

## **NE\_GERICHTE CC.1995.542 vom 6. April 1998**

NE Tribunal cantonal, 1998-04-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CC.1995.542](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CC.1995.542)

FR: NE\_GERICHTE CC.1995.542 du 6 avril 1998

IT: NE\_GERICHTE CC.1995.542 del 6 aprile 1998

### **Volltext**

A. La société A. SA, fondée en 1990 et dont le siège social était à La Chaux-de-Fonds, était notamment active dans le commerce de carburant et combustible liquide. Dès le mois de novembre 1991, elle a été en relations commerciales avec M. AG à laquelle elle a commandé, du 19 novembre 1991 au 29 novembre 1993, du mazout pour une valeur totale de 1'384'288 francs.

S. avait la fonction de président du Conseil d'administration et B. celle de vice-président. C. en a été le secrétaire jusqu'au 9 avril 1992. Il a également travaillé dans la société et c'est par lui que les relations avec M. , qu'il connaissait en fonction d'un emploi précédent, ont commencé. Il a cessé de travailler pour l'entreprise A. SA à la fin du mois de mai 1992.

Le compte de pertes et profits de l'exercice 1991 indique une perte de 89'807.35 francs (D.3/4). Dans son rapport du 14 août 1992, l'organe de contrôle relève que la poursuite des activités de la société est compromise par la perte importante du premier exercice qui conduit à un surendettement et que, dans la mesure où aucune solution n'a, à sa connaissance, été trouvée dans l'intervalle pour améliorer le financement ou sortir la société de son surendettement, il y a lieu d'établir un bilan aux valeurs de liquidation. Elle propose de renvoyer les comptes au Conseil d'administration en précisant que ce dernier doit informer le juge de la perte de l'exercice conformément aux dispositions de l'article 725 al.3 CO (D.3/5). Le 27 août 1992, l'organe de contrôle a écrit au président du Conseil d'administration pour réitérer son injonction d'informer le juge de la situation de la société dans les plus brefs délais, demandant de lui remettre une copie de la lettre, ajoutant qu'en application de l'article 729b al.2 CO, l'organe de révision doit aviser le juge si le Conseil d'administration omet de le faire. Il demande d'être

informé sur les démarches entreprises jusqu'au 30 septembre 1992 au plus tard (D.3/6).

Par lettre du 28 septembre 1992, A. SA, par S. , a écrit au juge du district de La Chaux-de-Fonds l'informant que l'organe de contrôle avait signalé que les pertes de l'exercice 1991 étaient importantes (la société était sous-capitalisée). La société a demandé un entretien avec le juge pour discuter de ce problème, précisant avoir dernièrement pris des mesures draconiennes afin de rétablir la situation. Ce courrier n'a pas reçu de réponse écrite. Toutefois, selon le défendeur S. , le greffe du Tribunal a répondu téléphoniquement qu'aucun entretien ne serait accordé s'agissant d'une question de dépôt de bilan en le mettant toutefois en contact avec le préposé de l'office des faillites. Ce dernier lui a répondu également téléphoniquement que, s'il n'y avait pas de poursuites, l'activité de la société pouvait continuer. A. SA a informé D. SA de ces réponses par courrier du 13 novembre 1992 (D.3/8). Le 30 novembre 1992, A. SA a écrit à l'organe de révision que tous les actionnaires avaient reçu copie du rapport et qu'ils avaient décidé de poursuivre les activités dans l'attente de la nouvelle situation au 31 décembre 1992, la société n'étant pas en péril de liquidités dans l'immédiat. Ce courrier précisait que l'organe de révision serait informé dès le début 1993 s'agissant de la comptabilité de l'exercice 1992 et que les actionnaires se réuniraient ensuite pour prendre les décisions nécessaires.

