à court terme (3'784'893 fr.32) qui résulte du bilan (établi le 3 juin 1999 à la valeur d'exploitation) relatif à l'exercice 1998 (cf. supra let. A.a). Il ne s'agit donc pas d'un montant établi à la valeur de liquidation (cf. supra consid. 3.2.2).

Force est dès lors de constater que les sociétés recourantes n'ont pas non plus établi, à la valeur de liquidation, le montant du découvert au jour de la faillite.

### **E. 3.3.3**

Il résulte des considérations qui précèdent que les demanderesses n'ont pas apporté la preuve du montant du dommage allégué ( art. 8 CC et 42 al. 1 CO).

Le moyen soulevé par les demanderesses est donc infondé.

Le résultat auquel l'instance précédente est arrivée peut être confirmé, par substitution (partielle) des motifs.

Il est superflu d'examiner la condition du lien de causalité, également discutée par les recourantes.

## **E. 4**

Le recours en matière civile est rejeté dans la mesure où il est recevable.

S'agissant des frais et dépens de l'instance fédérale, il faut rappeler que si les trois créancières non cessionnaires sont restées parties à la procédure, elles n'avaient toutefois pas l'intention de recourir contre l'arrêt cantonal (cf. supra consid. 1.1). Dans ces conditions, il n'y a pas lieu, dans le calcul des frais et dépens, de tenir compte de ces parties.

Les frais et les dépens sont mis solidairement à la charge des trois créancières cessionnaires (recourantes), qui succombent (art. 66 al. 1 et 5 et art. 68 al. 1, 2 et 5 LTF ).

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