

## **NE\_GERICHTE CACIV.2011.68 vom 8. März 2013**

NE Tribunal cantonal, 2013-03-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CACIV.2011.68](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2011.68)

FR: NE\_GERICHTE CACIV.2011.68 du 8 mars 2013

IT: NE\_GERICHTE CACIV.2011.68 del 8 marzo 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

a) Aux termes de l'article 754 al. 1 CO, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. Lorsque la société n'a pas subi de dommage, il est d'emblée exclu qu'elle puisse exercer une action en réparation. Le créancier ou l'actionnaire, qui subit alors seul un dommage direct, peut agir à titre individuel et réclamer des dommages-intérêts au responsable. Son action est régie par les règles de la responsabilité civile et, à condition qu'elle repose sur un fondement juridique valable, elle n'est soumise à aucune restriction (Corboz, in Commentaire romand, note 53, 57 ss ad art. 754 CO; ATF 131 III 306, JT 2006, p. 60, cons. 3.1.2, 132 III 564, cons. 3.1.1 et 3.2.1). En l'occurrence, il n'est pas allégué, à bon droit, que la société n'aurait subi aucun dommage. En effet, X. demande réparation tant du dommage créé à cette dernière que de celui qu'il allègue avoir subi en tant qu'actionnaire. Si le comportement de l'organe ne cause un dommage qu'à la société, il ne peut donner naissance qu'à une action sociale tendant à la réparation du dommage subi par la société (Corboz, in op. cit., note 64 ad art. 754 CO). L'action sociale peut être exercée par la société, de même que par un actionnaire (art. 756 CO) ou un créancier (Corboz, in op. cit., note 53, 78 ss ad art. 754 CO). Si un actionnaire ou un créancier allègue que ce même comportement lui a fait subir un préjudice personnel, l'action individuelle et l'action sociale pourraient entrer en conflit. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, il faut déterminer quel est le patrimoine lésé (Corboz, op. cit., note 54 ad art. 754 et la jurisprudence citée). C'est ici qu'intervient la distinction entre le dommage direct et le dommage indirect. L'actionnaire ou le créancier qui ne subit qu'un dommage indirect (ou par ricochet) ne peut tenter une action individuelle (Corboz, in op. cit., note 65 ad art. 754 CO; ATF 132 III 564 cons. 3.1.2 et 3.2.2). Si, par contre, il existe à la fois un dommage direct pour la société et un dommage direct pour un créancier ou un actionnaire, la jurisprudence n'admet une action individuelle que si elle repose sur un fondement juridique distinct, soit si le comportement reproché à l'organe constitue un acte illicite, fondant à l'égard du créancier une responsabilité sur la base de l'article 41 CO, se caractérise à son endroit comme une culpa in contrahendo, ou encore viole une norme du droit de la SA conçue exclusivement pour protéger les créanciers ou les actionnaires (Corboz, in op. cit., notes 66 et 67 ad art. 754 CO; ATF 132 III 564 cons. 3.2.3, 131 III 306 cons. 3.1.2). b) X. alléguant qu'un dommage a été causé tant à la société qu'à lui-même, il y a lieu de déterminer dans un premier temps s'il a subi un dommage direct. En effet, à défaut, son action individuelle devrait être déclarée mal fondée, en application des principes susmentionnés. Il y a dommage indirect (ou dommage par ricochet ou dommage réfléchi), lorsque le créancier ou l'actionnaire n'est touché que par contrecoup. Pour les actionnaires,