D. SA a répondu le 24 novembre 1992 au président du Conseil d'administration de A. SA le priant de convoquer immédiatement une assemblée générale extraordinaire des actionnaires avec l'organe de révision pour donner des informations sur la situation passée et actuelle de la société et déterminer les mesures et démarches à prendre en demandant que soit distribuée une situation comptable intermédiaire (D.5/1). La question de savoir si l'assemblée des actionnaires s'est tenue n'a pas été clairement élucidée. En tous les cas, les deux réviseurs de la société D. SA chargés de vérifier les comptes de A. SA n'y ont pas participé et n'en ont aucun souvenir. L'un des deux précise que le procès-verbal de cette assemblée, non signé, qui figure au dossier (D.5/3) a probablement été envoyé à la société comme modèle (D.20,21). S. déclare

que cette assemblée s'est réellement tenue.

Le 10 juin 1993, D. SA a écrit au président du Conseil d'administration de A. SA pour le prier de bien vouloir lui soumettre le procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires du 10 décembre 1992 et une date pour la révision des comptes de l'exercice 1992, relevant que, malgré plusieurs appels téléphoniques, sa demande à ce sujet était restée insatisfaite. Le 30 juin 1993, n'ayant rien reçu, D. SA a présenté sa démission en qualité d'organe de révision pour l'exercice 1992 (D.5/5). Par courrier du 11 août 1993, elle a écrit au Registre du commerce pour l'informer de cette décision.

(D.5/6).

Dès mai 1993, il a été convenu entre M. AG et A. SA que les clients de la seconde payeraient leurs factures directement à la première dont la créance envers A. SA augmentait.

La société A. SA a finalement sollicité sa faillite le 15 décembre 1993. Elle a été prononcée par le Tribunal civil du district de La Chaux-de-Fonds le 17 janvier 1994. M. AG a produit dans la faillite pour un montant de 266'944.40 francs qui a été admis à l'état de collocation. Un acte de défaut de biens de ce montant lui a été délivré. M. AG a obtenu la cession des droits de la masse en faillite et l'office lui a fixé un délai au 24 novembre 1993 pour les faire valoir.

B. Le 23 novembre 1993, M. AG a déposé plainte pénale pour escroquerie contre S. , B. et C. , leur reprochant en bref de l'avoir trompée en lui commandant et en se faisant livrer une importante quantité de carburant et d'huile de chauffage entre les mois de février et mai 1993, sans avoir l'intention de la payer connaissant l'insolvabilité de la société A. SA. La plaignante explique avoir été informée de la situation catastrophique de la société au mois de juin 1993 seulement .

Le 18 octobre 1994, le substitut du procureur général a prononcé un non-lieu en faveur de C. pour motifs de droit, considérant en bref qu'à la date incriminée, ce dernier n'avait plus aucune activité dans la société. En revanche, il a renvoyé sous la prévention d'escroquerie S. et B. devant le Tribunal de police du district de La Chaux-de-Fonds requérant contre eux une peine de six mois d'emprisonnement.

A l'audience du 13 février 1996, le président du Tribunal de police saisi a, à la demande de la plaignante, étendu la prévention à l'article 165 CP (banqueroute simple) à l'encontre des prévenus.

Par jugement du 5 mars 1996, le Tribunal a acquitté les deux prévenus de la prévention d'escroquerie, considérant en bref que rien au dossier ne permettait de retenir qu'ils n'avaient pas l'intention de payer les commandes de mazout faites pendant la période incriminée ou qu'ils tenaient comme très vraisemblable qu'ils ne pourraient s'acquitter à temps de leur dû en s'accommodant de ce résultat, relevant qu'ils avaient pris de nombreuses mesures pour remédier à la situation financière de la société et payer leur créancière, en recherchant des financements extérieurs, assumant personnellement plusieurs dépenses qui se rapportaient à l'activité de la société et prenant diverses mesures pour réduire les charges de cette dernière. Le juge a également relevé que la dette de la société

A. SA avait atteint son point culminant à la fin du mois de mars 1993 et qu'elle avait diminué à la fin du mois de mai de la même année.

