

# **GE\_GERICHTE ACJC/1253/2018 vom 18. September 2018**

GE Cour de justice, 2018-09-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1253\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1253_2018)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1253/2018 du 18 septembre 2018

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1253/2018 del 18 settembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le jugement attaqué constitue une décision finale de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). La valeur litigieuse étant supérieure à 10'000 fr., la voie de l'appel est ouverte (art. 308 al. 2 CPC).

### **E. 1.2**

Déposé dans le délai utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1, 131 et 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

### **E. 1.3**

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Elle applique la maxime des débats et le principe de disposition (art. 55 al. 1, 58 al. 1 et 247 al. 1 CPC).

## **E. 2**

Les parties ont produit des pièces nouvelles devant la Cour.

### **E. 2.1**

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Selon la pratique, il faut distinguer les vrais nova des pseudo nova. Ces derniers sont des faits et moyens de preuve qui étaient déjà survenus lorsque les débats principaux de première instance ont été clôturés. Leur admissibilité est largement limitée en appel (arrêtés du Tribunal fédéral 5A\_621/2012 du 20 mars 2013 consid. 5.1 et 4A\_643/2011 du 24 février 2012 consid. 3.2.2).

En effet, il appartient au plaideur qui entend invoquer des pseudo nova de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance. La diligence requise suppose que dans la procédure de première instance, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêtés du Tribunal fédéral 5A\_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2 et 9.2.3 et 4A\_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1).

### **E. 2.2**

En l'espèce, les pièces nouvelles n° 134 et 135 de l'appelant sont recevables, la première visant un fait notoire (art. 151 CPC) et la deuxième étant postérieure à la clôture des débats principaux de première instance, soit au 5 septembre 2017. En revanche, ses pièces n° 136 à

140, ainsi que les allégués qui s'y rapportent, sont

- 9/16 -

C/10437/2016 irrecevables. En effet, ces pièces sont antérieures au jour où la cause a été gardée à juger par le Tribunal et l'appelant n'explique pas les raisons pour lesquelles il aurait été dans l'impossibilité de les produire en première instance.

Les pièces nouvelles n° 1 à 5 de l'intimée sont recevables, celles-ci étant postérieures au 5 septembre 2017, contrairement à la pièce n° 7, qui est irrecevable. Il en va de même de la pièce n° 6, dès lors qu'elle concerne des faits antérieurs à la date précitée et qu'il appartenait à l'intimée d'alléguer et motiver l'impossibilité de la produire devant le premier juge.

### **E. 3**

avril 2012 consid. 2.3.1; 4A\_646/2016 du 8 mars 2017 consid. 3.4).

3.1.3 Aux termes de l'art. 645 CO, les actes faits au nom de la société avant l'inscription entraînent la responsabilité personnelle et solidaire de leurs auteurs (al. 1). Toutefois, lorsque des obligations expressément contractées au nom de la future société ont été assumées par elle dans les trois mois à dater de son inscription, les personnes qui les ont contractées en sont libérées, et la société demeure seule engagée (al. 2).

Les personnes qui agissent au nom de la société sont directement et personnellement parties aux engagements qu'elles assument au nom de celle-ci. La disposition précitée ne s'applique pas si un engagement est assumé au nom personnel de celui qu'il assume. La société constituée n'est pas, en principe, engagée par les actes juridiques conclus en son nom. Le conseil d'administration décide, dans le délai de trois mois de l'inscription de la société au registre du commerce, si la société va devenir partie aux divers engagements préexistants et, dans ce même délai, il communique son acceptation aux contreparties concernées. Une simple décision interne non communiquée aux potentiels cocontractants ne déploie aucun effet (LOMBARDINI, Commentaire romand CO II, 2017, n°1, 10 et 13 ad art. 645 CO).

3.1.4 Selon l'art. 394 CO, le mandat est le contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis (al. 1).

Le mandataire doit exécuter avec soin la mission qui lui est confiée et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son cocontractant (art. 321a al. 1 CO applicable par le renvoi de l'art. 398 al. 1 CO). Il est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution de sa mission (art. 398 al. 2 CO), qui

- 11/16 -

C/10437/2016 comprend le devoir d'informer et de conseiller le mandant, ainsi que le devoir de respecter les instructions de ce dernier.

L'obligation d'information implique pour le mandataire d'aviser l'autre partie de tout ce qui est important pour cette dernière en relation avec l'exécution du contrat. Afin d'être utile au mandant, l'information doit être complète, exacte et dispensée à temps. Le mandataire doit notamment renseigner le mandant des risques (y compris des risques financiers) et avantages des mesures et des actes envisagés, ou de l'exécution du mandat en général. L'information doit ainsi rendre le mandant à même de dispenser des instructions adéquates (WERRO, Commentaire romand CO I, 2012, n° 17 ad art. 398 CO).