le dommage subi par la société, qui entraîne une perte de la valeur de leurs actions, une diminution du dividende ou une diminution de leur part de liquidation, est indirect ( Chaudet , Droit suisse des affaires, 2 e éd., 2004, p. 150, note 733 ; Basler Kommentar , Obligationenrecht, II 3 e éd., Widmer/Gericke/Waller , p. 1448, note 15 ad art. 754 CO). Ainsi, en cas de détournement de fonds sociaux, l'actionnaire qui invoque que la valeur de ses actions, respectivement de sa part de liquidation, est diminuée parce que la société a été appauvrie, ne fait valoir qu'un dommage indirect ( Corboz , in op. cit. note 65 ad art. 754 CO). L'actionnaire qui fait valoir un préjudice du fait de la baisse du cours des actions postérieure à leur achat invoque un dommage indirect puisque la baisse des actions est imputable à une dépréciation de la société directement lésée (ATF 131 III 306 , JT 2006, p. 61 cons. 3.2.1). Le dommage des actionnaires et des créanciers est direct lorsqu'il frappe individuellement et spécialement le patrimoine de ceux-ci, indépendamment de tout dommage subi par la société. Subit par exemple un dommage direct, l'actionnaire qui a été principalement trompé par un administrateur et a, de ce fait, consenti un investissement qu'il n'aurait pas fait ou dont le droit préférentiel de souscription a été supprimé ( Chaudet , op. cit., note 732 ; Basler Kommentar , op. cit., note 16 ad art. 754 CO). Souvent, la présentation d'un faux bilan sur la base duquel se fonde un investisseur pour mettre des fonds à disposition constitue un dommage direct (arrêt du Tribunal fédéral du 24.11.2000 [4C\_344/1998] ; Basler Kommentar , op. cit., note 16 ad art. 754 CO). c) Les versements effectués par les intimés au débit des comptes de W. SA, soit 214'929 francs le 30 janvier 1995 et 100'000 francs le 9 février 1995 constituent des détournements de fonds sociaux, au sens précité, et ne causent dès lors aucun dommage direct à l'appelant, puisqu'ils ont pour conséquence de déprécier la valeur de la société elle-même. Quant à la présentation d'un faux bilan qui l'aurait incité à investir des sommes importantes dans W. SA, il faut relever que, s'il n'est pas exclu, comme susmentionné, que dans certains cas la présentation d'un faux bilan ou le fait de donner des renseignements erronés dans le but d'amener quelqu'un à injecter du capital dans une société puisse constituer un dommage direct, il n'en demeure pas moins que le comportement reproché aux organes doit avoir joué un rôle causal dans sa décision de procéder à l'investissement (voir à cet égard notamment ATF 131 III 306 , JT 2006, p. 61-62). Il y a causalité naturelle lorsque le comportement reproché, qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission, constitue une condition sine qua non du résultat ( Corboz , op. cit., note 38 ad art. 752 CO et la jurisprudence citée), soit que sans le premier événement le second ne se serait pas produit. Comme le relève l'expertise comptable du 19 novembre 2002, la vente de cinquante actions de Q. SA pour un montant de 775'000 francs à X. devait se baser sur un autre document que le seul bilan erroné qui lui a été présenté et dont la valeur comptable s'élevait à seulement 100'000 francs. La participation de Q. SA à T. SA constitue selon l'expert le seul élément qui aurait pu justifier les raisons d'un tel écart entre 50 % de la valeur comptable de Q. SA, soit 50'000 francs, et la prise en compte pour la vente des actions de 775'000 francs. Vont dans le même sens les déclarations de Y 1 et X. lors de l'instruction pénale. Il y a lieu de retenir dès lors, à l'instar de ce qu'a fait le Tribunal pénal économique, que ce n'est pas le faux bilan au 30 novembre 1994 qui a pu inciter X. à acquérir les actions de Q. SA, mais bien l'assurance d'un rendement très élevé que devait lui procurer cet investissement, de l'ordre de 30 à 35 %, vu les chiffres dégagés par l'exploitation du premier puis du deuxième établissement, D., par T. SA. En l'absence de dommage direct, voire de lien de causalité naturelle au sens précité, il n'y a pas lieu de procéder à l'examen des autres conditions de l'action en responsabilité de X., à titre individuel, contre les intimés.

