

NE_GERICHTE CC.2004.119 vom 8. Oktober 2009

NE Tribunal cantonal, 2009-10-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CC.2004.119

FR: NE_GERICHTE CC.2004.119 du 8 octobre 2009

IT: NE_GERICHTE CC.2004.119 del 8 ottobre 2009

Erwägungen

E. 1

La valeur litigieuse, correspondant au montant total des trois demandes, soit 213'013.85 francs en capital, fonde la compétence ratione materiae de l'une des Cours civiles du Tribunal cantonal. La compétence ratione loci est également donnée en application des articles 7, 29, éventuellement 25 LFors, et 151 LDIP. Les trois demandes ont été introduites dans le délai initial ou prolongé fixé par l'office des faillites, en application de l'article 260 LP.

E. 2

L'administration de la faillite a porté à l'inventaire les droits de la masse à l'encontre des personnes énumérées aux articles 752ss et 679 CO, soit les indemnités éventuelles dues en raison des responsabilités encourues par les personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle de la société, notamment. Dès lors que les actions sont fondées sur une cession des droits de la masse au sens de l'article 260 LP, il n'y a plus qu'un intérêt relatif à savoir si les créanciers sociaux font valoir un dommage direct ou indirect, ou s'ils entrent ou non en concurrence avec d'éventuels droits de la société contre ses organes. En l'espèce, les créanciers ont encouru une perte car, selon leur thèse, le comportement des administrateurs ou des réviseurs a appauvri la société, de sorte qu'ils ne sont pas parvenus à récupérer leurs prétentions envers celle-ci. Comme ils le relèvent, leur dommage n'est qu'indirect, car il découle de l'insolvabilité de la société (ATF 132 III 564 cons.3.1.2). La concurrence qu'il pourrait y avoir entre les droits des uns et des autres n'existe plus, en cas de faillite, dès l'instant où les créanciers sociaux ont obtenu cession des droits de la masse en application de l'article 260 LP (ATF 132 III 564 cons.3.2.3). De même, et conformément à la pratique, les demandeurs peuvent conclure au paiement en leurs mains des dommages et intérêts auxquels ils prétendent, et non en mains de la masse en faillite (arrêt du TF du 13.09.2007 [4A_174/2007] cons.3.3 et la référence à l'ATF 134 précité, litt.c, p.567). En l'occurrence, l'administration de la faillite avait d'emblée envisagé de clore la faillite en application de l'article 95 OAOF, sans attendre le résultat des procès à venir à la suite des cessions (lettre du 15 juin 2004 de l'office au mandataire de Fournisseur [2], CC.2005.46. C'est du reste ce qu'a fait l'office lorsqu'il a sollicité du juge ayant prononcé la faillite qu'il en prononce ensuite la clôture en dépit des cinq cessions des droits de la masse encore en cours, mais avec l'autorisation des créanciers cessionnaires (courrier du 9 février (sic) 2004, et ordonnance de clôture du 8 décembre 2004). Comme le souligne la doctrine (CR-CO II - Corboz, art.757 CO N.18; Chenaux, La responsabilité du conseil d'administration dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in Quelques actions en responsabilité, Cemaj - Université de Neuchâtel, 2008, N.39 p.164), la nature de cette action limite les moyens de défense de l'administrateur aux exceptions opposables à la communauté des créanciers et exclut celles qui concernent le créancier à titre personnel ou la société. Cette " purge "

permet ainsi aux créanciers de faire valoir en cas de faillite une obligation fautive des organes de gestion sans se voir opposer " le laxisme ou les fautes d'un autre organe " (Corboz, loc.cit.).

E. 3

En vertu 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. La même règle s'applique à toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels (art. 755 al.1 CO). La responsabilité des administrateurs et des réviseurs envers la société fondée sur ces dispositions est subordonnée à la réunion des quatre conditions générales suivantes, à savoir un dommage (cons.5), la violation d'un devoir (cons.6), une faute, intentionnelle ou par négligence (cons.7), et l'existence d'un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et la survenance du dommage (cons.8). Il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver la réalisation de ces conditions (art.8 CC), qui sont cumulatives (ATF 132 III 564 cons.4.2). En l'espèce, si la qualité d'administrateur de la SA n'est pas contestée pour B., ni celle de réviseur pour D. puis C., les défendeurs et en particulier F. contestent que ce dernier ait assumé le rôle d'un administrateur de fait de A. SA. Cette question doit être examinée en premier.

E. 4

F. : a) Si l'administrateur désigné à cette charge en assume la responsabilité quand bien même il ne serait en réalité qu'un homme de paille ou ne s'occuperait pas du tout de sa tâche (Corboz , op. cit. art.754 N.4), à l'inverse le législateur a voulu rendre responsable non seulement ceux qui assument une mission par le titre qu'ils portent, mais aussi ceux qui, sans porter de titre, exercent la fonction dans les faits. Pour qu'une personne soit reconnue comme administrateur de fait, il faut qu'elle ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décisions apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été en situation d'empêcher la survenance du dommage. La notion d'organe de fait permet de tenir pour responsable celui qui tire les ficelles en coulisse. Il peut s'agir par exemple de l'actionnaire principal qui dirige en réalité sa société, sans apparaître comme administrateur (Corboz , op. cit., art.754 N.1, 6-8, et la référence à ATF 132 III 523 cons.4.5). b) Bien qu'il s'en défende, F. a joué un rôle dans le développement de la société qui le fait apparaître comme organe de fait. Le témoin M., employé au Bateau pour le compte de A. SA : " On m'avait engagé comme gérant puisque j'étais titulaire de la patente, mais en réalité ce n'est pas moi qui dirigeais. La gestion se faisait par la fiduciaire B. qui tous les jours prélevait la recette. E. n'avait aussi aucun pouvoir de décision; toutes les instructions venaient des Etats-Unis de F., relayé par B. " J., confiseur et fournisseur de A. SA : " On me demande de dire quel était selon moi le rôle de F.. Il régnait en seigneur sur la société, tant que cela allait bien, puis il montrait de la morosité quand elle a commencé à fumer de partout. Il faut dire que F. a toujours fait comme cela, en mettant un paravent devant lui. Je pense ainsi que ce paravent était B., qui était le comptable, qui tenait les comptes et qui devait savoir où il allait, en principe (...) D'après ce que j'avais compris, c'est clairement F. qui s'occupait des finances, et d'ailleurs toutes les données portaient aux États-Unis. Il y avait une personne sur place qui passait les écritures (...) On me demande si je sais qui a organisé cette structure formée de 3 établissements publics. Selon moi, c'est LPR ou ICR. En clair, derrière le paravent qu'est B.,

il y avait toujours F.. Si M. E. était le manager, il devait toujours s'en référer à F.. C'était en quelque sorte sa ligne directe". K., qui a travaillé entre 1992 et 1999 pour A. SA avec la fonction de maître d'hôtel et de directeur : " Si j'avais des problèmes dans mon activité, c'est à F. que je m'adressais. On peut dire que c'est lui gérait, et aussi qui administrait ". L., restauratrice venue du restaurant Y. pour passer à l'hôtel-restaurant Z. au moment où il a été repris par M. E. le 18 mai 2000 : " Je m'étais adressée à lui [F.], parce que c'est lui qui s'était présenté à tout le personnel comme le grand patron de la A. SA. Il nous avait aussi présenté M. E. comme son bras droit pour diriger toute la LPR (...)" . Ce témoin, qui a relu et confirmé sa déposition faite le 27 septembre 2004 devant le juge d'instruction, avait alors déclaré : " Je suis rentré dans la société A. SA en tant que gérante de l'hôtel-restaurant Z. à Neuchâtel le 18 mai 2000, étant liée à A. SA par un contrat de travail. Durant l'été 2000, un fournisseur m'a téléphoné, m'informant qu'il ne livrerait plus que contre paiement comptant. J'ai alors téléphoné à M. E. pour m'informer. Après ce contact téléphonique, j'ai interpellé directement F. aux Etats-Unis en lui disant de venir; sinon, je fermerais l'établissement avec effet immédiat. F. est arrivé 2 jours après mon coup de fil. Dès son arrivée, F. a contrôlé l'exploitation de Z. (...)" . N., embauchée le 14 mars 2000 pour assurer les tâches de secrétariat de marketing et de gestion du personnel (mémoire) : " A l'époque, j'avais été très étonnée de constater que seules les écritures étaient entrées sur l'ordinateur par O., celui-ci se plaignant régulièrement de ne pouvoir ni vérifier ni surtout corriger ces erreurs, la gestion proprement dite étant faite par F. depuis les USA. Fin mai, O. est tombé gravement malade et très vite nous avons compris qu'il ne reviendrait pas travailler. F. est alors arrivé mi-juin pour tout l'été, avec le but de réorganiser le secrétariat et l'administration depuis l'absence de O. (...). Pour ce qui est des comptes CCP et banques, c'est F. qui les vérifiait, étant seulement chargée de lui retrouver les pièces correspondantes ". P., chef de cuisine licencié pour le 31 décembre 2000, écrivait au directeur E. le 27 décembre 2000 : " La gestion de l'entreprise se faisait depuis les Etats-Unis, où F. séjourne environ 9 mois par an. De ce fait, nous n'avons ni accès aux documents ni d'informations concernant les chiffres de l'entreprise. A plusieurs reprises, F. m'a parlé concernant la marche de l'entreprise. Il m'a toujours dit qu'il s'occupait de la gestion et que ma tâche était de faire la cuisine et de bien surveiller les achats qu'il trouvait toujours trop élevés, de même que les charges salariales ". Q., décorateur d'intérieur, s'est occupé de la rénovation du restaurant Y., à une date qui était peut-être en 2003 et qu'il lui a été difficile de situer à cause d'un accident cérébral : " Ces travaux m'avaient été confiés par M. E., avec l'assentiment de F., assentiment tacite à tout le moins, parce que je ne me souviens pas qu'il m'ait dit "je te confie ces travaux". Mais il faut bien dire que c'est lui qui a le dernier mot ".

