

NE_GERICHTE CC.1998.9714 vom 28. September 1998

NE Tribunal cantonal, 1998-09-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CC.1998.9714

FR: NE_GERICHTE CC.1998.9714 du 28 septembre 1998

IT: NE_GERICHTE CC.1998.9714 del 28 settembre 1998

Erwägungen

E. 4

août 1986. Le 22 août 1985, deux nouveaux administrateurs ont été inscrits au Registre du commerce : H. et S., ce dernier étant décédé le 29 novembre 1986 (D.25a/305).

Pour les exercices des années 1983 et 1984, l'organe de contrôle était A. SA; dès l'exercice 1985 et jusqu'à la faillite de la société, ce rôle appartenait à S. SA. Durant l'existence de R. SA, la comptabilité était tenue par F. SA. Les sociétés S. et F. sont apparentées à A. (D.25b/831, expertise W. du 21.12.1988, p. 8 et 66).

Le 14 mars 1986, R. SA avise le président du Tribunal de district de Neuchâtel que l'actif de la société ne couvre plus ses dettes (D.69/1). Le 31 mars 1986, R. SA dresse un bilan intermédiaire qui laisse apparaître une perte de 2'244'606.92 francs ainsi qu'un surendettement de 844'606.92 francs (expertise W., D. tribunal de police, annexe 8). Le 11 avril 1986, lors d'une séance du conseil d'administration, R. GmbH, maison mère et créancière principale de R. SA avise cette dernière qu'elle postpose sa créance de 848'517.55 francs inscrite au passif du bilan intermédiaire du 31 mars 1986. La postposition permet de ramener ainsi la perte de 2'244'606.92 francs à 1'396'089.37 francs, à savoir en dessous du capital-action de 1'400'000 francs. Le 14 avril 1986, R. SA informe le juge que R. GmbH a signé une déclaration de postposition de sa créance à hauteur de 848'517.55 francs (D.69/59). Une ordonnance du 5 mai 1986 du président du Tribunal du district de Neuchâtel classe le dossier (D.59/5). Le 18 juillet 1986, R. SA se déclare insolvable. Elle explique que les mesures d'assainissement (postposition de créance et recherche d'investisseurs) prévues en mars et avril 1986 ne sont pas réalisées et que l'absence de liquidité ne permet plus la continuation de l'ex-

exploitation. L'assemblée générale extraordinaire tenue la veille (D.69/7) a décidé dès lors sa mise en faillite volontaire. Cependant lors des audiences du 29 août 1986 et du 5 septembre 1986, H. dépose un bilan intermédiaire au 31 août 1986, d'où il ressort que la société ne se trouve pas sous le coup de l'article 725 al.3 CO. La requête de faillite volontaire est dès lors retirée; une ordonnance du 16 octobre 1986 constate que la cause échappe à la règle de l'article 725 CO (D.69/15). Le 12/15 septembre 1986, R. SA par l'intermédiaire de H. et de son directeur V. dépose auprès du Tribunal cantonal (D.68/3) une demande de sursis concordataire motivée par l'absence de liquidités et la non-valeur de certains actifs. Cette requête est rejetée par une ordonnance du 7 novembre 1986 du juge instructeur du Tribunal cantonal qui relève le comportement inadmissible de R. SA et sa gestion qualifiée de légère, notamment au regard des frais généraux totalement disproportionnés en comparaison de l'évolution désastreuse de l'entreprise (D.68/11).

La faillite de la société est prononcée le 16 novembre 1986 par le Tribunal civil du district de Neuchâtel. Après le prononcé de la faillite, le préposé a chargé la fiduciaire W. SA de procéder à une analyse sommaire des documents comptables. Suite à la conclusion du rapport comptable du 16 décembre 1986 (D.25a/21), LM SA, le 9 juin 1988, puis I. et LN SA le 28 juin 1988, se sont portées plaignantes.

B. Lors de la deuxième assemblée des créanciers du 2 novembre 1987, les créanciers qui ont produit des créances admises en cinquième classe pour un total de 1'236'448.25 francs (sous réserve des gages à réaliser) ont demandé la cession des droits de la masse contre les organes de la société (D.A, 12/1). Dans la faillite, le dividende prévisible pour les créanciers étant de 5 %, les cessionnaires sont exposés à une perte de 95 % de leur créance respective, à savoir 1'292'353.35 francs.

Par demande du 7 juillet 1989, les cessionnaires-demandeurs ont conclu à la condamnation de R., V., B., H., L., A. SA et S. SA au paiement solidaire de la somme de 1'292'353.25 francs avec intérêts de 5 % dès le dépôt de la demande. En substance, les demandeurs invoquent une violation fautive du devoir de diligence dans la gestion et l'administration de R. SA par ses organes. Ils reprochent plusieurs fautes aux administrateurs,

notamment le défaut de l'avis au juge alors que la société était surendettée, une violation des règles légales en matière d'établissement des comptes de pertes et profits, notamment celles concernant le principe de la sincérité, de la clarté et de la prudence du bilan.

En concluant au rejet de la demande, les défendeurs R. et V. ont exposé que la postposition des créances de la société mère R. GmbH à D. leur permettait d'éviter l'avis au juge. Par ailleurs, les défendeurs ont réfuté la violation des règles essentielles de la tenue d'une comptabilité en justifiant l'activation au bilan des frais publicitaires, l'absence de provisions par l'existence d'un contrat de licence entre la société mère à D. et R. SA, prévoyant la prise en charge de tous les frais relatifs à la protection de la marque R., ainsi que les prévisions favorables quant à l'issue du procès avec les barons de R.. Les défendeurs B., H., L., A. SA et S. SA ont également déposé une réponse.

Dans leur réplique, les demandeurs se sont employés à réfuter les différents moyens des défendeurs, alors que ces derniers les ont renouvelé et étoffé dans leur duplique.

