

# **BGer 4C.132/2001 vom 12. Juli 2001**

Bundesgericht, 2001-07-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.132\\_2001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.132_2001)

FR: TF 4C.132/2001 du 12 juillet 2001

IT: TF 4C.132/2001 del 12 luglio 2001

## **Regeste**

Droit des sociétés

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Le recours interjeté par le défendeur, qui a été condamné à dédommager partiellement la société dont il contrôlait les comptes, porte sur une contestation civile dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 8'000 fr. ( art. 46 OJ ). Dirigé contre un jugement final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 48 al. 1 OJ ), il est donc en principe recevable, puisqu'il a été déposé en temps utile ( art. 54 al. 1 OJ ) dans les formes requises ( art. 55 OJ ). Il en va de même du recours interjeté dans le délai légal compte tenu des fêtes (cf. art. 34 al. 1 let. a et 54 al. 1 OJ) par la demanderesse, qui n'a pas obtenu devant la cour cantonale le plein de ses conclusions en paiement dirigées contre l'organe de contrôle. b) Le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu de rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste ( art. 63 al. 2 OJ ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués ( art. 64 OJ ; ATF 127 III 248 consid. 2c et les arrêts cités). Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux ( art. 55 al. 1 let. c OJ). Dans la mesure où les parties se fondent sur des faits ne découlant pas du jugement entrepris, alors qu'aucune exception permettant à la Cour de céans de s'en écarter n'est réalisée, leurs recours ne sont donc pas recevables.

### **E. 2**

a) Dans son jugement, la cour cantonale a admis que la responsabilité du défendeur en tant qu'organe de contrôle était engagée. Elle a retenu en substance que, de 1982 à 1992, il avait fautivement violé son devoir de diligence lors de la vérification de la comptabilité de la demanderesse et que, sans ces manquements répétés, l'employé de la fiduciaire n'aurait pas pu détourner 1'017'991, 65 fr. au détriment de la société. Les juges ont mis à la charge du défendeur le solde du dommage qui n'avait pas encore été réparé, à savoir 27'611, 05 fr., ainsi que les intérêts compensatoires calculés au taux de 5 % sur les sommes successivement détournées chaque année, soit 204'138 fr. Ces montants ont été réduits d'un tiers, en raison d'une faute concomitante de la demanderesse et de la faible rétribution du défendeur pour ses tâches de contrôle. b) Comme les détournements non détectés par le défendeur ont été commis du 31 décembre 1982 au 4 février 1992, c'est à juste titre que la cour cantonale a examiné la responsabilité de l'organe de contrôle sous l'angle de l'ancien droit de la société anonyme (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., Zurich 1996, nos 2049 et 2054 p. 1122). En revanche, c'est à la lumière du nouveau droit, soit de l' art. 759

CO , que la question de la responsabilité solidaire, dans les rapports externes, entre les différents organes, doit être examinée (consid. 5 non publié de l' ATF 122 III 324 , reproduit partiellement in RSDA 1996 p. 234 s.).

### **E. 3**

A l'appui de son recours, le défendeur critique les faits retenus, en invoquant une inadvertance manifeste et une violation de l' art. 8 CC . Puis, il remet en cause l'existence de sa responsabilité, avant de s'en prendre à la répartition du dommage, reprochant à la cour cantonale d'être parvenue à un résultat trop favorable à la société demanderesse. Celle-ci recourt uniquement sur ce dernier point. Elle soutient que la diminution du dommage, telle qu'établie, viole les principes en matière de solidarité imparfaite et que les facteurs de réduction énumérés n'auraient pas dû être pris en considération. Dans ces circonstances, il convient d'examiner en premier lieu les griefs soulevés par l'organe de contrôle.