c) Si les défendeurs désignent E. comme administrateur de fait de A. SA, cela n'empêche pas F. d'avoir assumé ce rôle. Comme il l'a admis lors de son interrogatoire du 13 octobre 2005 devant le juge d'instruction; il a créé la société A. SA en 1987 non pas comme " principal investisseur ", mais " avec deux associés, R. et S., chacun pour un tiers, le capital de la société étant de 60'000 francs. Après deux ou trois ans d'exploitation, S. est tombé malade et nous avons stoppé l'exploitation. A ce moment-là, ils m'ont cédé leurs parts et je me suis trouvé seul propriétaire à titre personnel (...) Le 1er janvier 1995, j'ai commencé à établir la comptabilité; jusqu'en 1998, j'ai aussi établi les décomptes de charges sociales ou les ai contrôlés moi-même. J'ai donc agi en tant qu'administrateur de fait (...) J'ai retiré mes papiers à la commune d'Auvernier en 1999. Pour cette raison, j'ai vendu mes biens en Suisse, et en particulier les actions de LPR à T. SA, à Zoug ; j'indique à propos de cette société qu'il s'agit d'un "trust familial", mon épouse et mes enfants étant propriétaires des

actions, moi-même à 24%. J'ai un administrateur unique pour cette société, U., domicilié à [...], mais je dirige en fait cette société (...) A ce moment-là [fin mars 2000], je ne pouvais pas venir en Suisse. B. a alors envoyé M. E. en Floride; l'on s'adressait ainsi à moi, non pas en tant que décideur, mais en tant que seule ressource possible de financement. Je souligne que depuis le 1er janvier 2000, je n'ai plus du tout décidé de quelque investissement que ce soit ni pris quelque décision que ce soit concernant la LPR, que ce soit au niveau de la gestion du personnel, des achats et de son administration en général (...). En mai 2000, O. tombe gravement malade et ne peut plus assumer sa fonction. A ce moment-là, j'étais le seul à connaître le programme de la comptabilité utilisé par O.. L'administrateur B. me demande si je peux reprendre la comptabilité puisque j'en avais la charge auparavant. J'accepte. C'était très difficile, à distance, d'établir cette comptabilité, voire impossible. En juin 2000, je viens en Suisse et j'introduis un nouveau système informatique de gestion et d'exploitation qui avait l'avantage inconnu de E. de procurer des audits sur les modifications des opérations effacées (...). Ce système m'a permis de contrôler à distance quotidiennement toutes les opérations depuis fin juin 2000. A fin juillet 2000, je pouvais prouver que des factures avaient été détournées pour environ pour 120'000 francs pour un mois. Au début d'août 2000, nous décidons, c'est-à-dire que B. décide, après m'avoir consulté, puisque je détenais l'information, d'enlever la signature individuelle à M. E. " (...). On déduit également la qualité d'administrateur de fait de F. de ses propres allégués – qui sont les mêmes pour tous les défendeurs – en procédure. Ainsi il invoque la perte de tout contrôle de la société, par lui-même et B., dès le 1er janvier 2000, " date à partir de laquelle M.E. a pris les décisions absolument seul avec signature individuelle auprès de la banque cantonale neuchâteloise bien que son inscription au registre du commerce n'ait été accomplie que le 28 août 2000 ". Auparavant, il avait accepté le licenciement de K., alors directeur, parce que M. E. l'avait exigé. A l'époque où M. E. dirigeait l'établissement à 100 %, il a demandé à recevoir les comptes du premier trimestre 2000, ce qui a été fait. Il dépose plainte pénale au vu du chiffre d'affaires qui avait explosé et parce qu'il a pensé que les pertes enregistrées provenaient de coulage et de recettes non comptabilisées, c'est-à-dire d'argent détourné. Il décide de venir en Suisse pour introduire dans l'entreprise un programme de gestion et d'exploitation qui lui procure des audits et lui permet notamment de détecter les modifications d'éventuelles opérations effacées (all.94). Il représente A. SA, aux côtés de son administrateur B., lorsque la société dépose une plainte pénale le 22 décembre 2000. En fait, seule une personne qui administre la société agit de la sorte. La relation - le rapport de force - entre les administrateurs B. et F. est à cet égard révélée aussi par le courrier adressé le 9 octobre 2000 par l'administrateur B. aux actionnaires de la société que sont à parts égales F. – ou plus exactement le trust familial T. SA - et E.: " Au vu de la situation financière de la société et la perte provisoire au 31 juillet 2000 qui m'a été communiquée fin août 2000 par M. F. qui tient la comptabilité et gère financièrement la société, je me vois dans l'obligation de préciser ce qui suit : - le nouveau système comptable déterminé par M. R. F. a pris beaucoup de temps pour être mis en place et a demandé de nombreux ajustements. De ce fait, il m'a été impossible d'avoir une situation avant le mois d'août 2000 (...) " (CC.2005.46). En réponse à cet avis, l'actionnaire E. répondra à l'administrateur, le 17 octobre 2000 (CC.2005.46) : " Depuis le début de l'année 2000, je n'ai cessé de réclamer la délivrance des comptes, malheureusement sans aucun résultat (...) Je vous prie de bien vouloir me donner, dans les plus brefs délais, tous les renseignements utiles et nécessaires quant aux comptes de la société même si vous indiquez que M. F. tient la comptabilité et gère financièrement A. SA. Vous conviendrez, en ma qualité d'actionnaire

de la société, que j'ai un droit à être renseigné sur la marche des affaires ". d) Au vu de l'interprétation donnée à l'expression " toutes les personnes qui s'occupent de la gestion " de l'article 754 al.1 CO (voir cons.4a ci-dessus), et au vu des témoignages recueillis dans la présente procédure comme aussi dans la procédure pénale en cours, il y a lieu d'admettre que F., même domicilié aux Etats-Unis, avait le statut d'un organe de fait de A. SA. Peu importe à cet égard que l'administrateur inscrit au registre du commerce ait ou non assumé son rôle d'administrateur unique ou que le directeur E. ait également assumé une part dans la gestion de la société. Dans les faits, le rôle – ou les omissions - des premiers n'exclut pas celui du défendeur F..

E. 5

Le dommage : a) Tous les demandeurs réclament réparation du dommage indirect qu'ils ont subi, en relevant d'une part que la société anonyme était surendettée et tombait sous le coup de l'article 725 al.2 CO bien avant l'avis au juge du 1er mai 2001, d'autre part que le dommage est égal pour chacun d'eux au montant de l'acte de défaut de biens qui leur a été délivré le 26 novembre 2004. Trois des demandeurs (Fournisseur [3], Fournisseur [4] et Fournisseur [5]) font en outre valoir un dommage direct, sans pour autant réclamer davantage que le montant de l'acte de défaut de biens qu'ils ont reçu. On l'a vu ci-dessus, il n'est pas utile de distinguer entre le dommage direct et le dommage indirect (cons.2). En revanche les demandeurs doivent établir que le découvert – qui correspond aux 56 actes de défaut de biens délivrés pour un total de 1'149'236.42 francs (rapport de clôture de l'office des faillites) - aurait été moins important, à l'instar du surendettement, si l'avis au sens de l'article 725 al.2 CO avait été donné plus rapidement. Les demandeurs ont limité leur prétention au montant des actes de défaut de biens qui leur ont été délivrés, si bien que la preuve du dommage n'a pas à porter sur un montant supérieur à la valeur litigieuse globale de 213'013,85 francs. Le découvert résultant du rapport de l'office des faillites au juge, totalisant 1'149'236.42 francs, n'est pas contesté, pas plus que le montant des actes de défaut de biens délivrés. Pour pouvoir retenir que le montant du dommage atteint celui de la valeur litigieuse, il faut que l'éventuel retard de l'avis au juge ait eu pour conséquence d'aggraver le surendettement d'un montant au moins égal à celui de la valeur litigieuse. b) Le " rapport sur l'analyse sommaire des comptes " établi le 29 novembre 2002 par la Société Fiduciaire V. SA retient que, sur la base des résultats d'exercices, " l'exploitation de la société est constamment déficitaire depuis 1995" (ch.3.5, p.29-30 et note 4). Sur la base des comptes révisés (" audités ") pour 1995 à 1998, des comptes non révisés pour 1999 et d'une évaluation au 31 juillet 2000 effectuée par V. SA SA, la perte reportée passe de 21'404 francs au 31 décembre 1995, à 165'617 francs au 31 décembre 1996, 215'699 francs au 31 décembre 1997, 316'512 francs au 31 décembre 1998, 416'093 francs au 31 décembre 1999 et 601'601 francs au 31 juillet 2000 (p.29). Pour les périodes correspondantes, le rapport mentionne un surendettement comptable de 105'617 francs au 31 décembre 1995 qui augmente chaque année et atteint 331'601 francs au 31 décembre 1999, puis 1'301'601 francs au 31 juillet 2000. En tenant compte de la créance post-posée par F. (150'000 francs au 31 décembre 1995, 200'000 francs au 31 décembre 1996 puis 482'025 francs dès le 31 décembre 1997), le surendettement s'est réduit d'autant et a permis d'éviter l'avis au juge jusqu'au bouclage de l'exercice 1998. Dès le bouclage provisoire au 31 décembre 1999 en revanche, et compte tenu de deux rectifications au bilan qui aggravent le passif de 170'000 francs, " la postposition n'était plus suffisante pour éviter l'avis au juge ", vu le surendettement de 19'576 francs (rapport précité, p.31 in fine). En tous les cas au 31 juillet 2000, soit au moment où les premières factures des créanciers