Le 12 juillet 1995, le mandataire de R. a répudié son mandat (D.A, 13). Le 28 janvier 1998, il a répudié le mandat que V. lui avait également confié (D.90).

C. Le

E. 8

juillet 1987, le juge d'instruction a ordonné une expertise des comptes de R. SA pour la période du 15 avril 1983 - date de la fondation de la société, au 14 novembre 1986 - date de l'ouverture de la faillite. L'expert G. de la société W. SA a été mandaté. Il a déposé son rapport le 21 décembre 1988 (D.25b/829).

Le ministère public a renvoyé devant le Tribunal de police du district de Neuchâtel B., H., R. et V., en requérant contre chacun d'eux une peine de trois mois d'emprisonnement, sous la prévention d'infraction aux articles 165 aCP (banqueroute simple) et 167 CP (avantages accordés à certains créanciers). Par jugement du 22 avril 1992 (D.22), le Tribunal de police du district de Neuchâtel a acquitté les 4 prévenus; en substance, le tribunal a considéré que s'agissant de la prévention d'infraction à

l'article 167 CP, l'élément subjectif faisait défaut au moment du transfert d'une BMW à B., les prévenus ayant eu la quasi certitude que tous les créanciers de premier rang seraient indemnisés par les actifs de la société. Pour la prévention d'infraction à l'article 165 aCP, le Tribunal a retenu que la négligence des prévenus ne pouvait être qualifiée de grave. Cependant, il a exposé que "en administrateurs diligents, les prévenus R., V. et B. auraient dû lier la question de l'activation des campagnes publicitaires et celle de la provision nécessitée par des procès en cours lors de l'établissement du bilan 1984. L'existence des procès devait les amener à faire preuve de prudence et à ne pas activer la totalité des frais de publicité. Le bilan devait en outre impérativement contenir une provision car des pertes prévisibles n'étaient pas couvertes de façon absolument sûre par la garantie d'un tiers, en l'espèce de la société mère" (D.22, p.51).

D. Par deux conventions de désistement partiel concernant la compagnie d'assurances X, et C. et Cie, la demande a été réduite de 37'503.75 francs, soit à 1'254'849.50 francs avec intérêts à 5 % dès le 7 juillet 1989 (D.10 et 15).

Par convention transactionnelle du 28 avril 1995, les défendeurs B., H., A. SA, S. SA et L. sont convenus de payer solidairement aux demandeurs 450'000 francs pour solde de tout compte (D.58). Ainsi, le montant réclamé initialement dans la demande du 7 juillet 1989 a été réduit en capital à 690'167 francs avec intérêts à 5 % dès le 7 juillet 1989 (D.59).

Le 5 septembre 1994, la société LM SA a été déclarée en faillite, cette dernière étant clôturée faute d'actifs le 3 janvier 1995, sans qu'il n'y ait eu d'opposition à radiation (D.78). Cette société s'était portée demanderesse pour une créance de 592'641 francs.

Par jugement du 6 novembre 1996, la société B. SA a été déclarée en faillite, puis radiée d'office au Registre du commerce (D.91 et FOOSC du 14.02.1997, p.1016). La société radiée s'était portée demanderesse pour une créance de 6'525 francs.

C O N S I D E R A N T

1. La valeur litigieuse doit être déterminée en tenant compte

d'abord des trois conventions passées entre l'une ou l'autre des parties (D.10, 15, 58), puis des faillites de deux sociétés demanderesse.

La convention du 20 mars 1991 avec la Compagnie d'assurances X.

(D.10) concerne une créance initiale de 2'566 francs, dont le 95 % représente 2'437 francs (en chiffres ronds). Ainsi, la valeur litigieuse initiale, de 1'292'353.25 francs, se réduit à 1'289'916 francs (en chiffres ronds). Les parties ont à tort déduit le 100 % de la créance initiale sur le montant invoqué en justice, qui représente les 95 % de la perte prévisible. La convention du 7 mai 1991 avec C. & Cie (D.15) reproduit la même erreur. La créance de 42'043 francs doit être ici considérée à concurrence du 95 %, soit 39'941 francs (en chiffres ronds). Ce montant doit être déduit de la valeur litigieuse définie ci-dessus, ce qui laisse un solde de 1'249'975 francs (en chiffres ronds).

La troisième convention, du 28 avril 1995 (D.58) conduit à ce que cinq défendeurs ne sont plus en cause, moyennant paiement solidaire par ceux-ci d'une somme de 450'000 francs pour solde de compte (ch.1 de la convention). Il a été convenu que ce montant correspondait à une prise en charge du 45 % du dommage faisant l'objet de la demande (ch.4). En conséquence les demandeurs continuaient la procédure sous déduction de cette part de 45 % (ch.5), d'où leur mémoire du 15 juin 1995 portant réduction des conclusions à hauteur de 690'167 francs (D.59). Les montants mentionnés par les parties contiennent tout d'abord une erreur quant au montant encore litigieux qu'il convenait de prendre en compte, et qui n'est pas 1'254'849.50 francs comme indiqué dans l'exposé (ch.3), mais de 1'249'975 francs (comme mentionné ci-dessus); ensuite, la somme déduite, de 37'503.75 francs, résulte d'une autre erreur, consistant à soustraire à 39'941 francs (95 % de la créance de la société B.SA) la somme de 2'437.70 francs (95 % de la créance de la compagnie d'assurances X.), alors qu'il eut été juste d'additionner ces deux montants, pour ensuite les soustraire de la valeur litigieuse initiale et pour retrouver enfin la valeur litigieuse déterminante ($1'292'353 - 2'437 - 39'941 = 1'249'975$ francs). Ainsi, le 45 % du solde du montant réclamé, réputé pris en charge par les défendeurs qui transigent, représente 562'488.75 francs. En conséquence, la procédure devait se poursuivre pour le 55 % restant, soit 687'486

francs (en chiffres ronds).