#### E. 4

L'appelant réclame encore réparation de son dommage en sa qualité de cessionnaire des droits de W. SA contre Y 1 et Y 2 . Les intimés font valoir que l'acte de cession de W. SA à X. du 21 juillet 1999 serait un acte simulé puisque, contrairement à ce qui y est indiqué il n'avait pas pour but principal de permettre à X. de réduire son compte-courant actionnaire, mais de lui permettre, alors qu'il savait que la société allait être liquidée, de faire valoir ultérieurement les droits de W. SA. a) Selon l'article 164 CO, le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire. La cession n'est valable que si elle a été constatée par écrit (art. 165 al. 1 CO). On parle d'acte simulé au sens de l'article 18 al. 2 CO lorsque les deux parties sont d'accord que les effets juridiques correspondant au sens objectif de leurs déclarations ne doivent pas se produire et qu'elles n'ont voulu créer que l'apparence d'un acte juridique à l'égard des tiers (ATF 123 IV 61 , 112 II 337 , 97 II 201 et les arrêts cités). Leur volonté véritable tiendra soit à ne produire aucun effet juridique, soit à produire un autre effet que celui de l'acte apparent ; dans ce dernier cas, les parties entendent en réalité conclure un second acte dissimulé (ATF 123 IV 61 , 112 II 337 ). Juridiquement inefficace d'après la volonté réelle et commune des parties, le contrat simulé est nul (ATF 123 IV 61 , 97 II 201 ), tandis que le contrat dissimulé est valable si les dispositions légales auxquelles il est soumis quant à sa forme et son contenu, ont été observées (ATF 117 II 382 , 96 II 383 ). Il incombe à celui qui se plaint de la simulation d'en apporter la preuve (art. 8 CC). On ne saurait admettre trop facilement que les déclarations ou attitudes des parties ne correspondent pas à leur volonté réelle. Le juge doit se montrer exigeant en matière de preuve d'une simulation. Des allégations de caractère général et la simple présomption ne suffisent pas. Selon la jurisprudence, le comportement ultérieur des parties est un indice de leur intention réelle au moment de la conclusion du contrat (ATF 112 II 337 ). b) L'acte de cession, passé en la forme écrite, remplit les conditions formelles précitées. Peut se poser la question de savoir si X. ne l'a pas conclu avec lui-même, ce qui est, en principe, interdit. En effet, alors que la société n'exerçait plus aucune activité depuis un certain temps et était surendettée, F., devenue peu après son épouse et parfaitement consciente de cette situation, a été nommée administratrice avec signature individuelle le 2 février 1999 pour une très courte période, soit jusqu'au 8 août 1999, quelques semaines après la signature de l'acte de cession et juste avant que la société ne soit en liquidation. Il est dès lors très probable qu'elle ait été instrumentée par son mari, actionnaire unique et dès lors vraisemblablement seul administrateur de fait. De plus, cet acte de cession n'était manifestement pas dans l'intérêt de la société puisque, comme il sera démontré ci-après, aucune contrepartie n'était prévue (voir à cet égard ATF 127 III 332 cons. 2.1, 126 III 361 cons. 3.1, arrêt du Tribunal fédéral du 20.06.2003 [4C\_136/2002] cons. 4 in fine). Quoi qu'il en soit, il faut retenir dans le cas d'espèce que les parties à l'acte de cession ont voulu créer l'apparence que cette cession était motivée et justifiée par une créance de X. à l'égard de W. SA. En effet, cette créance ne résulte nullement du dernier bilan établi au 31 décembre 1996 par E. SA, organe de révision de W. SA, si bien que l'acte de cession ne pouvait dès lors la mentionner pour justifier la cession à X. des droits de W. SA. Certes, même au passif d'un bilan établi par la fiduciaire R. au 15 juillet 1996 figurait un compte courant actionnaire de X. Cependant, en l'absence d'autres indications, il y a lieu de retenir que le dernier bilan établi, dont l'organe de révision a proposé l'approbation par l'assemblée générale, reflétait la réalité. Cette prétendue créance de X. avait pour seul but de justifier une cession de créance qui, à défaut d'être liée à une contrepartie en faveur de la