L'obligation de conseil exige une intervention active du mandataire, qui doit, d'une part, indiquer laquelle des mesures correspond (à son avis) le mieux à l'intérêt du mandant et, d'autre part, mettre celui-ci en garde contre les risques que comportent certaines mesures, notamment lorsqu'il est lui-même un spécialiste et que le mandant ne l'est pas (WERRO, op. cit., n° 18 ad art. 398 CO).

3.1.5 Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). L'art. 398 al. 1 CO renvoie aux règles régissant la responsabilité du travailleur dans les rapports de travail, soit à l'art. 321e CO. Cette disposition prévoit, à son al. 1, que le travailleur est responsable du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence et détermine, à son al. 2, la mesure de la diligence requise (ATF 133 III 121 consid. 3.1). En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de son obligation de diligence, le mandataire est tenu de réparer le dommage qui en résulte, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO).

La responsabilité du mandataire suppose donc la réunion de quatre conditions qui sont cumulatives: une violation d'un devoir de diligence, une faute, un dommage et une relation de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation fautive du devoir de diligence et le dommage survenu; il appartient au demandeur d'apporter la preuve des faits permettant de constater que chacune de ces conditions est remplie (art. 8 CC), sauf pour la faute qui est présumée (art. 97 al. 1 CO) (ATF 133 III 121 consid. 3.1; 132 III 379 consid. 3.1).

La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit. Le juge doit se demander, en face d'un enchaînement concret de circonstances, s'il était probable que le fait considéré produisît le résultat intervenu; à cet égard, c'est la prévisibilité objective du résultat qui compte (ATF 112 II 439 consid. 1d; 101 II 73 consid. 3a). Pour retenir une causalité naturelle en cas d'omission, il faut admettre par hypothèse que le dommage ne serait pas survenu si l'intéressé avait agi conformément à la loi ou au contrat.

- 12/16 -

C/10437/2016 Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et il porte un jugement de valeur (arrêt du Tribunal fédéral 4C.449/2004 du 9 mars 2005 consid. 4.1).

Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 127 III 73 consid. 4a; ATF 126 III 388 consid. 11a).

Dans un arrêt relatif à la violation de son mandat par une fiduciaire qui n'avait pas examiné la question posée avec la diligence commandée par les circonstances, notamment en effectuant des recherches appropriées, le Tribunal fédéral a retenu que les mandants n'auraient pas créé de société anonyme s'ils avaient connu le coût fiscal réel de l'opération (ATF 128 III 22 consid. 2c et 2d). Dans ce cas, la détermination du dommage résultant de la mauvaise exécution du mandat a consisté à comparer l'état actuel du patrimoine des mandants avec l'état qu'il aurait eu si la société anonyme n'avait pas été fondée. Ils n'auraient en effet pas eu à supporter économiquement les frais de constitution et les impôts liés à la création de la société anonyme si la fiduciaire avait exécuté son mandat avec la diligence requise (ATF 128 III 22 consid. 2e.cc).

3.1.6 Le mandataire qui ne rend pas les services promis, c'est-à-dire qui demeure inactif ou n'agit pas avec le soin requis, ne peut prétendre à l'entier des honoraires convenus ou à la même rémunération qui serait équitablement due à un mandataire diligent. Ce n'est que dans le cas où l'exécution défectueuse du mandat est assimilable à une totale inexécution, se révélant inutile ou inutilisable, que le mandataire peut perdre son droit à une rémunération. Il en est de même lorsque la rémunération du mandataire est elle-même constitutive du dommage causé par l'exécution défectueuse (ATF 124 III 423 consid. 4a; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_267/2010 du 28 juillet 2010 consid. 3 et 4A\_124/2007 du 23 novembre 2007 consid. 6.1.1; TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 2016, n° 4591, p. 657).

### **E. 3.2**

En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'appelant, le premier juge n'a pas perdu de vue l'existence de ses diverses activités. En effet, le Tribunal a retenu que les honoraires d'administrateur, ainsi que les frais de domiciliation et de notaire faisaient partie du dommage subi par l'intimée en raison de la mauvaise exécution du mandat du 13 février 2015 par l'appelant, dont le résultat a été la constitution d'une société inutile à l'intimée.