Après l'élimination comme partie en procédure de LM SA (ordonnance du 09.12.1996, D.72), la créance pour laquelle cette société participait n'entre plus dans le calcul de la valeur litigieuse. Le montant déterminant était de 1'315'762.20 francs, après transaction avec la compagnie d'assurances X. et B. SA (1'360'371.85 - 2'566 - 42'042.65 francs). En conséquence, la valeur litigieuse se réduit dans une proportion équivalente. La part de LM SA représentait 45 % (592'641 francs, sur 1'315'762 francs). En conséquence, la valeur litigieuse de 687'486 francs se réduit de 45 % (soit de 309'368 francs), ce qui laisse un solde de 378'117 francs.

A la suite de la faillite de B. SA, la valeur litigieuse doit être également réduite en proportion de la créance de 6'525 francs de cette société. Selon le même mode de calcul que pour la société faillie LM SA, la valeur litigieuse se réduit de 3'403 francs, ce qui conduit à une valeur litigieuse résiduelle de 374'713 francs. Ce montant fonde la compétence de la Cour civile.

Certes, les demandeurs sont d'avis que la valeur litigieuse est maintenue à 690'167 francs, en application de l'article 260 LP (conclusions en cause, p.7). Ce faisant, ils oublient que la cession des droits de la masse du 10 décembre 1987 portait (notamment) sur les prétentions éventuelles contre les organes de la société "pour le dommage prévisible subi par les créanciers, soit 2'600'000 francs en raison des responsabilités encourues par les personnes suivantes (...)" (D.A. 12/1). Pourtant, eux-mêmes ont limité leurs prétentions déduites en justice, puisqu'ils "ne réclament toutefois aux deux titres de dommages direct et indirect que le montant correspondant à leur perte totale effective s'élevant à 1'292'353.25 francs, compte tenu du dividende prévisible de 5 %" (allégué 45 de la demande, avec un renvoi à l'allégué 14). Ils s'en sont tenus à cette ligne de conduite au fil des transactions, puisqu'ils ont réduit à chaque fois leurs conclusions initiales (D.10, 15, 59). En conséquence, ils ne peuvent plus, au stade des conclusions en cause, revenir sur cette position procédurale de départ, qui détermine la valeur litigieuse. Du reste, rien n'oblige les cessionnaires à agir pour le montant total de la

cession, et c'est en toute indépendance - mais à leurs risques et périls - qu'ils définissent le cadre du procès ou les conditions pour y mettre fin, par exemple au moyen d'une transaction (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3ème éd. 1993, p.348-349; Ruedin, Les actions en responsabilité des actionnaires et des créanciers pour le dommage subi par la société anonyme dans le cadre de la faillite de la société, in RJN 1993 pp. 30 ss, 38-44). Actuellement, la valeur litigieuse est bien limitée à 374'713 francs.

2. Le titre 26ème du Code des obligations, relatif à la société anonyme, a été révisé le 4 octobre 1991 et de nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er juillet 1992. Il convient d'examiner si le nouveau ou l'ancien droit s'applique en l'occurrence. La loi portant révision du droit des sociétés anonymes 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'emprise duquel ces faits se sont passés. Dans le présent cas, les faits remontent aux années 1983 à 1986. Il y a donc lieu d'appliquer l'ancien droit de la SA, même si la procédure a perduré au-delà de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la SA, soit au-delà du 1er juillet 1992. Les demanderesses (conclusions en cause, p.14 et 18) et le défendeur V. (conclusions en cause p.18) sont d'accord là-dessus. Le défendeur R. ne s'est pas prononcé.

3. a) Aux termes de l'article 53 al.2 CO, le jugement pénal ne lie pas le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, "... afin d'assurer le respect du droit privé fédéral, le prononcé pénal ne lie pas le juge civil sur les deux points susmentionnés. Pour le surplus, le droit fédéral laisse les cantons libres de prévoir que le prononcé pénal lie le juge civil, notamment en ce qui touche la matérialité et l'illicéité des faits" (ATF 107 II 151, au JdT 1981 I 604, 610 et les références citées). La Cour de céans a précisé à ce sujet que la libre appréciation des preuves par le juge civil, consacrée par l'article 214 (a)CPC, a pour conséquence que celui-ci n'est pas lié par les constatations de fait du juge

pénal. Il peut s'en écarter, mais ne doit pas le faire sans motifs sérieux (RJN 1982 p.42; voir aussi G. Scyboz, L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile, thèse Fribourg 1976, p.100).

b) En l'espèce, il n'y a aucun motif de s'écarter des éléments de faits retenus par le Tribunal de police du district de Neuchâtel dans son jugement du 22 avril 1992 (D.22). Dans le cadre de la procédure pénale, les moyens de vérification mis en oeuvre pour la recherche de la vérité, notamment l'expertise comptable confiée à la société W. SA et ses suppléments, ont permis d'établir les faits à satisfaction de droit. Le jugement pénal est basé sur ces moyens de preuve (D.22, p. 5), en sorte qu'il y a lieu de s'y référer. Au demeurant, les parties ont renoncé à faire administrer d'autres preuves devant la Cour civile, hormis la production - admise et exécutée - de divers dossiers. Sur le principe, et même s'il en tire des conclusions différentes, le défendeur V. est bien d'accord aussi de se référer aux éléments dégagés dans cette procédure pénale (conclusions en cause, p. 22).