n'étaient plus honorées, la perte reportée était de 601'601 francs et la perte de l'exercice de l'ordre de 800'000 francs; par rapport au capital action de 100'000 francs et après déduction de la créance post-posée de 482'025 francs, le surendettement représentait 819'576 francs. L'évaluation de la perte provisoire de 800'000 francs, retenue dans le rapport V. SA, découle directement du courrier du 9 octobre 2000 de l'administrateur aux actionnaires de A. SA (CC.2005.46). Les défendeurs doivent se laisser opposer cette évaluation puisqu'elle émane de deux d'entre eux (voir cons.4c in fine , ci-dessus). c) Certes, les défendeurs font encore valoir que le rapport V. SA n'est pas fiable, qu'il est incomplet, mal documenté, partial et finalement non relevant. A tort. On l'a vu, les défendeurs ont tenté de faire éliminer ce rapport du dossier de la procédure (litt.C ci-dessus). Ils ont dû ultérieurement y renoncer tout en maintenant leurs critiques (courrier du 4 septembre 2007). Pour contester utilement ce rapport, il leur appartenait d'apporter la preuve des critiques qu'ils lui font, d'autant que les demandeurs s'y réfèrent en le tenant au contraire pour valable. Les défendeurs le sachant, il leur incombait d'administrer la preuve de leurs allégués, soit - en résumé - leur bonne administration de la SA et la non-tardiveté du dépôt de bilan (voir entre autres les allégués 40, 44 à 46, 52 et 57 de la réponse), notamment en mettant en oeuvre l'expertise qu'ils proposaient comme moyen de preuve dans leurs mémoires introductifs d'instances. Ils y ont ainsi renoncé en connaissance de cause. La Cour de céans ne voit pas de raisons suffisantes (art.219 et 224 CPC) de s'écarter des constatations résultant du rapport V. SA, du moins dans ses grandes lignes et pour les ordres de grandeurs qu'il établit. L'audition d'un des auteurs (le témoin W.), qui a confirmé ledit rapport et son complément, ne conduit pas à infléchir cette appréciation du rapport. En tous les cas, les défendeurs ont renoncé en pleine connaissance de cause à solliciter la mise en oeuvre d'une expertise comptable, alors qu'ils savaient, par exemple, que le témoin est le beau-frère de l'administrateur d'une des demandresses, ce fait étant inconnu du témoin au moment où le mandat lui était confié par la commission de surveillance des créanciers de la faillite de A. SA. d) En comparant le surendettement estimé par V. SA SA à 819'576 francs au 31 juillet 2000 à celui de 19'576 francs au 31 décembre 1999, l'aggravation saute aux yeux : même après déduction de la créance post-posée de 482'025 francs (le surendettement comptable serait de 1'301'601 francs si l'on ne tient pas compte de cette post-position), l'endettement s'aggrave de 800'000 francs en l'espace de 8 mois (janvier à juillet 2000). Le surendettement, au 31 juillet 2000, dépassait, et de loin, le total des créances des demandeurs, si bien que la condition de l'existence d'un dommage est réalisée. e) Ainsi, quelle que soit la qualification que l'on donne à la créance post-posée, le surendettement est clairement avéré avec ou sans les " quasi fonds propres " (CR-CO- Peter/Cavadini , art.725 N.31ss et 52). En l'espèce, et comme dans l'exemple que rappelle Chenaux (op.cit. N.53 et la référence à l'arrêt du TF du 12.12.2006 [4C.182/2006]), la preuve est faite de l'existence du dommage indirect subi par les demandeurs, dommage qui représente 18% du total du découvert de la faillite et 26% de l'aggravation de l'endettement survenue entre janvier et juillet 2000, étant précisé que ce calcul du dommage met les défendeurs au bénéfice de la déduction de la créance post-posée (Chenaux , op.cit. N.54 à 58 et la référence à l'arrêt du TF du 25.05.2007 [4C.58/2007]).

E. 6

Le devoir et sa violation : a) Entre autres reproches adressés aux quatre défendeurs, celui d'avoir tardivement déposé le bilan et avisé le juge au sens de l'article 725 al.2 CO mérite d'être examiné en priorité. S'il est établi, il suffira à admettre les actions contre les administrateurs. Quant aux réviseurs, deux des demandeurs leur reprochent de n'avoir pas

établi tous les rapports de révisions, de les avoir établis tardivement ou de manière défectueuse, ou encore de n'avoir pas rendu attentifs les administrateurs au surendettement de la société, voire de n'avoir pas eux-mêmes avisé à temps le juge au sens de l'article 729b al.2a CO, ce qui a conduit à une aggravation de l'insolvabilité. Ces griefs contre les réviseurs seront examinés au considérant 9 ci-après. b) Les membres du conseil d'administration de même que les tiers qui s'occupent de la gestion exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société (art.717 al.1 CO). Ils ont en particulier le devoir d'établir ou de faire établir les comptes annuels (art.662 al.1 CO), de les soumettre à révision (art.728 al.2a CO) et de convoquer l'assemblée générale dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice, notamment pour lui soumettre les comptes (art.699 al.2 et 698 al.2 ch.3 CO). Ils ont aussi le devoir d'aviser, en principe, le juge lorsque les dettes sociales ne sont plus couvertes (art.725 al.2 CO). L'administrateur ne peut se libérer de ses obligations au motif qu'il n'avait pas assez de temps à disposition ou qu'il n'avait pas les connaissances professionnelles nécessaires (arrêt du TF du 13.10.2003 [4C.192/2003] , cons.3.3). En principe tout retard dans l'avis au juge sera retenu comme une faute dont l'administrateur répond (TF du 18.03.2002 [4P.305/2001] , cons.2d, cité par Corboz, CR-CO, art.754 N.50). c) C'est sur la base d'une situation comptable au 31 décembre 1999 que l'avis au juge a été donné le 1er mai 2001. Entre temps, soit au 31 juillet 2000, l'administrateur B. a eu connaissance d'une perte provisoire de 800'000 francs environ pour l'exercice allant du 1er janvier au 31 juillet 2000, grâce au système comptable déterminé et mis en place par F. lorsqu'il était venu en Suisse en juin 2000. Après avoir communiqué par fax cette information aux actionnaires F. et E. et n'avoir obtenu aucune réaction, il a temporisé jusqu'au 9 octobre 2000 pour leur demander un apport de fond de 600'000 francs et l'obtention d'une situation comptable au 30 septembre 2000 et, à défaut, pour annoncer qu'il aviserait l'organe de révision aux fins de déterminer si la société était en surendettement (art. 725 CO), " auquel cas, je devrai immédiatement aviser le juge " (lettre du 9 octobre 2000 aux actionnaires, CC.2005.46). Cette manière de réagir est à l'évidence fautive, au regard de l'obligation claire définie à l'article 725 al. 2 CO. La constatation du surendettement de la société était faite – ou à tout le moins possible - en juillet 2000. Rien ne justifiait d'envisager d'abord d'autres démarches, prioritairement à l'avis au juge, telles que des propositions de restructuration, d'apports de fonds par les actionnaires, des arrangements extra-judiciaires avec les créanciers ou encore la détermination avec l'organe de révision d'un éventuel surendettement de la société ! Ce sont pourtant deux de ces démarches que l'administration de A. SA a entreprises d'abord – et encore plusieurs mois après qu'elle a eu connaissance du surendettement -, soit la démarche du 9 octobre 2000 auprès des actionnaires, puis la proposition du 14 novembre 2000 aux créanciers d'un abandon partiel de créance (sous la forme d'un arrangement extrajudiciaire, CC.2005.46, D.3/15 et 5). Non contente de ces deux démarches, l'administration de A. SA a encore pris le temps de vendre à la gérante L. le fond de commerce de l'hôtel-restaurant Z. le 9 novembre 2000, puis à son gérant Halimi le fond de commerce du restaurant Y. le 11 novembre 2000. Le 9 novembre 2000 également, en même temps que la vente du Marché, A. SA vendait à E. le fond de commerce de A. SA. Ce reprenant signait le même jour une reconnaissance de dette de 300'000 francs envers CPS Gestion, avec l'explication en préambule que " la période d'exploitation se solde par une perte globale d'environ 1,5 millions de francs. En conséquence, CPS se voit dans l'obligation de postposer ses créances envers A. SA. E. participe à cette perte à hauteur de 300'000 francs ". A. SA, représentée par B. et F. (voir cons.4c), déposera encore plainte