### **E. 4**

Le défendeur reproche tout d'abord à la cour cantonale de ne pas avoir retenu que, par lettre du 15 juin 1992, la fiduciaire avait indiqué à la demanderesse qu'elle se reconnaissait entièrement responsable du dommage causé par son employé et qu'elle entendait le rembourser complètement. Il invoque à ce propos l'existence d'une inadvertance manifeste et une violation de l' art. 8 CC . a) La rectification d'une inadvertance manifeste, qui, selon l' art. 63 al. 2 OJ , permet au juge de s'écarter des faits tels qu'ils ont été constatés par la dernière autorité cantonale, n'a de sens que si la constatation erronée porte sur un fait pertinent pour l'issue du litige (cf. ATF 95 II 503 consid. 2a p. 506 s.; Bernard Corboz, Le recours en réforme au Tribunal fédéral, SJ 2000 II p. 1 ss, 66). En l'occurrence, on ne discerne pas en quoi la lettre du 15 juin 1992, qui concerne un autre responsable, pourrait influencer le sort de l'action dirigée contre l'organe de contrôle. Envisagés à la lumière du nouveau droit de la société anonyme (cf. supra consid. 2b), les rapports entre les différents responsables sont certes soumis à un système de solidarité différenciée ( art. 759 al. 1 CO ; Böckli, op. cit. , nos 2022 ss). Il n'en demeure pas moins que les responsables - dans les limites posées par l'exigence de la faute personnelle - ne sont pas libérés tant que le dommage n'est pas totalement réparé (Peter Forstmoser, La responsabilité du réviseur en droit des sociétés anonymes, Zurich 1997, p. 78 note 252). Aussi longtemps que la demanderesse n'a pas été intégralement dédommagée, elle peut donc s'en prendre à l'organe de contrôle, dont la responsabilité doit être considérée pour elle-même. Il importe peu à cet égard qu'un tiers ait admis sa responsabilité et promis de réparer le dommage. b) Quant à l' art. 8 CC , le défendeur ne fait que mentionner cette disposition, mais sans indiquer en quoi celle-ci aurait été violée. Insuffisamment motivé, son grief n'est pas recevable ( art. 55 al. 1 let . c OJ; cf. ATF 127 III 241 consid. 5b/cc p. 247).

### **E. 5**

Le défendeur s'en prend ensuite aux conditions de sa responsabilité, en invoquant l'absence de dommage et la rupture du lien de causalité naturelle et adéquate. a) Selon l'art. 754 al. 1 aCO, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. La responsabilité de l'organe de contrôle, fondée sur cette disposition, suppose la réunion des quatre conditions générales suivantes, à savoir un dommage, un manquement par l'organe à ses devoirs, une faute (intentionnelle ou par négligence) et un

lien de causalité adéquate entre le manquement et le dommage (Forstmoser, op. cit. , p. 25 nos 13 ss). b) En ne procédant pas aux vérifications usuelles, en particulier en ne contrôlant pas que le solde bancaire corresponde bien au solde comptabilisé, le défendeur a violé fautivement ses obligations résultant des art. 728 et 729 aCO (cf. ATF 116 II 533 consid. 5b p. 541 s.), ce qu'il ne conteste pas. c) S'agissant du dommage, il convient de rappeler que la fixation de celui-ci ressortit en principe au juge du fait. Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral n'intervient donc que si l'autorité cantonale a méconnu la notion juridique du dommage ou si elle a violé des principes juridiques relatifs au calcul du préjudice ( ATF 127 III 73 consid. 3c p. 75; 126 III 388 consid. 8a; 120 II 296 consid. 3b p. 298 et les arrêts cités). Dans la mesure où, pour tenter de démontrer l'absence de dommage, le défendeur s'écarte des constatations de fait ressortant du jugement attaqué, son grief n'est pas recevable. Il en va de même lorsqu'il cherche à se prévaloir d'éléments retenus dans le cadre d'une autre procédure opposant la fiduciaire à son assurance responsabilité civile. La Cour de céans ne saurait en tenir compte dans la présente cause, qui oppose des parties différentes (cf. ATF 93 II 329 consid. 3b et c). Au demeurant, le dommage a été clairement établi, dès lors qu'il ressort du jugement entrepris que l'employé indélicat a, par ses détournements, causé un préjudice à la demanderesse chiffré à 1'017'911, 65 fr., dont il a remboursé 15'380, 60 fr., alors que la fiduciaire a dédommagé la demanderesse à raison de 975'000 fr. En outre, rien n'indique que la notion de dommage ait été méconnue ou que des principes juridiques relatifs au calcul de celui-ci aient été violés. A cet égard, le défendeur erre manifestement lorsqu'il soutient que la demanderesse aurait pu réduire son dommage en demandant réparation à l'établissement bancaire ayant remis les fonds à l'employé, puisque le propre de la solidarité est justement de permettre au lésé de choisir le responsable auquel il entend demander réparation (Pierre Tercier, La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d'un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme, in La responsabilité des administrateurs, Zurich 1994, p. 63 ss, 68 s.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3e éd., Zurich 2000, § 11 no 22). d) S'agissant de juger de l'existence d'un lien de causalité entre une ou des omissions et un dommage, ce qui revient à déterminer le cours hypothétique des événements, le Tribunal fédéral est lié par les constatations cantonales, dès lors qu'elles ne reposent pas exclusivement sur l'expérience de la vie, mais sur les faits établis par l'appréciation des preuves ( ATF 115 II 440 consid. 5b p. 448 s., confirmé in ATF 116 II 480 consid. 3a p. 486). En l'espèce, la cour cantonale a constaté, en se fondant sur une expertise judiciaire, que, sans les lacunes répétées lors du contrôle des comptes, les détournements illicites n'auraient pas pu être opérés. Dans ces circonstances, l'existence du lien de causalité adéquate doit être tenue pour établie. Le défendeur tente de se prévaloir d'une rupture de ce lien, en invoquant les manquements du conseil d'administration de la demanderesse et de la fiduciaire. La solidarité différenciée instituée par l' art. 759 al. 1 CO ne s'oppose pas à ce que le comportement d'un responsable puisse, le cas échéant, libérer son coresponsable solidaire s'il fait apparaître comme inadéquate la relation de causalité entre le comportement de ce dernier et le dommage (cf. ATF 112 II 138 consid. 4a). Il faut alors que la faute du tiers ou de la personne lésée soit si lourde et si déraisonnable qu'elle relègue le manquement en cause à l'arrière-plan, au point qu'il n'apparaisse plus comme la cause adéquate du dommage (cf. ATF 123 III 306 consid. 5b p. 314; 116 II 422 consid. 3; 108 II 51 consid. 3 p. 54). La jurisprudence se montre stricte quant à la réalisation de ces exigences (Forstmoser, op. cit. , p. 67 no 180). Elle précise clairement qu'une limitation (et, a fortiori, une libération) de la responsabilité fondée sur la faute concurrente d'un tiers ne doit être admise qu'avec la plus grande retenue