4. a) En vertu de l'article 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.

b) Le principal moyen du défendeur V. est d'affirmer qu'il n'a pas la qualité d'organe au sens de l'article 754 al.1 aCO. D'après la doctrine et la jurisprudence, les personnes chargées de l'administration ou de la gestion au sens de la disposition précitée ne sont pas seulement les organes habilités à prendre des décisions et expressément nommés en cette qualité; elles comprennent aussi les personnes qui prennent en fait les décisions réservées aux organes ou s'occupent effectivement de la gestion et contribuent de manière déterminante à former la volonté de la société (ATF 117 II 570; JT 1993 I 181; ATF 114 V 218, ATF 112 II 185, JT 1986 I 583). Sans faire formellement partie de l'administration, une personne peut exercer matériellement une fonction dirigeante (administrateur au sens matériel), et être liée organiquement à la gestion de la société, par exemple comme directeur ou fondé de pouvoir (P. Ter-

cier, La responsabilité des administrateurs, introduction générale, in : La responsabilité des administrateurs de la société anonyme, éd. Cedidac 1987, p.12). Il convient d'examiner si la personne visée participe de manière déterminante et permanente à la formation de la volonté de la société, si les décisions prises sont celles d'un chef d'entreprise ou font partie de la routine des affaires (ATF 117 II 433, JT 1993 I 72). Dans tous les cas, la jurisprudence considère que la qualité d'organe peut être retenue lorsque d'après le principe de la confiance on peut conclure à une telle position selon les circonstances extérieures (ATF 117 II 571).

c) La qualité d'organe de l'article 754 al.1 aCO de R., président du Conseil d'administration de R. SA, n'est pas contestée. Quant à V., inscrit au registre du commerce comme directeur de la société R. SA dès sa création le 11 avril 1983, jusqu'au jour de la déclaration de faillite du 14 novembre 1986, avec signature individuelle (D.A.12/2), mais non membre du conseil d'administration, sa qualité d'organe de fait est contestée. Cependant plusieurs circonstances démontrent à satisfaction de droit le rôle prépondérant de V. dans l'administration et la gestion de R. SA. Premièrement, le directeur V. admet lui-même qu'il était chargé de coordonner la conception publicitaire pour les différents biens R. et d'examiner les possibilités d'exportation, avec surtout un rôle de coordinateur entre les sociétés (D.25c/1169). Deuxièmement, tous les administrateurs lui ont reconnu ce rôle important dans la marche de la société; les illustrations reprises à cet égard par les demandereses dans leurs conclusions en cause (p.9) sont pertinentes : il décide des montants à investir dans les campagnes de publicité (B., D.25a/331), il fait de la rétention d'information envers des administrateurs qui viennent aux renseignements, ou au contraire c'est à lui que le président de la société renvoie pour donner ces renseignements à d'autres administrateurs (L., D.25a/361), il mène les transactions pour mettre fin au contrat avec une administratrice (H., D.25c/1057), il assure la coordination entre les marques et les activités de celles-ci, ainsi que la marche effective de la société (R., D.25c/1187 et 1191). Dans le même esprit, une note interne de R. SA, datée du 12 décembre 1984, confirme que V. est intervenu personnellement afin de définir l'attitude à adopter

suite aux attaques des barons de R. contre le plus important détaillant du groupe R. à N. : "Nous avons recommandé ce jour à E. de ne pas réagir officiellement à ce stade (ni lui-même, ni par le détaillant U.) et lui avons demandé de se mettre en rapport avec V. personnellement " (expertise W. précitée, annexe 4). Me Y., mandaté par la société pour soutenir divers procès contre les frères (expertise W., annexe 33), a témoigné du fait qu'en ce qui le concernait, les décisions étaient prises par V. et qu'il était allé le voir plusieurs fois à D. (D.25b/697).

Troisièmement, V. signe ou contresigne plusieurs documents importants : demande de sursis concordataire (D.13), déclaration de postposition du 28 août 1986 (expertise, annexe 14), déclaration d'insolvabilité du 18 juillet 1986 (D.69/7), procès-verbaux des assemblées générales du 11 avril 1984 et du 29 mai 1985 (D.25a/155; D.25a/177), lettre du 14 juillet 1986 à un administrateur pour encore retarder le dépôt de bilan (D.25b/581). Par ailleurs, V. a participé aux séances du conseil d'administration de R. SA, notamment à celles tenues les 11 avril 1984 et 11 avril 1986 dans les bureaux de la société (D.52).

Au vu de ce qui précède, on constate que V. a eu un rôle prépondérant dans l'administration et la gestion de la société en question, notamment dans les décisions concernant les procès, les montants à investir pour la publicité ou le dépôt du bilan.

R. et V. ont la qualité d'organe et peuvent donc être recherchés sur la base de l'article 754 aCO.

d) Cela étant, il convient d'examiner si la responsabilité des deux défendeurs, en leur qualité d'organe au sens de l'article 754 al.1 aCO, est engagée. Cela suppose que soient remplies les quatre conditions (classiques) suivantes (voir à ce sujet P. Tercier, op. cit. p.15 ss; Forstmoser/Héritier Lachat, La société anonyme, FJS no 406, p.12 ss): un dommage, une violation des devoirs, une faute et un rapport de causalité entre la faute et le dommage. Pour que l'action des créanciers sociaux soit recevable, il faut encore au préalable que la faillite de la société ait été prononcée - ce qui a été le cas le 14 novembre 1986 - , que la masse ait cédé ses droits aux créanciers demandeurs - ce qui a été fait le 14 décembre 1987, et qu'enfin l'action ait été introduite dans le délai,

ici prolongé au 30 septembre 1989 - ce qui a été respecté.