pénale le 22 décembre 2000, notamment contre E., avant que la décision ne soit enfin prise de déposer le bilan et de faire l'avis au juge, le 1er mai 2001. Or, l'urgence de procéder à l'avis au juge s'imposait d'autant plus que les affaires de la société étaient déficitaires depuis plusieurs exercices et que les conditions de l'article 725 al. 1 CO étaient réalisées depuis 1995 au moins, soit à tout le moins depuis que F. en a repris la comptabilité (voir cons.4 lit. c ci-dessus). C'est dire que, la moitié du capital-actions et des réserves étant inférieure depuis lors au résultat, respectivement à la perte reportée, la société se trouvait en perte de capital depuis plusieurs années. Une telle situation doit engager les membres – de fait ou de droit – du conseil d'administration à une plus grande vigilance, puisqu'une situation de perte de capital peut se dégrader rapidement vers un surendettement lorsque, comme ici, les exercices déficitaires se succèdent. En l'espèce, non seulement ils n'ont pas proposé les mesures d'assainissement imposées par l'article 725 al.1 CO lorsque la situation l'exigeait déjà, soit dès 1995, mais ils ont envisagé de telles mesures alors que la société avait depuis longtemps dépassé le stade de la perte de capital et se trouvait dans une situation de surendettement de l'article 725 al.2 CO. Par ailleurs, un examen comptable même sommaire démontre que dès la même année 1995, le surendettement de l'article 725 al.2 CO n'a pu être évité que moyennant la post-position de la créance de F. Dans une telle situation, les administrateurs ne pouvaient que prendre conscience – sans même disposer de données chiffrées précises – que la non-augmentation du poste "créances post-posées" alors que les exercices déficitaires se répétaient conduisait mathématiquement et inéluctablement au surendettement. C'est ainsi bien un avis immédiat au juge et aucune autre mesure qui devait être prise dès le début du deuxième semestre 2000.

E. 7

La faute : Cette violation de leur devoir doit être retenue comme une faute des administrateurs. Dire si cette faute – ce retard – est intentionnelle ou relève de la négligence est difficile à établir car les défendeurs nient toute faute et veulent voir dans le comportement de leur directeur E. la seule cause de la débâcle. Outre que l'administration est responsable de déposer le bilan, elle a aussi le devoir de désigner le directeur qu'elle veut, de l'instruire puis de contrôler son activité, voire de le révoquer au besoin. Toutes les démarches entreprises depuis la fin juillet 2000 jusqu'à fin décembre 2000 ne justifient d'aucune manière le retard à déposer l'avis de surendettement. Ceci vaut d'autant plus lorsque l'on sait, comme on l'a vu, que la société était en perte de capital depuis plusieurs années, situation qui imposait déjà des mesures d'assainissement et une attention accrue sur l'évolution comptable. L'administrateur aurait mieux fait de suivre sa première idée, telle qu'il l'admet en procédure : " A fin août 2000, l'administrateur de la société a songé à envisager rapidement le dépôt du bilan " (fait 96 de la duplique). En ne la suivant pas, il a permis à la société de continuer à s'endetter et, en particulier, aux cinq demandeurs de poursuivre des livraisons de marchandises qui n'ont pas été honorées, sinon d'un acte de défaut de biens. L'administrateur B. répond de cette violation de son devoir légal. Sa formation et son activité professionnelle de fiduciaire lui donnaient toutes les clefs pour savoir quelles étaient ses obligations. Il est néanmoins resté inactif – au sens de son obligation résultant de l'article 725 al.2 CO – entre juillet 2000 et le 1er mai 2001. S'il a accepté la charge d'administrateur unique à côté de F., en relation ou en concours avec lui, il assume les risques de cette situation autant que l'administrateur de fait. Juger autrement conduirait à admettre que l'administrateur officiel – éventuellement homme de paille – soit déclaré non responsable de sa gestion et que celui qui administre en fait la SA soit également dégagé d'une responsabilité au motif qu'il n'est pas inscrit au RC. On a vu (cons.

4a ci-dessus) que cette conception juridique serait fautive. De son côté, l'administrateur de fait F., qui avait pourtant constaté l'évolution financière de la société et qui a préféré suivre d'autres voies pour tenter d'y remédier, a participé à la violation de son devoir par l'administrateur officiel, s'il ne l'a pas directement inspiré dans cette violation.

E. 8

Le lien de causalité : a) On l'a vu plus haut (cons.5), le rapport V. SA établit qu'au 31 décembre 1999 déjà, un surendettement d'environ 20'000 francs existait, obligeant au dépôt de bilan. Ce surendettement était passé à 819'576 francs au 31 juillet 2000. Pour avoir tardé au vu de la situation comptable au 31 décembre 1999, mais plus encore après avoir constaté l'aggravation au 31 juillet 2000, les administrateurs ont indiscutablement commis une faute. Celle-ci devient incompréhensible et inexcusable lorsqu'ils attendent encore jusqu'au 1er mai 2001 pour se décider à déposer le bilan. Sans ces retards, les demandeurs n'auraient rien livré à A. SA et n'auraient pas subi de dommage, puisque A. SA ne serait pas restée dans le circuit économique (CR-CO – Peter/Cavadini, art.725 N.5). Le lien entre le retard des administrateurs et le dommage éprouvé par les demandeurs est ainsi patent, sans qu'il faille faire de plus longs développements. Il n'est pas nécessaire de vérifier si les pertes enregistrées en août 2000 se sont encore accrues jusqu'au dépôt du bilan, ou si l'entier des pertes n'était pas déjà enregistré à cette date ; la reconnaissance de dette signée par E. le

E. 9

Les réviseurs : a) D. a été inscrit comme réviseur de A. SA jusqu'au 28 août 2000, date de sa radiation et de son remplacement par C.. Jusqu'à cette date, D. devait s'occuper de la vérification des comptes annuels, y compris assurément la révision des comptes au 31 décembre 1999. Dans cette mesure, il répond à l'égard de la société de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social du dommage qu'il leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs (art. 755 al.1 CO). Les mêmes conditions générales que celles exposées plus haut pour les administrateurs doivent être réunies pour que sa responsabilité soit engagée (voir cons.3 ci-dessus). Outre les attributions ordinaires de révision prévues par les articles 728ss CO (dans leur teneur avant la modification entrée en vigueur le 1er janvier 2008), il faut citer la vérification du bilan intermédiaire dans la procédure de l'article 725 al.2 aCO (CR-CO Corboz, art.755 N.2). Le réviseur assume un devoir de diligence en ce sens qu'il doit exécuter avec soin les tâches de révision que la loi, les statuts ou l'assemblée générale lui confient. C'est ainsi que le réviseur doit examiner avec soin les comptes soumis à sa vérification (Corboz, loc.cit. N.10). Le Tribunal fédéral retient que de manière générale, l'organe de révision n'est pas chargé de contrôler la gestion de la société et de rechercher systématiquement d'éventuelles irrégularités, mais que si au cours de sa vérification, il constate des violations de la loi ou des statuts, il doit aviser par écrit le conseil d'administration et, dans les cas graves, également l'assemblée générale (ATF 129 III 129 cons.7.1). b) En l'espèce, la situation est particulièrement confuse puisque, à compter de l'exercice clos le 31 décembre 1998, les comptes n'ont pas été révisés. Or les critiques du rapport V. SA relatives aux comptes portent sur des comptes non révisés (non audités) clos le 31 décembre 1999. Rien au dossier ne permet de retenir que D. aurait reçu avant mi-décembre 2000 les comptes 1999, comme il l'écrivait à l'administrateur B. le 11 avril 2002. On ne sait pas même s'il les a tout simplement reçus ; en tous les cas, les demandeurs ne le soutiennent pas. Dans ces circonstances, on ne peut pas lui reprocher d'avoir ignoré les irrégularités relevées dans le rapport V. SA pour les comptes en question. En ce qui concerne les comptes antérieurs pour