En revanche, le juge a condamné les deux prévenus en application de l'article 165 aCP, en relevant que la perte n'avait cessé d'augmenter d'août 1992, date à laquelle l'organe de contrôle leur avait demandé de faire l'avis au juge, au 31 août 1993. Les prévenus auraient en conséquence dû savoir qu'en continuant l'activité de leur entreprise après le mois d'août 1992 de nouvelles pertes étaient inévitables.

C. Le 24 novembre 1995, M. AG a ouvert action contre S. ,

B. et D. SA, concluant à ce qu'ils soient condamnés solidairement à lui payer la somme de 266'944.40 avec intérêt à 5 % dès le jour du dépôt de la demande, avec suite de frais et dépens.

En bref, la société demanderesse fait valoir que les deux administrateurs de A. SA connaissaient la situation de surendettement de la société au mois d'août 1992 au moins, qu'elle-même n'avait appris la gravité de la situation qu'au mois de juin 1993 et que, tant le président du Conseil d'administration que le vice-président du Conseil d'administration de la société A. SA savaient qu'ils ne pourraient pas payer la marchandise qu'ils commandaient. En omettant d'adresser un véritable avis au juge, ils ont commis une faute en lien de causalité avec le dommage subi

par la demanderesse qu'ils doivent réparer. Quant à l'organe de contrôle, il devait veiller à ce que les mesures légales soient respectées et l'avis de l'article 725 CO donné à temps au juge. A défaut, il devait aviser le juge lui-même. Omettant de le faire, l'organe de contrôle a également manqué à ses devoirs et répond à ce titre du dommage causé à la demanderesse.

Les trois défendeurs concluent au rejet de la demande sous suite de frais et dépens.

Les défendeurs S. et B. exposent en bref qu'ils n'ont pas commis de faute ou manqué de diligence. Au contraire, ils ont pris des mesures pour diminuer les charges de la société. Au surplus, ils se sont fiés aux déclarations tant du Greffe du Tribunal que de l'office des poursuites et faillites selon lesquelles ils pouvaient poursuivre leur activité. Dans leurs conclusions en cause, ils reprochent également à l'organe de révision d'être resté passif après la lettre du 13 novembre 1992. Au demeurant, la société demanderesse connaissait la situation de surendettement d'A. SA et en juin 1992 une réunion s'était tenue déjà à ce sujet à La Chaux-de-Fonds. Ils précisent que, s'ils ont continué l'activité en 1993, c'était sur l'insistance de la demanderesse qui pensait pouvoir résorber sa créance sur une durée de quelques mois et ajoutent que le système de l'encaissement direct des factures adressées par A. SA à ses clients par M. AG a surtout eu pour effet d'étrangler financièrement la première des deux sociétés. Dès lors, la demande relève de la mauvaise foi.

D. SA conclut également au rejet de la demande. En substance, la défenderesse fait valoir qu'elle a été chargée des opérations de révision pour A. SA pour l'exercice 1991. Elle a établi un premier projet de comptes au 31 décembre 1991 qu'elle a soumis au mois de mai 1992 à A. SA. Ce projet laissait apparaître une perte qui a conduit les deux autres défendeurs à envisager et à mettre en place diverses mesures. Les mesures n'ayant pas abouti concrètement, elle a décidé de demander le renvoi des comptes à l'administration de la société et d'inciter cette dernière à informer le juge. Ayant appris que cette démarche était faite, elle n'avait plus de raison d'intervenir. Au surplus, elle n'a pas été

formellement désignée comme organe de révision pour l'année 1992 et, n'ayant pas obtenu les documents nécessaires malgré divers rappels, elle a fini par renoncer à ce mandat et démissionner en qualité d'organe de révision pour l'exercice 1992, sollicitant par la suite sa radiation au registre du commerce. Au surplus, dans le premier semestre de l'année 1992, la dette d'A. SA à l'encontre de M. AG a diminué puisqu'elle n'était plus, au 30 juin, que de 26'008.15 francs, alors qu'elle était de 190'269.80 au 31 décembre 1991. Au demeurant, M. AG connaissait la situation de A. SA et a pris un risque financier dont elle est malvenue de se plaindre actuellement.