Pour retenir cette mauvaise exécution, le premier juge a, à juste titre, pris en compte une violation du devoir d'informer et de conseiller qui incombait à l'appelant. Ce dernier a reconnu que le mandat précité comprenait, tout d'abord, un

- 13/16 -

C/10437/2016 examen de la faisabilité du projet de transformation de l'entreprise individuelle de l'intimée en une société de capitaux, puis la constitution de celle-ci.

L'appelant ayant procédé à trois reprises seulement à une telle transformation, et ce dans un domaine autre que le domaine médical, il lui incombait d'effectuer des recherches approfondies et appropriées pour examiner la faisabilité du projet. Il s'est limité à consulter brièvement un avocat, qui plus est en abordant le sujet de manière abstraite, alors même que l'opération envisagée était technique et nécessitait une formation spécifique. L'appelant n'a en outre pas transmis les observations de cet avocat à l'intimée, qui ignorait le contenu de cet entretien.

Il ne s'est pas non plus renseigné sur la question du code-créancier avant cette constitution. Or, pour conserver celui-ci, l'intimée devait exercer son activité en tant qu'employée de la société à hauteur maximale de 90% et maintenir 10% d'activité indépendante, engendrant ainsi une double comptabilité et imposition. Cette situation n'était pas dans l'intérêt de l'intimée et ne correspondait pas à sa volonté. Le fait qu'elle ait finalement voulu s'occuper elle-même de cette problématique, en décembre 2015, ne change rien au fait que l'appelant devait se renseigner sur ce point et informer exhaustivement l'intimée, avant de constituer la société.

L'appelant a reconnu ne pas avoir expliqué à l'intimée ce que supposait la transformation d'une entreprise individuelle en société anonyme. Il allègue que celle-ci le savait déjà, ce qui est contesté et ne résulte pas du dossier. Au contraire, l'existence même du mandat relatif à la faisabilité d'une telle transformation démontre que l'intimée ignorait les conséquences de celle-ci. Il ressort également du témoignage de K\_\_\_\_\_ que l'intimée n'a pas compris le montage juridique effectué par l'appelant, notamment le fait que ce dernier devenait administrateur unique et qu'elle-même n'avait aucun contrôle sur la société. L'appelant aurait donc dû renseigner l'intimée en amont et ce, de manière précise et

adéquate, ce qu'il n'a pas fait.

Le premier juge a également retenu, à juste titre, une violation du devoir de diligence incombant à l'appelant. En effet, celui-ci n'a pas requis l'inscription au Registre du commerce du transfert des actifs et passifs de l'entreprise individuelle à la société anonyme, ce qui pouvait entraîner des pénalités lors du transfert des crédits et du leasing. De plus, le mandataire n'a pas requis l'inscription de C\_\_\_\_\_ SA auprès du Service du médecin cantonal et ne s'est occupé ni du contrat de bail de la société ni du contrat de travail de l'intimée. L'appelant soutient ne pas avoir effectué ces démarches en raison des manquements de l'intimée, qui ne lui aurait pas remis les documents nécessaires pour établir le bilan de transfert au 31 décembre 2015. Or, le témoin I\_\_\_\_\_, avocat spécialisé dans le domaine, a expliqué que le bilan de transfert pour une société créée en juillet 2015, comme en l'espèce, devait être établi au 30 juin 2015. Ce ne sont

- 14/16 -

C/10437/2016 donc pas les prétendus manquements de l'intimée qui ont empêché l'appelant de mener à bien son mandat, mais bien son manque de diligence.

En arguant que la transformation de la raison individuelle en société anonyme était faisable et en cours d'exécution, l'appelant perd de vue qu'il devait préalablement informer l'intimée de toutes les conséquences y relatives et la conseiller pour préserver ses intérêts, ce qu'il n'a pas fait. Il ne peut donc pas se libérer au motif qu'il aurait suivi les instructions de cette dernière, qui, selon lui, souhaitait la constitution d'une société anonyme.

L'appelant soutient encore que l'intimée n'a pas perdu confiance en lui après le rendez-vous du 4 décembre 2015 à la banque, dès lors qu'elle a continué à lui donner des instructions et qu'elle ne l'a pas relevé de ses fonctions d'administrateur. Or, il ressort des courriels échangés entre les parties après cet entretien que l'intimée a uniquement requis les documents comptables 2014 sollicités par K\_\_\_\_\_. Cela étant, suite au conseil de ce dernier, elle a consulté un avocat et a finalement résilié les mandats litigieux en février 2016, ce qui atteste de la perte de confiance qu'elle a éprouvée.