lesquels V. SA a disposé des rapports de révision de D. (exercices clos aux 31 décembre 1997 et 1998), l'incongruité qui les caractérise (usage du nouveau texte standard introduit par une directive de la Chambre fiduciaire suisse en décembre 2000, dont l'application était évidemment exclue dans des rapports antérieurs à l'année 2000, mais qui figure tout de même dans les rapports des comptes 1997 et 1998, délivrés le 9 avril 2002 pour remplacer ceux qui auraient été perdus antérieurement), n'a pas de portée dans la présente procédure. En effet les révisions pour ces années-là n'ont pas porté à conséquence sur les droits des créanciers demandeurs ; ces derniers ne le soutiennent d'ailleurs pas. Certes, les demandeurs Fournisseur [1] et Fournisseur [2] font valoir que le réviseur aurait dû de lui-même aviser le juge du surendettement, comme l'article 729b al.2a CO (qui correspond matériellement à l'article 729c CO) lui en fait le devoir à certaines conditions. Cependant, les demandeurs n'ont pas allégué qu'en dehors des comptes qui lui ont été transmis, le réviseur C. aurait eu connaissance autrement de la situation comptable de la société et que cette connaissance l'aurait obligé d'aviser le juge. Faute d'allégués en ce sens, et plus encore de preuves, la responsabilité du réviseur Kähr n'est pas engagée. Les demandes ne sont pas fondées à son égard. c) Comme le relève le rapport V. SA (p.5), " Les rapports relatifs aux exercices clos aux 31 décembre 1999 et 2000 n'ont jamais été établis ". A cet égard, C., inscrit au registre du commerce en tant qu'organe de révision de la société dès le 28 août 2000, déclare dans un courrier du 3 septembre 2002 à l'office des faillites : " Il a été convenu d'entente avec l'administrateur, que je réviserai au début 2001 l'exercice 2000 ". Dans le même rapport V. SA et au sujet des comptes 2000, les auteurs soulignent que " Pour 2000, à défaut de disposer d'un bilan ou d'une balance au 31 décembre, nous avons dû rassembler manuellement les soldes finaux des comptes du grand livre ". Cette seule phrase conduit à constater que C. n'a jamais pu accomplir sa tâche de réviseur puisque, au terme de l'année au cours de laquelle il a été désigné à cette fonction, les comptes n'ont pas été établis. En pareilles circonstances, sa responsabilité n'a pas pu non plus être engagée. Les demandeurs ne soutiennent du reste pas que ce réviseur aurait su, par un autre biais que celui de la communication des comptes, que la société était surendettée et qu'il aurait dû pour ce motif adresser au juge l'avis obligatoire de l'article 729b al. 2 aCO. En tant qu'elles sont dirigées contre C., les demandes de Fournisseur [1] et de Fournisseur [2] ne sont pas fondées.

E. 10

Les trois demandes sont dès lors admises dans leur intégralité quant aux montants en capital. Des intérêts à 5 % l'an sont réclamés, selon la demande de Fournisseur [1], dès le 9 mai 2001, jour du prononcé de la faillite, tandis que les autres demandeurs réclament des intérêts à compter du dépôt de la demande. Dès l'instant où la demanderesse Fournisseur [1] se prévaut d'une violation des devoirs contractuels, et non d'une autre source de responsabilité (quoi qu'il en soit : CR-CO Corboz , art.754 N.71), et qu'elle ne se prévaut pas d'une mise en demeure antérieure, elle a droit comme les autres à des intérêts à 5 % l'an dès le dépôt de sa demande, soit le 30 septembre 2004. Les demandeurs concluent à la condamnation solidaire des défendeurs. Comme chacun d'eux est tenu pour le tout du dommage subi par chacun des demandeurs, sans qu'on doive distinguer une influence prépondérante de l'un ou de l'autre, ni une intervention limitée temporairement pour l'un ou l'autre, cette responsabilité solidaire est justifiée et sera retenue (art.759 CO).

E. 11

Au vu du sort des trois causes, les défendeurs B. et F. devront en assumer les frais dans leur presque intégralité. Une part très réduite sera toutefois laissée à la charge des demandeurs

Fournisseur [1] et Fournisseur [2], qui ont dirigé à tort leur action contre les deux réviseurs. Des dépens pleins seront alloués aux trois demandeurs Fournisseur [3], Fournisseur [4] et Fournisseur [5], et des dépens très légèrement réduits aux deux autres demandeurs. Après compensation, il n'y a pas lieu de condamner les demandeurs Fournisseur [1] et Fournisseur [2] à des dépens au mandataire commun de D. et C., puisqu'ils ont choisi le même mandataire que les deux autres défendeurs qui, pour leur part, succombent en totalité. Par ces motifs, LA I re COUR CIVILE 1. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [1] la somme de 40'633.65 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 septembre 2004. 2. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [2] la somme de 64'576.80 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 23 mars 2005. 3. Rejette les demandes de Fournisseur [1] et de Fournisseur [2] en tant qu'elles sont dirigées contre D. et C.. 4. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [3] la somme de 47'935.20 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 mars 2005. 5. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [4] la somme de 51'381.95 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 mars 2005. 6. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [5] la somme de 8'486.25 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 mars 2005. 7. Met les frais de la cause, arrêtés à 11'225.- francs et dont le détail s'établit comme suit : - frais avancés par Fournisseur [1] 2'212.50 francs - frais avancés par Fournisseur [2] 3'312.50 francs - frais avancés par Fournisseur [3], Fournisseur [4], Fournisseur [5] 5'060.- francs - frais avancés par les défendeurs 640.- francs à raison de 9/10 à charge de B. et F., solidairement. - de 1/20 à charge de Fournisseur [1] - de 1/20 à charge de Fournisseur [2] 8. Condamne B. et F., solidairement, à verser une indemnité de dépens de - 8'000 francs à Fournisseur [1] - 9'000 francs à Fournisseur [2] - 9'000 francs à Fournisseur [3], Fournisseur [4] et Fournisseur [5], solidairement Neuchâtel, le 9 octobre 2009 Art. 260 LP F. Cession de droits 1 Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse. 1 2 Le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédent est versé à la masse. 3 Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention et qu'aucun d'eux n'en demande la cession, cette prétention peut être réalisée conformément à l'art. 256. 2 1 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 16 déc. 1994, en vigueur depuis le 1 er janv. 1997 (RO 1995 1227; FF 1991 III 1). 2 Introduit par le ch. I de la LF du 16 déc. 1994, en vigueur depuis le 1 er janv. 1997 (RO 1995 1227; FF 1991 III 1). Art. 754 1 CO III. Dans l'administration, la gestion et la liquidation 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 1 er juillet 1992 (RO 1992 733 785; FF 1983 II 757). Art. 755 1 CO IV. Dans la révision 1 Toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe, de la fondation ainsi que de l'augmentation ou de la réduction du capital-actions 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. 2 Si la vérification a été effectuée par un contrôle des finances des pouvoirs publics

ou par un collaborateur de ceux-ci, la responsabilité en incombe à la collectivité publique concernée. La collectivité publique peut recourir contre les personnes ayant participé à la vérification selon les règles du droit public. 2 1 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 4 oct. 1991, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1992 (RO 1992 733 785; FF 1983 II 757). 2 Introduit par le ch. I 3 de la LF du 16 déc. 2005 (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2008 (RO 2007 4791 4838; FF 2002 2949 , 2004 3745).

E. 25

LFors, et 151 LDIP. Les trois demandes ont été introduites dans le délai initial ou prolongé fixé par l'office des faillites, en application de l'article 260 LP.

2.L'administration de la faillite a porté à l'inventaire les droits de la masse à l'encontre des personnes énumérées aux articles 752ss et 679 CO, soit les indemnités éventuelles dues en raison des responsabilités encourues par les personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle de la société, notamment. Dès lors que les actions sont fondées sur une cession des droits de la masse au sens de l'article 260 LP, il n'y a plus qu'un intérêt relatif à savoir si les créanciers sociaux font valoir un dommage direct ou indirect, ou s'ils entrent ou non en concurrence avec d'éventuels droits de la société contre ses organes. En l'espèce, les créanciers ont encouru une perte car, selon leur thèse, le comportement des administrateurs ou des réviseurs a appauvri la société, de sorte qu'ils ne sont pas parvenus à récupérer leurs prétentions envers celle-ci. Comme ils le relèvent, leur dommage n'est qu'indirect, car il découle de l'insolvabilité de la société (ATF132 III 564cons.3.1.2). La concurrence qu'il pourrait y avoir entre les droits des uns et des autres n'existe plus, en cas de faillite, dès l'instant où les créanciers sociaux ont obtenu cession des droits de la masse en application de l'article 260 LP (ATF132 III 564cons.3.2.3). De même, et conformément à la pratique, les demandeurs peuvent conclure au paiement en leurs mains des dommages et intérêts auxquels ils prétendent, et non en mains de la masse en faillite (arrêt du TF du 13.09.2007 [4A_174/2007]cons.3.3 et la référence à l'ATF 134 précité, litt.c, p.567). En l'occurrence, l'administration de la faillite avait d'emblée envisagé de clore la faillite en application de l'article 95 OAOF, sans attendre le résultat des procès à venir à la suite des cessions (lettre du 15 juin 2004 de l'office au mandataire de Fournisseur [2], CC.2005.46. C'est du reste ce qu'a fait l'office lorsqu'il a sollicité du juge ayant prononcé la faillite qu'il en prononce ensuite la clôture en dépit des cinq cessions des droits de la masse encore en cours, mais avec l'autorisation des créanciers cessionnaires (courrier du 9 février (sic) 2004, et ordonnance de clôture du 8 décembre 2004).