#### C O N S I D E R A N T

1. La valeur litigieuse, qui correspond au montant de la demande, fonde la compétence de la Cour civile.
2. Le titre vingt-sixième du Code des obligations, relatif à la société anonyme, a été révisé et de nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er juillet 1992. Il convient d'examiner s'il y a lieu d'appliquer en l'occurrence le nouveau ou l'ancien droit. La loi portant révision du Code des obligations renvoie, en ce qui concerne les dispositions transitoires, au titre final du Code civil. Selon l'article 1 al.1 dudit titre, les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés. L'alinéa 3 de cette disposition prévoit qu'au contraire, les faits postérieurs au 1er janvier 1912 sont régis par le nouveau code sous réserve des exceptions prévues par la loi. Les dispositions transitoires posent tout de même certains problèmes dans la mesure où, notamment, le nouveau droit est entré en vigueur au milieu d'une année (Böckli, Das Neue Aktienrecht, Schultess, Zurich, 1992 p.560 notes 2055 et 2056). L'exercice 1991 était soumis à l'ancien droit. Les rapports de l'organe de contrôle demandant le renvoi des comptes au Conseil d'administration et l'envoi de l'avis au juge sont postérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit. On doit admettre qu'il s'agit là de faits survenus après l'entrée en vigueur du nouveau droit et que ce dernier est applicable à la cause.
3. Aux termes de l'article 754 al.1 CO, les membres du Conseil

d'administration notamment 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. Selon l'article 716 litt.a al.1 ch.7 CO, le Conseil d'administration a l'attribution intransmissible et inaliénable d'informer le juge en cas de surendettement. L'article 725 al.1 CO dispose que, s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-action et des réserves légales n'est plus couverte, le Conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement. L'alinéa 2 de cet article précise que, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification de l'organe de révision. S'il résulte de ce bilan 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 en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif.

Selon l'article 729 litt.b al.2 CO, en cas de surendettement manifeste, l'organe de révision avise le juge si le Conseil d'administration omet de le faire.

4. En l'espèce, les défendeurs B. et S. ont pris des mesures, dès le début de l'exercice 1992, pour assainir la situation de la société. Ainsi, ils n'ont pas remplacé C. à son départ. S. a assumé lui-même partiellement, puis totalement, le salaire de la secrétaire, P. (D.24). Les mesures prises ont eu pour effet d'assainir la situation de la société puisque le montant dû à M. AG, principal créancier, de 190'269.80 au 31 décembre 1991 a passé à 26'008.15 au 30 juin 1992 (D.3/1). La dette a augmenté à nouveau et l'organe de révision a, au mois d'août 1992, établi un rapport à l'attention de l'assemblée générale de la société l'avisant de la situation financière et demandé au Conseil d'administration d'aviser le juge (D.3/5-6). A la fin du mois d'août 1992 la dette de la société A. SA envers M. AG s'élevait à 116'314.65 et à la fin du mois de septembre 1992 à 89'951.20. Les défendeurs B. et S. ont

donné suite à l'injonction de l'organe de révision et avisé le juge de la situation financière de la société et de la position de l'organe de révision par lettre du 28 septembre 1992. Le juge ne s'est pas saisi de la cause. La situation a toutefois continué de se détériorer. En effet, la dette de la société à l'égard de la demanderesse a atteint le montant de 141'427.30 francs à la fin du mois de novembre 1992 et de 121'499 francs à la fin du mois de décembre 1992 pour ensuite continuer d'augmenter (D.3/1, 19). Au mois de décembre 1992 en tous les cas, les défendeurs B. et S. auraient dû, en tant qu'organes de la société, se préoccuper de cet endettement persistant et se poser la question de l'avis au juge. En ne le faisant pas, ils ont commis une faute, d'autant plus qu'ils n'ont pas remis à D. SA, qui le leur demandait, les documents nécessaires pour l'examen des comptes de l'exercice 1992.