si l'on veut éviter que la protection du lésé que vise, d'après sa nature, la responsabilité solidaire de plusieurs débiteurs, ne soit rendue en grande partie illusoire (cf. ATF 127 III 257 consid. 6b p. 265; 112 II 138 consid. 4a p. 144). Dans le cas d'espèce, le défendeur développe une argumentation appellatoire, faisant des comparaisons avec une autre affaire judiciaire, ce qui n'est pas admissible (cf. ATF 127 III 257 consid. 5b in fine; 124 III 382 consid. 2b p. 386). Si l'on s'en tient aux faits constatés dans le jugement entrepris ( art. 63 al. 2 OJ ), il apparaît que la demanderesse, par son défaut de vigilance dans la remise de son sceau, et la fiduciaire, en raison du manque de surveillance de son employé, n'ont certes pas eu un comportement exempt de tout reproche. La fiduciaire a du reste rapidement remboursé à la demanderesse près d'un million de francs. En revanche, on ne voit pas qu'elles aient commis des manquements d'une gravité telle qu'elle puisse interférer dans le lien de causalité adéquate entre le défaut de vérification de l'organe de contrôle et les pertes subies par la société à la suite des prélèvements indus, ce que le défendeur n'allègue du reste même pas. Dans ces circonstances, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en considérant que le comportement du défendeur, envisagé en lui-même, remplissait les conditions de l'art. 754 aCO.

#### **E. 6**

Le défendeur soutient "qu'il y a prescription s'agissant des intérêts moratoires retenus pour les périodes les plus anciennes" durant lesquelles les détournements illicites ont eu lieu. a) Il résulte de cette motivation, dont on peut se demander si elle répond aux exigences de l' art. 55 al. 1 let . c OJ, que le défendeur invoque la prescription non pas des intérêts moratoires, mais des intérêts compensatoires ou intérêts du dommage. b) Contrairement à ce qu'il relève, la cour cantonale s'est prononcée sur l'exception de prescription invoquée devant elle, dès lors qu'elle a indiqué que l'intérêt compensatoire n'était pas soumis à la prescription quinquennale de l' art. 128 ch. 1 CO , sous-entendant qu'elle ne considérait pas la prétention en découlant comme prescrite. Cette conclusion n'apparaît pas contraire au droit fédéral. En effet, selon la jurisprudence, l'intérêt qui se calcule à partir du moment où l'événement dommageable a déployé des effets sur le plan financier est un élément du dommage. Il court jusqu'à la réparation du préjudice et est qualifié d'intérêt compensatoire ou d'"intérêt du dommage" (Schadenszins). Son but est de placer la personne qui peut prétendre à réparation dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait obtenu sa prétention au jour de l'acte illicite, respectivement des effets économiques de celui-ci ( ATF 122 III 53 consid. 4a p. 54 et les références citées). Par sa nature, l'intérêt compensatoire ne peut donc être assimilé à une redevance périodique au sens de l' art. 128 ch. 1 CO , mais il doit être assujéti aux règles de prescription applicables au dommage dont il fait partie intégrante. Or, en l'espèce, rien, dans le jugement attaqué, ne permet de déduire que les prétentions de la société en réparation des montants soustraits illicitement par l'employé de la fiduciaire auraient été prescrites, ce que l'organe de contrôle n'allègue nullement.