Comme le souligne la doctrine (CR-CO II -Corboz, art.757 CO N.18;Chenaux, La responsabilité du conseil d'administration dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in Quelques actions en responsabilité, Cemaj ■ Université de Neuchâtel, 2008, N.39 p.164), la nature de cette action limite les moyens de défense de l'administrateur aux exceptions opposables à la communauté des créanciers et exclut celles qui concernent le créancier à titre personnel ou la société. Cette "purge" permet ainsi aux créanciers de faire valoir en cas de faillite une obligation fautive des organes de gestion sans se voir opposer "le laxisme ou les fautes d'un autre organe" (Corboz,loc.cit.).

3.En vertu 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. La même règle s'applique à toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels (art.755 al.1 CO). La responsabilité des administrateurs et des réviseurs envers la société fondée sur ces dispositions est subordonnée à la réunion des quatre conditions générales suivantes, à savoir un dommage (cons.5), la violation d'un devoir (cons.6), une faute, intentionnelle ou par négligence (cons.7), et l'existence d'un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et la survenance du dommage (cons.8). Il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver la réalisation de ces conditions (art.8 CC), qui sont cumulatives (ATF 132 III 564cons.4.2).

En l'espèce, si la qualité d'administrateur de la SA n'est pas contestée pour B., ni celle de réviseur pour D. puis C., les défendeurs et en particulier F. contestent que ce dernier ait assumé le rôle d'un administrateur de fait de A. SA. Cette question doit être examinée en premier.

4.F.:

a) Si l'administrateur désigné à cette charge en assume la responsabilité quand bien même il ne serait en réalité qu'un homme de paille ou ne s'occuperait pas du tout de sa tâche (Corboz, op. cit. art.754 N.4), à l'inverse le législateur a voulu rendre responsable non seulement ceux qui assument une mission par le titre qu'ils portent, mais aussi ceux qui, sans porter de titre, exercent la fonction dans les faits. Pour qu'une personne soit reconnue comme administrateur de fait, il faut qu'elle ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décisions apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été en situation d'empêcher la survenance du dommage. La notion d'organe de fait permet de tenir pour responsable celui qui tire les ficelles en coulisse. Il peut s'agir par exemple de l'actionnaire principal qui dirige en réalité sa société, sans apparaître comme administrateur (Corboz, op. cit., art.754 N.1, 6-8, et la référence à ATF132 III 523cons.4.5).

b) Bien qu'il s'en défende, F. a joué un rôle dans le développement de la société qui le fait apparaître comme organe de fait.

Le témoin M., employé au Bateau pour le compte de A. SA :

"On m'avait engagé comme gérant puisque j'étais titulaire de la patente, mais en réalité ce n'est pas moi qui dirigeais. La gestion se faisait par la fiduciaire B. qui tous les jours prélevait la recette. E. n'avait aussi aucun pouvoir de décision; toutes les instructions venaient des Etats-Unis de F., relayé par B."

J., confiseur et fournisseur de A. SA :

"On me demande de dire quel était selon moi le rôle de F.. Il régnait en seigneur sur la société, tant que cela allait bien, puis il montrait de la morosité quand elle a commencé à fumer de partout. Il faut dire que F. a toujours fait comme cela, en mettant un paravent devant lui. Je pense ainsi que ce paravent était B., qui était le comptable, qui tenait les comptes et qui devait savoir où il allait, en principe () D'après ce que j'avais compris, c'est clairement F. qui s'occupait des finances, et d'ailleurs toutes les données partaient aux États-Unis. Il y avait une personne sur place qui passait les écritures () On me demande si je sais qui a organisé cette structure formée de 3 établissements publics. Selon moi, c'est LPR ou ICR. En clair, derrière le paravent qu'est B., il y avait toujours F.. Si M. E. était le

manager, il devait toujours s'en référer à F.. C'était en quelque sorte sa ligne directe".

K., qui a travaillé entre 1992 et 1999 pour A. SA avec la fonction de maître d'hôtel et de directeur :

"Si j'avais des problèmes dans mon activité, c'est à F. que je m'adressais. On peut dire que c'est lui gérait, et aussi qui administrait".

L., restauratrice venue du restaurant Y. pour passer à l'hôtel-restaurant Z. au moment où il a été repris par M. E. le 18 mai 2000 :

"Je m'étais adressée à lui [F.], parce que c'est lui qui s'était présenté à tout le personnel comme le grand patron de la A. SA. Il nous avait aussi présenté M. E. comme son bras droit pour diriger toute la LPR ()".

Ce témoin, qui a relu et confirmé sa déposition faite le 27 septembre 2004 devant le juge d'instruction, avait alors déclaré :

"Je suis rentré dans la société A. SA en tant que gérante de l'hôtel-restaurant Z. à Neuchâtel le 18 mai 2000, étant liée à A. SA par un contrat de travail. Durant l'été 2000, un fournisseur m'a téléphoné, m'informant qu'il ne livrerait plus que contre paiement comptant. J'ai alors téléphoné à M. E. pour m'informer. Après ce contact téléphonique, j'ai interpellé directement F. aux Etats-Unis en lui disant de venir; sinon, je fermerais l'établissement avec effet immédiat. F. est arrivé 2 jours après mon coup de fil. Dès son arrivée, F. a contrôlé l'exploitation de Z. ()".

N., embauchée le 14 mars 2000 pour assurer les tâches de secrétariat de marketing et de gestion du personnel (mémoire) :

"A l'époque, j'avais été très étonnée de constater que seules les écritures étaient entrées sur l'ordinateur par O., celui-ci se plaignant régulièrement de ne pouvoir ni vérifier ni surtout corriger ces erreurs, la gestion proprement dite étant faite par F. depuis les USA. Fin mai, O. est tombé gravement malade et très vite nous avons compris qu'il ne reviendrait pas travailler. F. est alors arrivé mi-juin pour tout l'été, avec le but de réorganiser le secrétariat et l'administration depuis l'absence de O. (). Pour ce qui est des comptes CCP et banques, c'est F. qui les vérifiait, étant seulement chargée de lui retrouver les pièces correspondantes".

P., chef de cuisine licencié pour le 31 décembre 2000, écrivait au directeur E. le 27 décembre 2000 :

"La gestion de l'entreprise se faisait depuis les Etats-Unis, où F. séjourne environ 9 mois par an. De ce fait, nous n'avions ni accès aux documents ni d'informations concernant les chiffres de l'entreprise. A plusieurs reprises, F. m'a parlé concernant la marche de l'entreprise. Il m'a toujours dit qu'il s'occupait de la gestion et que ma tâche était de faire la cuisine et de bien surveiller les achats qu'il trouvait toujours trop élevés, de même que les charges salariales".

Q., décorateur d'intérieur, s'est occupé de la rénovation du restaurant Y., à une date qui était peut-être en 2003 et qu'il lui a été difficile de situer à cause d'un accident cérébral :

"Ces travaux m'avaient été confiés par M. E., avec l'assentiment de F., assentiment tacite à tout le moins, parce que je ne me souviens pas qu'il m'ait dit "je te confie ces travaux". Mais il faut bien dire que c'est lui qui a le dernier mot".