5. S'agissant de l'organe de révision, il a rempli ses obligations en enjoignant à la société d'avertir le juge et de tenir une assemblée générale. Conformément à sa demande, le juge a été informé de la situation financière de la société et, selon le Conseil d'administration, les actionnaires informés de cette situation. Par la suite, l'organe de révision a cherché à obtenir des informations précises sur la situation de la société, en vain. Il n'a pas été en mesure de contrôler les comptes de l'année 1992 sans sa faute. On doit dès lors admettre qu'il a rempli ses obligations et n'a pas commis de faute en lien de causalité adéquate avec le dommage invoqué par la demanderesse. Il convient au surplus de rappeler que l'organe de révision n'est pas chargé de contrôler la gestion de la société et en particulier de convoquer une assemblée générale (Stoffel, Le Conseil d'administration et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, Cedidac, Lausanne 1993, p.200).

Pour ces motifs déjà, la demande dirigée contre l'organe de révision est mal fondée.

6. Aux termes de l'article 44 CO, le juge peut réduire les dommages et intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. Cette disposition est applicable en l'occurrence, ce que la

demanderesse ne conteste du reste pas quant au principe (Stoffel, op.cit., p.208, 209). En principe, le consentement du lésé supprime l'illicéité et libère l'auteur de toute responsabilité (ATF 121 II 369 cons.4c, 121 IV 249 cons.4, SJ 1994 p.557, ATF 117 II 547 cons.3b).

En l'occurrence, la société demanderesse ne saurait sérieusement prétendre qu'elle ignorait que la situation financière de A. SA était mauvaise. D'une part, le témoin P. a expliqué qu'elle avait plusieurs fois par jour des contacts téléphoniques avec la société demanderesse qui était au courant de la situation financière de A. SA (D.24). Le témoin H. , représentant de M. AG, a expliqué qu'au début les commandes étaient plus ou moins normalement payées par A. SA puis qu'il avait appris qu'il y avait des retards dans les paiements, qu'il faisait des réclamations auprès de la débitrice et que les livraisons étaient reprises lorsque le paiement intervenait. Il a précisé qu'il croyait à cette société et qu'il pensait qu'elle se rétablirait. Il a ajouté qu'il avait discuté avec Mme P. des questions de retard dans les paiements (D.18). Par ailleurs, la société demanderesse connaissait l'évolution de sa créance envers A. SA (D.3/1, 2, 19). Dans ces conditions, en continuant de livrer de la marchandise sans exiger de paiement comptant par A. SA, elle a pris un risque commercial. Elle a changé de politique commerciale lorsque E. est devenu chef de sa comptabilité en février 1993. Ce dernier a en effet expliqué qu'il avait constaté que certains clients devaient de grosses sommes à la société demanderesse et qu'il estimait que ça ne pouvait pas continuer ainsi. C'est alors qu'il a pris contact avec A. SA pour essayer de trouver une solution pour amortir la dette et qu'il a été convenu de l'encaissement direct des factures adressées à ses clients par A. SA par M. AG. Il a également ajouté qu'à l'interne, M. AG se rendait compte des difficultés à obtenir le paiement intégral de sa créance et était prête à en abandonner une partie, sans toutefois le dire à la débitrice (D.19). Enfin, il y a lieu de relever que la situation s'est améliorée entre fin mars 1993 et l'ouverture de la faillite d'A. SA, la dette envers M. AG ayant passé de 373'000 francs à 266'944.40 francs.

On doit admettre qu'en acceptant de continuer de livrer de la marchandise dans ces circonstances, M. AG a consenti à la lésion et a