5. Le dommage: Les demanderesses réclament le dommage direct et indirect (fait 45), en relevant que la société anonyme était surendettée et tombait sous le coup de l'article 725 CO à partir du 21 février 1984 (allégué 31), que toutes les créances et factures restées en souffrance sont postérieures à cette date (allégué 46-53), et que ces pertes n'auraient pas été consenties au cas où la faillite aurait été prononcée à temps (allégué 54). Les demanderesses y voient aussi un dommage direct dans la mesure où le dividende prévisible n'est que de 5 %, ce qui représente une perte de 1'292'353 francs, égale à la valeur litigieuse initiale (allégués 14 et 45).

Il n'est pas utile de distinguer entre le dommage direct et indirect, dès l'instant où l'action des créanciers n'a été introduite qu'après le prononcé de la faillite et en vertu d'une cession des droits de la masse, d'une part, et où le montant du dommage réclamé par les créanciers est limité à leur perte effective (soit le total du découvert sur leurs factures), d'autre part.

Au demeurant, l'examen qui suit ne va pas porter exhaustivement sur tous les griefs que les demanderesses adressent aux défendeurs. Il sera limité dans la mesure nécessaire - et suffisante - pour établir un dommage au moins égal à la valeur litigieuse résiduelle de 374'713 francs. Plus précisément, pour que les deux défendeurs puissent le cas échéant être tenu chacun pour responsables de ce dommage, il faudra vérifier que leur responsabilité individuelle (et pas seulement fondée sur la solidarité au sens de l'article 759 al.1 aCO) est engagée au moins à concurrence de ce montant.

Le découvert subi par les demanderesses, qui correspond à leurs productions dans la faillite (productions admises, selon la cession et l'état de collocation, voir D.A.12/1 et annexe 31 à l'expertise), n'est pas contestable ni contesté. Partant, leur dommage résiduel est établi et doit être retenu.

6. La violation des devoirs : comme le relève Forstmoser (FJS no 406 p.15), l'article 754 al.1 aCO ne définit pas les devoirs des personnes chargées de l'administration et de la gestion de la société. Il convient

ainsi de se référer aux dispositions légales ou statutaires réglant ces questions, notamment les articles 722 CO (et le renvoi implicite aux règles sur la comptabilité commerciale avec les exigences particulières de l'article 959 CO), 724 et 725 aCO. La jurisprudence et la doctrine fournissent d'exemples de violation. En l'espèce, la Cour retiendra une telle violation sur deux plans :

a) L'avis de surendettement : selon l'article 725 aCO, le conseil d'administration a l'attribution intransmissible et inaliénable d'informer le juge en cas de surendettement. L'article 725 al.1 aCO dispose que s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital social n'est plus couverte, l'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui fait connaître la situation. L'alinéa 2 de cet article précise que, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société n'est plus solvable, un bilan intermédiaire est dressé, où les biens sont portés à leur valeur vénale. S'il résulte du bilan annuel que l'actif ne couvre plus les dettes, l'administration est tenu d'en informer le juge (art.725 al.3 aCO). L'obligation de l'avis au juge a pour but de protéger les créanciers actuels ou futurs. Le conseil d'administration peut éviter cette situation en obtenant la postposition de créances à certaines conditions : il faut notamment l'accord irrévocable du créancier, la réception et l'approbation de la déclaration de postposition par l'ensemble du conseil d'administration et pas seulement par les personnes chargées de la gestion; il faut aussi que le créancier postposant soit solvable (Stoffel, La société anonyme, la dissolution, la liquidation et le surendettement, FJS 403 p.14). En revanche, le Tribunal fédéral a abandonné sa jurisprudence selon laquelle la postposition des créances (ou toute mesure d'assainissement) ne dispensait pas de l'avis au juge (ATF 116 II 533; Stoffel, Le CA et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, in : Le nouveau droit des sociétés anonymes, éd. Cedidac 1993, p.190). Par ailleurs, il faut relever que la postposition, contrat de remise de dettes, n'est pas en soi une mesure d'assainissement et n'implique aucun apport supplémentaire de moyens financiers; elle doit être accompagnée de mesures restructurantes et d'assainissement, dont le but est d'éviter à la SA de tomber en faillite (Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, éd.

Stampfli Bern 1996, § 50 no 221). L'avis de surendettement (art.725 aCO) est à cet égard l'un des (ultimes) devoirs qui incombent à l'administration, dès que l'actif ne couvre plus les dettes.

aa) En l'espèce, cette hypothèse doit être examinée dès la fin du premier exercice au 31 décembre 1983, alors que la société enregistrait déjà un découvert de 516'902 francs (selon le bilan non rectifié, voir l'expertise, p.41) ou de 569'268 francs (selon le bilan rectifié, expertise, p.41 et 51). Dans le cadre de la procédure pénale, il a été retenu que si la société était bien surendettée et que l'avis au juge aurait dû être fait, cela a pu être évité grâce à la déclaration de postposition du 29 mars 1984 (pour une somme de 1'110'110.75 francs) de la société R. GmbH (expertise, p.52; jugement du Tribunal de police, p.9 et 24). La Cour peut se rallier à cette analyse des faits. Il est vrai que les demanderesses sont d'un avis contraire, faisant valoir que la postposition du 29 mars 1984 était nulle pour diverses raisons (voir leurs conclusions en cause, p.15-19); au nombre des conditions qu'elles mettent en évidence, l'une au moins n'est pas documentée : l'insolvabilité prétendue de la société allemande au 31 décembre 1983; le fait qu'aucune demande de renseignements ou aucun bilan de ce créancier pour l'exercice 1983 ne figurent au dossier ne signifie pas encore que l'administration de R. SA n'ait pas été renseignée. Cette insolvabilité est établie, mais seulement à la fin de l'année 1984, la société allemande présentant alors un bilan avec des fonds propres négatifs pour DM 2'682'318 (expertise, p.106, jugement du tribunal de police, p.23). Par ailleurs et pour ce qui concerne l'absence de signature de la convention de postposition par R. SA (les demanderesses en déduisent que cette convention est nulle), on ne doit pas oublier que cette postposition a été acceptée formellement par le conseil d'administration le 11 avril 1984 et par l'assemblée générale qui a suivi.