#### **E. 7**

Le défendeur invoque un abus de droit. Il reproche à la société lésée d'agir contre l'organe de révision externe, alors qu'elle aurait pu et dû s'en prendre à la fiduciaire s'occupant de sa gestion, mais qu'elle y aurait renoncé en raison de ses liens avec cette dernière. Selon l' art. 2 al. 2 CC , l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Il convient d'examiner les circonstances concrètes du cas d'espèce pour déterminer l'existence d'un abus de droit ( ATF 121 III 60 consid. 3d p. 63). Les cas typiques d'abus de droit sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la

disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (cf. ATF 120 II 105 consid. 3a p. 108). En l'occurrence, aucune de ces situations ne sont réalisées. Premièrement, quels que soient les liens entre la fiduciaire et la demanderesse, c'est bien cette dernière qui a subi un dommage, de sorte qu'elle a un intérêt indéniable à chercher à en obtenir réparation. Deuxièmement, le défendeur semble perdre de vue que la fiduciaire a versé 975'000 fr. à la demanderesse, de sorte que l'on ne peut reprocher à la société de s'en prendre exclusivement à l'organe de gestion. Troisièmement, la condamnation du défendeur à payer une somme d'un peu plus de 150'000 fr., alors que les détournements ont porté au total sur un montant de 1'017'991, 65 fr. auquel s'ajoutent 204'138 fr. d'intérêts compensatoires, ne traduit pas une disproportion en défaveur du défendeur. Enfin, rien n'indique que la demanderesse aurait exercé ses droits sans ménagement ou qu'elle ait adopté une attitude contradictoire. L'action en dommages-intérêts dirigée contre le défendeur n'apparaît ainsi pas relever de l' art. 2 al. 2 CC .

## **E. 8**

La responsabilité de l'organe de contrôle étant fondée, il reste à se demander si la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en réduisant d'un tiers les dommages-intérêts dus par le défendeur. Sur ce point, les deux parties critiquent le jugement entrepris (cf. supra consid. 3). a) Pour fonder la réduction contestée, les juges ont pris en considération deux éléments. Ils ont d'une part retenu une faute concomitante de la demanderesse, lui reprochant d'avoir confié, sans aucune précaution ni instruction, son sceau à la fiduciaire, tout en ne pouvant ignorer que l'employé chargé des tâches de gestion disposait d'une trop large liberté de manoeuvre; d'autre part, ils ont tenu compte de la faible rétribution du défendeur pour son mandat de contrôleur. Celui-ci a ainsi été condamné à verser les deux tiers du solde des montants détournés qui s'élevait à 27'611 fr., à savoir 18'407 fr. Il a en outre été tenu de rembourser à la société les deux tiers de l'intérêt compensatoire évalué à 204'138 fr., soit 136'092 fr. b) La demanderesse soutient que ce mode de calcul viole l' art. 51 CO . Se fondant sur l' ATF 93 II 329 , elle prétend que la cour cantonale aurait dû calculer la réduction liée à sa faute additionnelle en partant du dommage total, soit de 1'017'991, 65 fr. En diminuant ce montant d'un tiers, le défendeur devrait lui rembourser au maximum 678'661, 10 fr. Il aurait donc fallu le condamner au paiement de l'intégralité du solde du dommage et de l'intérêt compensatoire. Un tel raisonnement est non seulement contraire aux règles sur la répartition du dommage, mais contrevient aussi aux calculs opérés dans l'arrêt susmentionné. Même si le but de la solidarité passive est d'améliorer la situation du lésé (cf. ATF 117 II 50 consid. 5b), la solidarité différenciée applicable en l'espèce ne saurait empêcher le responsable recherché d'obtenir une réduction des dommages-intérêts dus si les conditions de l' art. 44 al. 1 CO sont réalisées (cf. Böckli, op. cit. , no 2025). En outre, si, en matière de solidarité parfaite ou imparfaite chacun des débiteurs peut être recherché pour le tout, lorsque l'un d'eux dédommage le lésé, il éteint la dette en partie et libère les autres jusqu'à concurrence de la portion éteinte ( art. 147 al. 1 CO ; cf. ATF 114 II 342 consid. 2b). Par conséquent, le litige ne portait plus en l'espèce sur la totalité de la perte initialement subie par la demanderesse, mais uniquement sur le solde non remboursé par les autres débiteurs, soit sur 27'611 fr. plus 204'138 fr. d'intérêts compensatoires. Il est donc logique que la réduction ait été calculée en fonction de ces montants et non du dommage total. Dans l' ATF 93 II 329 cité par la demanderesse, le Tribunal fédéral a certes calculé la réduction d'un quart du dommage en raison de la faute du lésé sur la base du montant total, mais, pour obtenir le montant final dû par le responsable solidaire, il y a encore ajouté 1/3