Au regard de l'ensemble des circonstances, le premier juge était fondé à retenir une mauvaise exécution du mandat du 13 février 2015 et à assimiler celle-ci à une inexécution. En effet, vu la problématique du code-créancier et le défaut de transfert des actifs et passifs de l'entreprise individuelle, C\_\_\_\_\_ SA ne sert pas les intérêts de l'intimée et lui est inutile. La circonstance que cette société n'est pas active est corroboré par le fait que le Registre du commerce ne mentionne toujours pas ledit transfert et que la banque n'a plus eu de contact avec l'intimée après l'entretien du 4 décembre 2015. Que cette dernière ait voulu que le but social de sa société anonyme comprenne différentes activités est sans aucune incidence sur ce qui précède. Enfin, en raison des poursuites en cours initiées par la D\_\_\_\_\_ contre la société (cf. EN FAIT consid. B.b), il ne peut pas être reproché à l'intimée de ne pas avoir radié celle-ci du registre précité ni d'en être devenue l'unique administratrice.

Conformément aux principes rappelés sous consid. 3.1.5 ci-dessus, l'appelant a ainsi perdu le droit à sa rémunération découlant du mandat du 13 février 2015. Il est tenu de rembourser à l'intimée le montant de 6'000 fr. perçu à ce titre.

En ce qui concerne les honoraires d'administrateur (10'000 fr.), les frais de domiciliation de la société (3'600 fr.) et de notaire (3'020 fr.), le premier juge a, à juste titre, considéré qu'ils constituaient le dommage subi par l'intimée en raison de l'inexécution du mandat du 13

février 2015.

En effet, vu l'inactivité actuelle de C\_\_\_\_\_ SA, il y a lieu d'admettre que l'intimée n'aurait pas transformé sa raison individuelle en société anonyme, si elle avait été correctement informée par l'appelant, notamment au sujet de la

- 15/16 -

C/10437/2016 problématique du code-créancier. Le dommage de l'intimée se détermine donc en comparant l'état actuel de son patrimoine avec l'état qu'il présenterait si la société anonyme n'avait pas été fondée. Or, dans ce cas, l'intimée n'aurait pas ouvert un compte au nom de C\_\_\_\_\_ SA et n'y aurait pas versé la somme de 50'000 fr. Cette somme était destinée et a effectivement servi à la constitution de la société anonyme, puisque c'est du compte alimenté par l'intimée que l'appelant a prélevé les frais de notaire et de domiciliation, ainsi que ses honoraires d'administrateur pour la première année.

Il s'ensuit que l'intimée est légitimée à réclamer à l'appelant la réparation de l'intégralité du dommage qu'elle a subi en raison de la mauvaise exécution du mandat du 13 février 2015, soit le remboursement de tous les frais liés à la constitution de la société anonyme. Le grief de défaut de légitimation active de l'intimée est ainsi infondé.

Au vu de ce qui précède, il est superflu d'examiner l'argumentation - que l'appelant ne développe pas en appel et qu'il n'a d'ailleurs pas évoquée et donc pas fondée, en première instance, sur une présentation des faits conforme aux exigences rappelées ci-dessus sous consid. 3.1.2 - relevant du droit des sociétés. A juste titre (cf. ci-dessus consid. 3.1.3), l'appelant ne prétend pas que le fait qu'il ait lui-même prélevé le 3 août 2015 les sommes litigieuses du compte bancaire alimenté par l'intimée suffirait à admettre une reprise par la société (seule ou solidairement avec l'intimée) des droits et obligations résultant des deux contrats du 17 juin 2015.

En définitive, le jugement entrepris sera entièrement confirmé.

#### **E. 4**

Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 2'260 fr. (art. 17 et 35 RTFMC). Ils seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 95 et 106 al. 1 CPC) et compensé avec l'avance de frais de même montant versée par lui, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

L'appelant sera également condamné à verser à l'intimée la somme de 3'100 fr., débours et TVA compris, à titre de dépens d'appel (art. 95 al. 3 CPC; art. 85 et 90 RTFMC). \* \* \* \* \*

- 16/16 -

C/10437/2016 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 13 décembre 2017 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/14148/2017 rendu le 3 novembre 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/10437/2016-20. Au fond : Confirme le jugement entrepris. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'260 fr., les met à la charge de A\_\_\_\_\_ et les compense avec l'avance de frais fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève. Condamne A\_\_\_\_\_ à verser à B\_\_\_\_\_ 3'100 fr. à titre de dépens d'appel. Siégeant : Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Sylvie DROIN, Madame Nathalie RAPP, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président : Ivo BUETTI

La greffière : Camille LESTEVEN

Indication des voies de recours : Conformément aux art. 113 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours constitutionnel subsidiaire. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 30'000 fr.

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