bb) La situation est en revanche totalement différente au 31 décembre 1984; selon l'expert, la société était "de toute évidence" sous le coup de l'article 725 CO et l'avis au juge aurait dû être fait, avec un actif qui ne couvrait plus les dettes à concurrence de 983'827 francs (expertise, p. 43, 52 et 62). Le juge pénal, suivant l'analyse de l'expert dans les rectifications opérées au bilan de l'année 1984, en a déduit que

les administrateurs avaient fait preuve d'une négligence, mais il ne l'a pas qualifiée de grave (jugement p.24-36, 51 et 52).

cc) A la fin de l'année 1985, il est encore plus évidemment nécessaire d'adresser au juge l'avis prévu à l'article 725 aCO, ce que les administrateurs n'ont pourtant pas fait. Le juge pénal le constate, en notant une perte d'exploitation de 1'613'218 francs dans un bilan intermédiaire établi au 30 novembre 1985 (jugement, p.25, D.25b/531). De son côté, l'expert relève que ce bilan fait état de fonds propres négatifs à concurrence de 1'213'076 francs (expertise, p.55 et 93). Les tergiversations du conseil d'administration - que le juge pénal relève - au sujet des promesses non tenues de R. d'obtenir un financement d'investisseurs américains, sont la démonstration que les deux défendeurs en particulier ont été négligents en n'avisant pas plus rapidement le juge du surendettement, puis en retirant par deux fois un semblable avis sur la base d'espoirs de refinancement inconsistants (expertise, p.80, jugement p.25-29, 37, 52, 54).

La Cour retient ainsi qu'à la fin des exercices 1984 et 1985, les défendeurs n'ont pas assumé leur devoir d'aviser le juge, au sens de l'article 725 aCO. En effet, le découvert se monte à 983'827 francs au 31 décembre 1984 (selon bilan rectifié par l'expert, au lieu d'un actif de 749'990 francs selon la comptabilité); en 1985, le découvert s'accroît et passe à 2'542'246 francs au 31 mars 1986 (selon bilan rectifié par l'expert, et 844'606 francs selon la comptabilité; expertise, p.51 et 52).

b) L'article 722 al.3 aCO impose à l'administration notamment d'établir le compte de pertes et profits conformément aux prescriptions de la loi. Cette disposition renvoie en particulier à l'article 959 CO, qui pose le principe de la clarté et de la sincérité du bilan, afin que les intéressés puissent se rendre compte aussi exactement que possible de la situation économique de l'entreprise.

Le but de ces principes comptables est de donner une image sûre et réelle du patrimoine de la société. Le principe de la sincérité exige que les comptes annuels soient complets, notamment que tous les éléments qui y figurent existent effectivement et soient évalués correctement (Journot, Les obligations comptables et révisions des comptes, Winterthur,

1984 p.44-45). Selon le principe de la clarté, les comptes doivent être présentés de manière compréhensible et structurée pour permettre de lire toutes les informations nécessaires (Müller, La société anonyme, les comptes annuels, FJS no 399 p.5). Les comptes d'une société doivent être également établis de manière à respecter le principe de la prudence, soit que la présentation des comptes doit être rendue moins attrayante que la réalité; ce principe conduit à constamment choisir l'évaluation la plus faible s'agissant des actifs et la plus élevée s'agissant des passifs (Müller, op. cit. p.6). En outre, les risques ne doivent pas être calculés avec une marge faible. Corollaire du principe de la prudence, le principe de l'imparité oblige à comptabiliser immédiatement toutes les charges par des provisions correspondantes, dès lors que leur réalisation est probable ou simplement envisageable; Müller (op. cit. p. 6) donne précisément comme exemple les actions judiciaires.

En l'espèce, les demanderesse reprochent aux défendeurs (allégué 23) trois "irrégularités", qu'elles reprennent de l'expertise (p. 17, l'expert parlant de comptes "pas conformes à la réalité") : des non-valeurs ont été activées par le crédit du compte de pertes et profits, respectivement par un compte d'exploitation ou de frais généraux; les amortissements sur immobilisations étaient insuffisants; des provisions nécessaires n'ont pas été constituées. Pour les raisons indiquées ci-dessus (cons. 5), la Cour s'arrêtera aux deux griefs les plus flagrants :

aa) Une somme de 211'702 francs a été activée lors du bouclage des comptes au 31 décembre 1984, par le crédit du compte de pertes et profits, et qu'on retrouve au bilan sous la rubrique "Frais de campagnes publicitaires" (expertise, p.20 et 43). Cette manière de procéder violait manifestement les principes de sincérité et de clarté du bilan. Plusieurs procès avaient été intentés par les frères R. contre R. SA ou d'autres sociétés du groupe. Le premier jugement, rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 4 juillet 1984, confirmé sur appel le 26 novembre 1984, était clairement défavorable à la société des défendeurs. Deux autres procédures se sont ouvertes à Neuchâtel en 1984 également. Le terrain brûlait aussi à N. (voir la note interne du 12.12.1984 mentionnée ci-dessus, cons.4c). Le jour précédent, l'administratrice B. s'adressait