c) Si les défendeurs désignent E. comme administrateur de fait de A. SA, cela n'empêche pas F. d'avoir assumé ce rôle. Comme il l'a admis lors de son interrogatoire du 13 octobre 2005 devant le juge d'instruction; il a créé la société A. SA en 1987 non pas comme "principal investisseur", mais "avec deux associés, R. et S., chacun pour un tiers, le capital de la société étant de 60'000 francs. Après deux ou trois ans d'exploitation, S. est tombé malade et nous avons stoppé l'exploitation. A ce moment-là, ils m'ont cédé leurs parts et je me suis trouvé seul propriétaire à titre personnel () Le 1er janvier 1995, j'ai commencé à établir la comptabilité; jusqu'en 1998, j'ai aussi établi les décomptes de charges sociales ou les ai contrôlés moi-même. J'ai donc agi en tant qu'administrateur de fait () J'ai retiré mes papiers à la commune d'Auvernier en 1999. Pour cette raison, j'ai vendu mes biens en Suisse, et en particulier les actions de LPR à T. SA, à Zoug ; j'indique à propos de cette société qu'il s'agit d'un ■trust familial■, mon épouse et mes enfants étant propriétaires des actions, moi-même à 24%. J'ai un administrateur unique pour cette société, U., domicilié à [], mais je dirige en fait cette société () A ce moment-là [fin mars 2000], je ne pouvais pas venir en Suisse. B. a alors envoyé M. E. en Floride; l'on s'adressait ainsi à moi, non pas en tant que décideur, mais en tant que seul ressource possible de financement. Je souligne que depuis le 1er janvier 2000, je n'ai plus du tout décidé de quelque investissement que ce soit ni pris quelque décision que ce soit concernant la LPR, que ce soit au niveau de la gestion du personnel, des achats et de son administration en général (). En mai 2000, O. tombe gravement malade et ne peut plus assumer sa fonction. A ce moment-là, j'étais le seul à connaître le programme de la comptabilité utilisé par O.. L'administrateur B. me demande si je peux reprendre la comptabilité puisque j'en avais la charge auparavant. J'accepte. C'était très difficile, à distance, d'établir cette comptabilité, voire impossible. En juin 2000, je viens en Suisse et j'introduis un nouveau système informatique de gestion et d'exploitation qui avait l'avantage inconnu de E. de procurer des audits sur les modifications des opérations effacées (). Ce système m'a permis de contrôler à distance quotidiennement toutes les opérations depuis fin juin 2000. A fin juillet 2000, je pouvais prouver que des factures avaient été détournées pour environ pour 120'000 francs pour un mois. Au début d'août 2000, nous décidons, c'est-à-dire que B. décide, après m'avoir consulté, puisque je détenais l'information, d'enlever la signature individuelle à M. E." ().

On déduit également la qualité d'administrateur de fait de F. de ses propres allégués ■ qui sont les mêmes pour tous les défendeurs ■ en procédure. Ainsi il invoque la perte de tout contrôle de la société, par lui-même et B., dès le 1er janvier 2000, "date à partir de laquelle M.E. a pris les décisions absolument seul avec signature individuelle auprès de la banque cantonale neuchâteloise bien que son inscription au registre du commerce n'ait été accomplie que le 28 août 2000". Auparavant, il avait accepté le licenciement de K., alors directeur, parce que M. E. l'avait exigé. A l'époque où M. E. dirigeait l'établissement à 100 %, il a demandé à recevoir les comptes du premier trimestre 2000, ce qui a été fait. Il dépose plainte pénale au vu du chiffre d'affaires qui avait explosé et parce qu'il a pensé que les pertes enregistrées provenaient de coulage et de recettes non comptabilisées, c'est-à-dire d'argent détourné. Il décide de venir en Suisse pour introduire dans l'entreprise un programme de gestion et d'exploitation qui lui procure des audits et lui permet notamment de détecter les modifications d'éventuelles opérations effacées (all.94). Il représente A. SA, aux côtés de son administrateur B., lorsque la société dépose une plainte pénale le 22 décembre 2000. En fait, seule une personne qui administre la société agit de la sorte.

La relation - le rapport de force - entre les administrateurs B. et F. est à cet égard révélée aussi par le courrier adressé le 9 octobre 2000 par l'administrateur B. aux actionnaires de la société que sont à parts égales F. ■ ou plus exactement le trust familial T. SA - et E.:

"Au vu de la situation financière de la société et la perte provisoire au 31 juillet 2000 qui m'a été communiquée fin août 2000 par M. F. qui tient la comptabilité et gère financièrement la société, je me vois dans l'obligation de préciser ce qui suit :

- le nouveau système comptable déterminé par M. R. F. a pris beaucoup de temps pour être mis en place et a demandé de nombreux ajustements. De ce fait, il m'a été impossible d'avoir une situation avant le mois d'août 2000 ()" (CC.2005.46).

En réponse à cet avis, l'actionnaire E. répondra à l'administrateur, le 17 octobre 2000 (CC.2005.46) :

"Depuis le début de l'année 2000, je n'ai cessé de réclamer la délivrance des comptes, malheureusement sans aucun résultat () Je vous prie de bien vouloir me donner, dans les plus brefs délais, tous les renseignements utiles et nécessaires quant aux comptes de la société même si vous indiquez que M. F. tient la comptabilité et gère financièrement A. SA. Vous conviendrez, en ma qualité d'actionnaire de la société, que j'ai un droit à être renseigné sur la marche des affaires".

d) Au vu de l'interprétation donnée à l'expression "toutes les personnes qui s'occupent de la gestion" de l'article 754 al.1 CO (voir cons.4a ci-dessus), et au vu des témoignages recueillis dans la présente procédure comme aussi dans la procédure pénale en cours, il y a lieu d'admettre que F., même domicilié aux Etats-Unis, avait le statut d'un organe de fait de A. SA. Peu importe à cet égard que l'administrateur inscrit au registre du commerce ait ou non assumé son rôle d'administrateur unique ou que le directeur E. ait également assumé une part dans la gestion de la société. Dans les faits, le rôle ■ ou les omissions - des premiers n'exclut pas celui du défendeur F..

5.Le dommage:

a) Tous les demandeurs réclament réparation du dommage indirect qu'ils ont subi, en relevant d'une part que la société anonyme était surendettée et tombait sous le coup de l'article 725 al.2 CO bien avant l'avis au juge du 1er mai 2001, d'autre part que le dommage est égal pour chacun d'eux au montant de l'acte de défaut de biens qui leur a été délivré le 26 novembre 2004. Trois des demandeurs (Fournisseur [3], Fournisseur [4] et Fournisseur [5]) font en outre valoir un dommage direct, sans pour autant réclamer davantage que le montant de l'acte de défaut de biens qu'ils ont reçu.

On l'a vu ci-dessus, il n'est pas utile de distinguer entre le dommage direct et le dommage indirect (cons.2). En revanche les demandeurs doivent établir que le découvert ■ qui correspond aux 56 actes de défaut de biens délivrés pour un total de 1'149'236.42 francs (rapport de clôture de l'office des faillites) - aurait été moins important, à l'instar du surendettement, si l'avis au sens de l'article 725 al.2 CO avait été donné plus rapidement. Les demandeurs ont limité leur prétention au montant des actes de défaut de biens qui leur ont été délivrés, si bien que la preuve du dommage n'a pas à porter sur un montant supérieur à la valeur litigieuse globale de 213'013,85 francs.

Le découvert résultant du rapport de l'office des faillites au juge, totalisant 1'149'236.42 francs, n'est pas contesté, pas plus que le montant des actes de défaut de biens délivrés. Pour pouvoir retenir que le montant du dommage atteint celui de la valeur

litigieuse, il faut que l'éventuel retard de l'avis au juge ait eu pour conséquence d'aggraver le surendettement d'un montant au moins égal à celui de la valeur litigieuse.

b) Le "rapport sur l'analyse sommaire des comptes" établi le 29 novembre 2002 par la Société Fiduciaire V. SA retient que, sur la base des résultats d'exercices, ■l'exploitation de la société est constamment déficitaire depuis 1995■(ch.3.5, p.29-30 et note 4). Sur la base des comptes révisés (■audités■) pour 1995 à 1998, des comptes non révisés pour 1999 et d'une évaluation au 31 juillet 2000 effectuée par V. SA SA, la perte reportée passe de 21'404 francs au 31 décembre 1995, à 165'617 francs au 31 décembre 1996, 215'699 francs au 31 décembre 1997, 316'512 francs au 31 décembre 1998, 416'093 francs au 31 décembre 1999 et 601'601 francs au 31 juillet 2000 (p.29). Pour les périodes correspondantes, le rapport mentionne un surendettementcomptablede 105'617 francs au 31 décembre 1995 qui augmente chaque année et atteint 331'601 francs au 31 décembre 1999, puis 1'301'601 francs au 31 juillet 2000. En tenant compte de la créance post-posée par F. (150'000 francs au 31 décembre 1995, 200'000 francs au 31 décembre 1996 puis 482'025 francs dès le 31 décembre 1997), le surendettement s'est réduit d'autant et a permis d'éviter l'avis au juge jusqu'au bouclage de l'exercice 1998. Dès le bouclage provisoire au 31 décembre 1999 en revanche, et compte tenu de deux rectifications au bilan qui aggravent le passif de 170'000 francs, ■la postposition n'était plus suffisante pour éviter l'avis au juge■, vu le surendettement de 19'576 francs (rapport précité, p.31in fine). En tous les cas au 31 juillet 2000, soit au moment où les premières factures des créanciers n'étaient plus honorées, la perte reportée était de 601'601 francs et la perte de l'exercice de l'ordre de 800'000 francs; par rapport au capital action de 100'000 francs et après déduction de la créance post-posée de 482'025 francs, le surendettement représentait 819'576 francs. L'évaluation de la perte provisoire de 800'000 francs, retenue dans le rapport V. SA, découle directement du courrier du 9 octobre 2000 de l'administrateur aux actionnaires de A. SA (CC.2005.46). Les défendeurs doivent se laisser opposer cette évaluation puisqu'elle émane de deux d'entre eux (voir cons.4cin fine, ci-dessus).

c) Certes, les défendeurs font encore valoir que le rapport V. SA n'est pas fiable, qu'il est incomplet, mal documenté, partial et finalement non relevant. A tort.