société, éludait la loi, ce qui aurait entraîné sa nullité ( Probst in Commentaire romand, note 60 ad art. 164 CO et les références citées). En effet, X. ne pouvait demander le versement par les intimés de dommages-intérêts en sa propre faveur fondé sur les articles 754 ss CO , puisqu'il ne subissait, comme démontré ci-dessus, pas de dommage direct. Il ne pouvait par ailleurs, par l'action sociale de l'actionnaire au sens de l'article 756 CO que demander des dommages-intérêts en faveur de la société (ATF 132 III 342 , JT 2007 I 51). Le seul moyen permettant de détourner ces règles et d'obtenir réparation après la liquidation de la société était de se faire céder la créance de W. SA et le seul moyen pour éviter que cette dernière ne soit déclarée nulle, était de la justifier par l'extinction de sa propre créance envers la société. Selon la jurisprudence et la doctrine, le contrat simulé est sans effet. A supposer qu'il soit en l'occurrence seulement partiellement simulé, soit crée l'apparence de l'existence d'une créance de X., la cession de créance n'étant quant à elle pas simulée, cette dernière devrait quoi qu'il en soit être déclarée non valable puisque visant à éluder les dispositions du code des obligations sur l'action en responsabilité des organes de la société.

#### **E. 5**

Enfin, l'appelant estime que les montants de 98'500 francs, 100'000 francs et 214'920 francs auraient été prêtés à W. SA, en application des articles 312 ss CO, et doivent lui être restitués en vertu d'une responsabilité contractuelle. Or, l'acte de cession étant nul car simulé, il ne peut s'y référer pour obtenir les versements de montants qui seraient contractuellement dus à W. SA. De plus, comme l'a relevé avec raison la Cour de cassation pénale, les prélèvements litigieux opérés par Y 1 doivent être qualifiés d'opérations sans justification contractuelle avec la SA, sortant d'un processus normal pour décider d'octroyer un prêt à l'actionnaire ou pour engager les fonds de la SA conformément à son but. L'absence de contrat entre la SA et l'actionnaire emprunteur, aggravée par l'absence de garantie, enlève à ces opérations le caractère licite qu'aurait pu avoir un prêt « ordinaire ». Les transferts de fonds ont été qualifiés de gestion déloyale par les autorités pénales et l'appelant les a lui-même considérées comme des prêts prohibés et des malversations. Concernant le remboursement de 98'500 francs à la société T. SA, il s'agit d'un remboursement illégal (art. 680 ad 2 CO) masqué au niveau du bilan et qui n'a donné lieu à aucune garantie. X. a lui-même mentionné une « libération fictive » du capital de W. SA. Enfin, comme le conclut l'expert, « les opérations de transfert de liquidités sans justification ni contrat contreviennent aux règles applicables en matière de tenue de comptabilité (959 CO) et au devoir de diligence incombant aux membres du conseil d'administration (art. 717 CO) ». Dès lors, outre le fait que X., pour les motifs évoqués au considérant ci-dessus, ne peut se prévaloir de l'acte de cession pour se faire rembourser une créance de W. SA, il ne peut fonder ses prétentions sur une responsabilité contractuelle.

#### **E. 30**

à 35 %, vu les chiffres dégagés par l'exploitation du premier puis du deuxième établissement, D., par T. SA.

En l'absence de dommage direct, voire de lien de causalité naturelle au sens précité, il n'y a pas lieu de procéder à l'examen des autres conditions de l'action en responsabilité de X., à titre individuel, contre les intimés.