au mandataire de la société Me Y. en disant "Je constate que les attaques de la famille de R. sont de plus en plus agressives et accélérées" (expertise W., annexe 3). En dépit des avertissements de l'organe de contrôle dans son rapport du 29 janvier 1985 au sujet des comptes 1984 (D.25a/175), le conseil d'administration, puis l'assemblée générale ont activé cette somme de 211'702 francs. Dans son analyse sur cette question, le juge pénal est d'avis qu'il aurait appartenu à l'organe de contrôle et à la fiduciaire qui tenait les comptes de faire aux administrateurs des observations quant à la prudence nécessaire (jugement pénal, p.13 in fine); pourtant, le juge semble avoir perdu de vue qu'il écrivait, quelques pages auparavant (p.10) que précisément dans son rapport, l'organe de contrôle recommandait expressément à l'assemblée générale des actionnaires de se prononcer spécialement sur la comptabilisation dans les immobilisations des 211'702 francs de frais de campagnes publicitaires (D.25a/161). Le juge rappelle aussi les avis très réservés de plusieurs experts comptables, à commencer par l'expert judiciaire; de même l'expert-comptable T., entendu comme témoin, exprimait l'avis que cette activation était possible pour autant que d'autres informations ne venaient pas contrecarrer cette façon de faire (jugement, p.13). Au vu des procès et litiges naissants mentionnés ci-dessus, il est surprenant que la négligence des administrateurs n'ait pas été retenue à cet égard. Mais il est vrai que pour être relevante dans le procès pénal, la négligence devait pouvoir être qualifiée de grave.

bb) Une provision de 1'405'000 francs relative aux coûts de modification de la marque sur les produits, matériel publicitaire, etc. de R. SA, n'a pas été faite, à la fin de l'exercice 1984. L'expert judiciaire démontre de manière claire les diverses raisons pour lesquelles cette provision aurait dû être constituée (expertise, p.34-40). Il mentionne ce montant en se référant à une notice établie par l'administration de la société, destinée à leur avocat français chargé d'éviter que le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 4 juillet 1984 ne devienne exécutoire (D.25a/261). Dans son rapport du 29 janvier 1985, l'organe de contrôle a clairement vu le danger et a admis le principe de la nécessité d'une provision, quitte à ajouter qu'il ne disposait d'aucun élément pour

la chiffrer. Il ignorait alors sans doute la note interne mentionnée ci-dessus. De son côté, le juge pénal a retenu également la nécessité de faire une provision, mais d'un montant inférieur (jugement, p.14-24). Autant l'expert que le juge pénal ont écarté l'argument tiré d'un prétendu contrat de licence avec la société mère allemande imposant à celle-ci d'assumer tous les frais liés aux conséquences d'un procès; ils relèvent à cet égard et à juste titre qu'il n'existait pas de document décrivant clairement les engagements de la société allemande (jugement, p.22). Quoiqu'il en soit, et même si le contrat de licence avait été indiscutable, il n'aurait été que d'un poids négligeable, au vu de la situation d'endettement de la société allemande à fin 1984, puisqu'elle était elle-même en situation de faillite; l'expertise et le jugement pénal le relèvent tous deux expressément (p.109 de l'expertise et 23 du jugement pénal). En conséquence, le jugement retient que "le bilan devait en outre impérativement contenir une provision car des pertes prévisibles n'étaient pas couvertes de façon absolument sûre par la garantie d'un tiers, en l'espèce la société mère" (jugement, p.51; voir aussi p.24).

cc) Au vu de ce qui précède, la Cour retient que pour un montant excédant largement le million de francs, les administrateurs ont activé une non-valeur ou omis de constituer une provision, alors qu'ils avaient en mains les éléments nécessaires pour le faire, passant outre à cet égard la mise en garde de leur organe de contrôle. Le fait que cette mise en garde n'ait pas été suffisamment impérative (le jugement pénal, fondé en cela sur l'expertise, en fait la démonstration) ne change rien à la défaillance des défendeurs et ne les décharge pas, puisqu'ils n'ont tiré aucune conséquence de cette mise en garde, en ne prévoyant pas même un montant minimum. S'ils avaient eu une hésitation, il leur aurait suffi de relire la notice interne de novembre 1984, qui détaillait le montant de la provision à faire et qui émanait pourtant de personnes "connaissant parfaitement leurs produits et leurs coûts de même que les frais engagés sur les plans promotionnels, publicitaires, conditionnements, etc." (expertise, p.39). Dans ces circonstances l'absence totale de provision, au regard d'un document faisant état de 1'400'000 francs de frais prévisibles, relève pour le moins de la négligence.

c) En résumé : la Cour retient d'une part que le défaut d'avis au juge (art.725a CO), retardé alors qu'il aurait dû être fait à fin 1984, a conduit à des pertes supplémentaires considérables : alors que le découvert était de 983'827 francs au 31 décembre 1984, il passe à 2'542'246 francs au 31 mars 1986 pour atteindre 3'150'801 francs au 31 août 1986 (bilan rectifié par l'expert, p.51 du rapport). La différence entre ces deux situations dépasse 2'000'000 francs. Autrement dit, le défaut d'avis au juge à fin 1984 a engendré une aggravation de la perte de fonds propres supérieure à 2'000'000 francs.

D'autre part, la Cour retient que la violation des principes à observer dans la tenue de la comptabilité (art.959 CO), qui est de la responsabilité du conseil d'administration (art.722a CO), a conduit à donner une image faussée de la situation financière de la société : à fin 1984 également, une activation de non-valeur et l'omission d'une provision ont laissé un bilan faussement positif pour une somme excédant au moins 1'000'000 francs.

7. La faute : contrairement au droit pénal, qui suppose soit une faute intentionnelle, soit une négligence grave (c'est ce qui a sauvé du reste les quatre prévenus libérés par le Tribunal de police dans son jugement du 22 avril 1992), la responsabilité civile de l'administrateur est fondée sur une faute qui se confond pratiquement avec la violation de ses devoirs. La faute est en quelque sorte objectivée, et seule une négligence légère suffit à engager la responsabilité de l'administrateur (Tercier, *op.cit.* p.17; Egli, *Aperçu de la jurisprudence récente ...*, Ceditac 1987, p.36; Forstmoser, *op.cit.* p. 14 et 19; RJN 1983 p.71).