correspondant à la somme déjà remboursée par un autre débiteur. Par conséquent, la part de 5/12 mise à la charge du défendeur équivalait au dommage total, soit  $1 - [1/4 + 1/3]$  ( ATF 93 II 329 consid. 7d p. 343). Ce mode de calcul, dont il n'y a pas lieu d'examiner ici le bien-fondé, serait en l'occurrence particulièrement défavorable à la demanderesse. En effet, sur un dommage total (y compris les intérêts compensatoires) de 1'222'129, 65 fr. (1017'991, 65 fr. + 204'138 fr.), 990'380, 60 fr. ont déjà été remboursés, dont 975'000 fr. par la fiduciaire et 15'380, 60 fr. par l'employé indélicat, ce qui correspond à une proportion de 4/5. Si on y ajoute la réduction de 1/3 prononcée, on parvient à 17/15, soit à un montant excédant la somme à rembourser, de sorte que le défendeur ne devrait plus rien. c) Les deux parties s'en prennent aux facteurs de réduction retenus, à savoir la faute concomitante de la demanderesse et la faible rémunération du défendeur. Il ressort de l' art. 43 al. 1 CO , applicable par analogie en matière de responsabilité contractuelle ( art. 99 al. 3 CO ), que le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute. Selon l' art. 44 al. 1 CO , le juge peut réduire les dommages-intérêts ou même n'en point allouer, notamment lorsque les faits dont la partie lésée est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. Cette disposition laisse au juge un large pouvoir d'appréciation ( ATF 117 II 156 consid. 3a p. 159). aa) La demanderesse tente en vain de démontrer qu'elle n'a pas commis de faute, s'écartant des faits constatés dans le jugement entrepris. Comme le défendeur, elle cherche à se prévaloir de la procédure ayant opposé la fiduciaire à son assureur responsabilité civile, ce qui n'est pas admissible (cf. supra consid. 5c). Si l'on s'en tient aux faits retenus, il apparaît que la demanderesse a confié son sceau à la fiduciaire sans aucune précaution ni instruction, alors qu'elle ne pouvait ignorer que l'employé qui en disposait jouissait d'une liberté de manoeuvre qualifiée de trop large. Dans ces circonstances, on ne peut reprocher à la cour cantonale d'avoir admis que la société demanderesse avait adopté un comportement fautif de nature à favoriser les agissements illicites de l'employé en cause. bb) Concernant la faible rémunération de l'organe de contrôle, il ressort de la jurisprudence que la diligence à observer par le mandataire ne se mesure pas toujours selon des critères objectifs et que les exigences en ce domaine sont moins élevées en cas de mandat gratuit (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 29 octobre 1997, partiellement publié in SJ 1998 p. 198 consid. 4a in fine p. 202). Le Tribunal fédéral admet ainsi que la gratuité peut constituer un facteur de limitation de la responsabilité du mandataire, sous l'angle de l' art. 99 al. 2 CO ( ATF 112 II 347 consid. 3b p. 355; 92 II 234 consid. 3d p. 242). La doctrine partage cet avis (cf. Walter Fellmann, Commentaire bernois, art. 398 CO no 497; Rolf H. Weber, Commentaire bernois, art. 99 CO nos 138 et 146 ss; du même auteur, Commentaire bâlois, art. 398 CO no 23; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Commentaire zurichois, art. 398 CO no 1). Dans ce contexte, il était admissible de tenir compte de la faible rémunération du défendeur lors de la fixation des dommages-intérêts. Contrairement à ce que soutient la demanderesse, les critères de réduction pris en considération par la cour cantonale ne violent donc pas le droit fédéral. Sur cette base, les juges ont diminué d'un tiers les dommages-intérêts dus par le défendeur. Celui-ci considère que cette répartition lui est totalement défavorable, mais sans invoquer d'élément permettant d'en inférer que la cour cantonale aurait abusé du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose en la matière. Dans ces circonstances, tant le recours en réforme de la demanderesse que celui du défendeur doivent être rejetés et le jugement attaqué confirmé.

Compte tenu de l'issue du litige, un émolument judiciaire sera mis à la charge de chacune des deux parties ( art. 156 al. 1 OJ ) et celles-ci supporteront leurs propres dépens ( art. 159 al. 1 OJ ).

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