4.L'appelant réclame encore réparation de son dommage en sa qualité de cessionnaire des droits de W. SA contre Y1 et Y2. Les intimés font valoir que l'acte de cession de W. SA à X. du 21 juillet 1999 serait un acte simulé puisque, contrairement à ce qui y est indiqué il

n'avait pas pour but principal de permettre à X. de réduire son compte-courant actionnaire, mais de lui permettre, alors qu'il savait que la société allait être liquidée, de faire valoir ultérieurement les droits de W. SA.

a) Selon l'article 164 CO, le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire. La cession n'est valable que si elle a été constatée par écrit (art. 165 al. 1 CO).

On parle d'acte simulé au sens de l'article 18 al. 2 CO lorsque les deux parties sont d'accord que les effets juridiques correspondant au sens objectif de leurs déclarations ne doivent pas se produire et qu'elles n'ont voulu créer que l'apparence d'un acte juridique à l'égard des tiers (ATF 123 IV 61, 112 II 337, 97 II 201 et les arrêts cités). Leur volonté véritable tiendra soit à ne produire aucun effet juridique, soit à produire un autre effet que celui de l'acte apparent ; dans ce dernier cas, les parties entendent en réalité conclure un second acte dissimulé (ATF 123 IV 61, 112 II 337). Juridiquement inefficace d'après la volonté réelle et commune des parties, le contrat simulé est nul (ATF 123 IV 61, 97 II 201), tandis que le contrat dissimulé est valable si les dispositions légales auxquelles il est soumis quant à sa forme et son contenu, ont été observées (ATF 117 II 382, 96 II 383). Il incombe à celui qui se plaint de la simulation d'en apporter la preuve (art. 8 CC). On ne saurait admettre trop facilement que les déclarations ou attitudes des parties ne correspondent pas à leur volonté réelle. Le juge doit se montrer exigeant en matière de preuve d'une simulation. Des allégations de caractère général et la simple présomption ne suffisent pas. Selon la jurisprudence, le comportement ultérieur des parties est un indice de leur intention réelle au moment de la conclusion du contrat (ATF 112 II 337).

b) L'acte de cession, passé en la forme écrite, remplit les conditions formelles précitées. Peut se poser la question de savoir si X. ne l'a pas conclu avec lui-même, ce qui est, en principe, interdit. En effet, alors que la société n'exerçait plus aucune activité depuis un certain temps et était surendettée, F., devenue peu après son épouse et parfaitement consciente de cette situation, a été nommée administratrice avec signature individuelle le 2 février 1999 pour une très courte période, soit jusqu'au 8 août 1999, quelques semaines après la signature de l'acte de cession et juste avant que la société ne soit en liquidation. Il est dès lors très probable qu'elle ait été instrumentée par son mari, actionnaire unique et dès lors vraisemblablement seul administrateur de fait. De plus, cet acte de cession n'était manifestement pas dans l'intérêt de la société puisque, comme il sera démontré ci-après, aucune contrepartie n'était prévue (voir à cet égard ATF 127 III 332 cons. 2.1, 126 III 361 cons. 3.1, arrêt du Tribunal fédéral du 20.06.2003 [4C\_136/2002] cons. 4 in fine).

Quoi qu'il en soit, il faut retenir dans le cas d'espèce que les parties à l'acte de cession ont voulu créer l'apparence que cette cession était motivée et justifiée par une créance de X. à l'égard de W. SA. En effet, cette créance ne résulte nullement du dernier bilan établi au 31 décembre 1996 par E. SA, organe de révision de W. SA, si bien que l'acte de cession ne pouvait dès lors la mentionner pour justifier la cession à X. des droits de W. SA. Certes, même au passif d'un bilan établi par la fiduciaire R. au 15 juillet 1996 figurait un compte courant actionnaire de X. Cependant, en l'absence d'autres indications, il y a lieu de retenir que le dernier bilan établi, dont l'organe de révision a proposé l'approbation par l'assemblée générale, reflétait la réalité. Cette prétendue créance de X. avait pour seul but de justifier une cession de créance qui, à défaut d'être liée à une contrepartie en faveur de la société, éludait la loi, ce qui aurait entraîné sa nullité (Probstin Commentaire romand, note 60 ad art. 164 CO et les références citées). En effet, X. ne pouvait demander le versement par les