A titre personnel, R. connaissait mieux que personne la situation de la société allemande portant son nom. Partant, la prise en charge par cette société de dettes de la société neuchâteloise (par le biais du contrat de licence) ne pouvait pas faire illusion à ses yeux. De même, les promesses qu'il a alignées - sans les tenir - dès le début de l'année 1985 pour éviter aussi longtemps que possible le dépôt de bilan de la société neuchâteloise ont été souvent empreintes d'arguments trompeurs pour les autres administrateurs. Le juge pénal l'a relevé de manière parfaitement pertinente et convaincante (jugement, p.25-28). Sa

responsabilité personnel est évidemment engagée et sera retenue. Au passage, on ne peut s'empêcher de relever que R. était, moins que quiconque, ignorant des risques liés aux divers procès menés par les frères de R. contre ses sociétés. Partant, les provisions que la société neuchâteloise portant son nom n'a pas voulu faire lui sont tout particulièrement imputables.

S'agissant de V., sa responsabilité personnelle au regard de l'engagement de frais publicitaire et de l'absence de provision à ce sujet est évidente : chargé tout spécialement de l'engagement des moyens financiers de la société dans la publicité et de la coordination des efforts de la marque pour tout le groupe, il a manqué à ses devoirs en refusant d'admettre l'évidence, au lendemain du jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 4 juillet 1984. Cet élément, conjugué avec la perte de chiffre d'affaires s'aggravant d'années en années, était un signal trop clair pour que le directeur puisse l'ignorer. Plutôt que de s'opposer à l'activation des frais de publicité et à la constitution d'une provision, il aurait dû être le premier à exiger d'adapter le bilan à cette réalité économique.

Enfin, V. a cherché jusqu'au dernier moment à s'opposer au dépôt du bilan, ce que prouve sa lettre du 14 juillet 1986 à l'administrateur H. (D.25b/581).

8. Le lien de causalité : la faute des défendeurs est en relation de cause à effet avec le dommage subi par les demanderesses. Non seulement celles-ci ont engagé des dépenses et facturé des prestations à la société pour l'essentiel après le 31 décembre 1984 (alors que le bilan aurait dû être déposé à cette date), mais en plus elles ont vu leur dividende réduit à presque rien (5%) en raison de l'aggravation de la situation financière de la société entre fin 1984 et le prononcé de la faillite. Dès l'instant où les défendeurs sont responsables de cette situation, par la violation de leurs devoirs d'administrateur, ils sont responsables du dommage subi par les demanderesses.

9. Par courrier du 24 novembre 1997, le juge instructeur a rendu les parties attentives à la manière dont le Tribunal fédéral applique l'ancien droit de la société anonyme à la suite de la révision de ce

droit, s'agissant de la responsabilité solidaire des administrateurs (D.85 et 86). En bref, le Tribunal fédéral a considéré que même en appliquant l'ancien droit, le juge doit le faire d'une manière aussi conforme que possible à la situation et aux conceptions actuelles. Il en a déduit que " Compte tenu des critiques de la doctrine et des conceptions qui sont à la base du nouveau droit de la société anonyme, il s'impose désormais d'admettre que chaque administrateur ne doit répondre solidairement, en vertu de l'art. 759 al.1 aCO, que dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances." (cons.5c, non publié, de l'arrêt du 11.06.1996 de la Cour civile paru aux ATF 122 III 324).

Les demandresses ont fait savoir à la Cour qu'elles considéraient que les deux défendeurs répondaient, au niveau externe, d'une faute analogue, si bien qu'ils encouraient la même responsabilité (D.88). Le défendeur V. a pour sa part rappelé, principalement, qu'il contestait toute forme de responsabilité des organes de R. SA, subsidiairement qu'il n'avait à titre personnel commis aucune faute. Il a ajouté, ce qui est du reste irrelevante en l'espèce, qu'il n'avait ni un revenu ni une fortune tels que cela devrait le conduire à participer à une indemnisation quelconque (D.89).

Au vu de la valeur litigieuse résiduelle inférieure à 400'000 francs d'un côté, de la responsabilité que chacun des défendeurs endosse dans la survenance d'une aggravation du passif de la société entre le 31 décembre 1984 et le prononcé de la faillite le 14 novembre 1986, de l'autre côté, chacun des défendeurs apparaît pour le moins responsable à titre personnel d'avoir causé aux demandresses le dommage qu'elles réclament encore. L'application de l'article 759 al.1 aCO conduit ainsi la Cour à les condamner au paiement de cette somme, solidairement puisqu'ils en répondent l'un et l'autre à titre personnel.

Le montant de 374'713 francs porte intérêt à 5 % l'an dès le dépôt de la demande, soit le 10 juillet 1989, comme demandé.

9. Au vu du sort de la cause, les frais et les dépens seront mis à charge des défendeurs, solidairement. Il sera tenu compte à cet égard des

frais et des dépens déjà fixés par ordonnances des 19 avril 1991, 28 mai 1991 et

E. 9

décembre 1996 (D.11, 16, 77).

Par ces motifs,

LA Ie COUR CIVILE

1. Condamne solidairement R. et V. à payer aux demandereses la somme de 374'713 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 10 juillet 1989.

2. Condamne solidairement les défendeurs aux frais de la cause, arrêtés à 11'670 francs et avancés comme suit :

- frais avancés par les demandereses	Fr. 11'550.-
- frais avancés par les défendeurs	Fr. 120.-

Total Fr. 11'670.-

et au versement aux demandereses d'une indemnité de dépens de 15'000 francs.

Neuchâtel, le 28 septembre 1998

AU NOM DE LA Ie COUR CIVILE

Le greffier L'un des juges

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