intimés de dommages-intérêts en sa propre faveur fondé sur les articles 754 ss CO, puisqu'il ne subissait, comme démontré ci-dessus, pas de dommage direct. Il ne pouvait par ailleurs, par l'action sociale de l'actionnaire au sens de l'article 756 CO que demander des dommages-intérêts en faveur de la société (ATF 132 III 342, JT 2007 I 51). Le seul moyen permettant de détourner ces règles et d'obtenir réparation après la liquidation de la société était de se faire céder la créance de W. SA et le seul moyen pour éviter que cette dernière ne soit déclarée nulle, était de la justifier par l'extinction de sa propre créance envers la société.

Selon la jurisprudence et la doctrine, le contrat simulé est sans effet. A supposer qu'il soit en l'occurrence seulement partiellement simulé, soit crée l'apparence de l'existence d'une créance de X., la cession de créance n'étant quant à elle pas simulée, cette dernière devrait quoi qu'il en soit être déclarée non valable puisque visant à éluder les dispositions du code des obligations sur l'action en responsabilité des organes de la société.

5. Enfin, l'appelant estime que les montants de 98'500 francs, 100'000 francs et 214'920 francs auraient été prêtés à W. SA, en application des articles 312 ss CO, et doivent lui être restitués en vertu d'une responsabilité contractuelle. Or, l'acte de cession étant nul car simulé, il ne peut s'y référer pour obtenir les versements de montants qui seraient contractuellement dus à W. SA.

De plus, comme l'a relevé avec raison la Cour de cassation pénale, les prélèvements litigieux opérés par Y1 doivent être qualifiés d'opérations sans justification contractuelle avec la SA, sortant d'un processus normal pour décider d'octroyer un prêt à l'actionnaire ou pour engager les fonds de la SA conformément à son but. L'absence de contrat entre la SA et l'actionnaire emprunteur, aggravée par l'absence de garantie, enlève à ces opérations le caractère licite qu'aurait pu avoir un prêt « ordinaire ». Les transferts de fonds ont été qualifiés de gestion déloyale par les autorités pénales et l'appelant les a lui-même considérées comme des prêts prohibés et des malversations.

Concernant le remboursement de 98'500 francs à la société T. SA, il s'agit d'un remboursement illégal (art. 680 ad 2 CO) masqué au niveau du bilan et qui n'a donné lieu à aucune garantie. X. a lui-même mentionné une « libération fictive » du capital de W. SA.

Enfin, comme le conclut l'expert, « les opérations de transfert de liquidités sans justification ni contrat contreviennent aux règles applicables en matière de tenue de comptabilité (959 CO) et au devoir de diligence incombant aux membres du conseil d'administration (art. 717 CO) ».

Dès lors, outre le fait que X., pour les motifs évoqués au considérant ci-dessus, ne peut se prévaloir de l'acte de cession pour se faire rembourser une créance de W. SA, il ne peut fonder ses prétentions sur une responsabilité contractuelle.

Par ces motifs, LA COUR D'APPEL CIVILE

1. Rejette l'appel et confirme le jugement rendu le 23 août 2011 par la Ire Cour civile du Tribunal cantonal.

2. Met les frais de la cause, arrêtés à 8'000 francs à charge de X.

3. Condamne X. à verser à chacun des intimés des indemnités de dépens arrêtées à 5'000 francs.

Neuchâtel, le 8 mars 2013

1 Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention.

2 Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers qui est devenu créancier sur la foi d'une reconnaissance écrite de la dette.

1 Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.

2 Celui qui d'une manière licite, délègue à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances.

1 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 4 oct. 1991, en vigueur depuis le 1er juil. 1992 (RO1992733; FF1983II 757).

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