On l'a vu, les défendeurs ont tenté de faire éliminer ce rapport du dossier de la procédure (litt.C ci-dessus). Ils ont dû ultérieurement y renoncer tout en maintenant leurs critiques (courrier du 4 septembre 2007). Pour contester utilement ce rapport, il leur appartenait d'apporter la preuve des critiques qu'ils lui font, d'autant que les demandeurs s'y réfèrent en le tenant au contraire pour valable. Les défendeurs le sachant, il leur incombait d'administrer la preuve de leurs allégués, soit - en résumé - leur bonne administration de la SA et la non-tardiveté du dépôt de bilan (voir entre autres les allégués 40, 44 à 46, 52 et 57 de la réponse), notamment en mettant en oeuvre l'expertise qu'ils proposaient comme moyen de preuve dans leurs mémoires introductifs d'instances. Ils y ont ainsi renoncé en connaissance de cause. La Cour de céans ne voit pas de raisons suffisantes (art.219 et 224 CPC) de s'écarter des constatations résultant du rapport V. SA, du moins dans ses grandes lignes et pour les ordres de grandeurs qu'il établit. L'audition d'un des auteurs (le témoin W.), qui a confirmé ledit rapport et son complément, ne conduit pas à infléchir cette appréciation du rapport. En tous les cas, les défendeurs ont renoncé en pleine connaissance de cause à solliciter la mise en ■uvre d'une expertise comptable, alors qu'ils savaient, par exemple, que le témoin est le beau-frère de l'administrateur d'une des demanderesses, ce fait étant inconnu du témoin au moment où le mandat lui était confié par la commission de

surveillance des créanciers de la faillite de A. SA.

d) En comparant le surendettement estimé par V. SA SA à 819'576 francs au 31 juillet 2000 à celui de 19'576 francs au 31 décembre 1999, l'aggravation saute aux yeux : même après déduction de la créance post-posée de 482'025 francs (le surendettement comptable serait de 1'301'601 francs si l'on ne tient pas compte de cette post-position), l'endettement s'aggrave de 800'000 francs en l'espace de 8 mois (janvier à juillet 2000).

Le surendettement, au 31 juillet 2000, dépassait, et de loin, le total des créances des demandeurs, si bien que la condition de l'existence d'un dommage est réalisée.

e) Ainsi, quelle que soit la qualification que l'on donne à la créance post-posée, le surendettement est clairement avéré avec ou sans les "quasi fonds propres" (CR-CO-Peter/Cavadini, art.725 N.31ss et 52). En l'espèce, et comme dans l'exemple que rappelle Chenux (op.cit. N.53 et la référence à l'arrêt du TF du 12.12.2006 [4C.182/2006]), la preuve est faite de l'existence du dommage indirect subi par les demandeurs, dommage qui représente 18% du total du découvert de la faillite et 26% de l'aggravation de l'endettement survenue entre janvier et juillet 2000, étant précisé que ce calcul du dommage met les défendeurs au bénéfice de la déduction de la créance post-posée (Chenux, op.cit. N.54 à 58 et la référence à l'arrêt du TF du 25.05.2007 [4C.58/2007]).

6. Le devoir et sa violation:

a) Entre autres reproches adressés aux quatre défendeurs, celui d'avoir tardivement déposé le bilan et avisé le juge au sens de l'article 725 al.2 CO mérite d'être examiné en priorité. S'il est établi, il suffira à admettre les actions contre les administrateurs. Quant aux réviseurs, deux des demandeurs leur reprochent de n'avoir pas établi tous les rapports de révisions, de les avoir établis tardivement ou de manière défectueuse, ou encore de n'avoir pas rendu attentifs les administrateurs au surendettement de la société, voire de n'avoir pas eux-mêmes avisé à temps le juge au sens de l'article 729b al.2a CO, ce qui a conduit à une aggravation de l'insolvabilité. Ces griefs contre les réviseurs seront examinés au considérant 9 ci-après.

b) Les membres du conseil d'administration de même que les tiers qui s'occupent de la gestion exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société (art.717 al.1 CO). Ils ont en particulier le devoir d'établir ou de faire établir les comptes annuels (art.662 al.1 CO), de les soumettre à révision (art.728 al.2a CO) et de convoquer l'assemblée générale dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice, notamment pour lui soumettre les comptes (art.699 al.2 et 698 al.2 ch.3 CO). Ils ont aussi le devoir d'aviser, en principe, le juge lorsque les dettes sociales ne sont plus couvertes (art.725 al.2 CO). L'administrateur ne peut se libérer de ses obligations au motif qu'il n'avait pas assez de temps à disposition ou qu'il n'avait pas les connaissances professionnelles nécessaires (arrêt du TF du 13.10.2003 [4C.192/2003], cons.3.3). En principe tout retard dans l'avis au juge sera retenu comme une faute dont l'administrateur répond (TF du 18.03.2002 [4P.305/2001], cons.2d, cité par Corboz, CR-CO, art.754 N.50).

c) C'est sur la base d'une situation comptable au 31 décembre 1999 que l'avis au juge a été donné le 1er mai 2001. Entre temps, soit au 31 juillet 2000, l'administrateur B. a eu connaissance d'une perte provisoire de 800'000 francs environ pour l'exercice allant du 1er janvier au 31 juillet 2000, grâce au système comptable déterminé et mis en place par F. lorsqu'il était venu en Suisse en juin 2000. Après avoir communiqué par fax cette information aux actionnaires F. et E. et n'avoir obtenu aucune réaction, il a temporisé

jusqu'au 9 octobre 2000 pour leur demander un apport de fond de 600'000 francs et l'obtention d'une situation comptable au 30 septembre 2000 et, à défaut, pour annoncer qu'il aviserait l'organe de révision aux fins de déterminer si la société était en surendettement (art. 725 CO), "auquel cas, je devrai immédiatement aviser le juge" (lettre du 9 octobre 2000 aux actionnaires, CC.2005.46). Cette manière de réagir est à l'évidence fautive, au regard de l'obligation claire définie à l'article 725 al. 2 CO. La constatation du surendettement de la société était faite ■ ou à tout le moins possible - en juillet 2000. Rien ne justifiait d'envisager d'abord d'autres démarches, prioritairement à l'avis au juge, telles que des propositions de restructuration, d'apports de fonds par les actionnaires, des arrangements extra-judiciaires avec les créanciers ou encore la détermination avec l'organe de révision d'un éventuel surendettement de la société ! Ce sont pourtant deux de ces démarches que l'administration de A. SA a entreprises d'abord ■ et encore plusieurs mois après qu'elle a eu connaissance du surendettement -, soit la démarche du 9 octobre 2000 auprès des actionnaires, puis la proposition du 14 novembre 2000 aux créanciers d'un abandon partiel de créance (sous la forme d'un arrangement extrajudiciaire, CC.2005.46, D.3/15 et 5). Non contente de ces deux démarches, l'administration de A. SA a encore pris le temps de vendre à la gérante L. le fond de commerce de l'hôtel-restaurant Z. le 9 novembre 2000, puis à son gérant Halimi le fond de commerce du restaurant Y. le 11 novembre 2000. Le 9 novembre 2000 également, en même temps que la vente du Marché, A. SA vendait à E. le fond de commerce de A. SA. Ce reprenant signait le même jour une reconnaissance de dette de 300'000 francs envers CPS Gestion, avec l'explication en préambule que "la période d'exploitation se solde par une perte globale d'environ 1,5 millions de francs. En conséquence, CPS se voit dans l'obligation de postposer ses créances envers A. SA. E. participe à cette perte à hauteur de 300'000 francs". A. SA, représentée par B. et F. (voir cons.4c), déposera encore plainte pénale le 22 décembre 2000, notamment contre E., avant que la décision ne soit enfin prise de déposer le bilan et de faire l'avis au juge, le 1er mai 2001.

Or, l'urgence de procéder à l'avis au juge s'imposait d'autant plus que les affaires de la société étaient déficitaires depuis plusieurs exercices et que les conditions de l'article 725 al. 1 CO étaient réalisées depuis 1995 au moins, soit à tout le moins depuis que F. en a repris la comptabilité (voir cons.4 lit. c ci-dessus). C'est dire que, la moitié du capital-actions et des réserves étant inférieure depuis lors au résultat, respectivement à la perte reportée, la société se trouvait en perte de capital depuis plusieurs années. Une telle situation doit engager les membres ■ de fait ou de droit ■ du conseil d'administration à une plus grande vigilance, puisqu'une situation de perte de capital peut se dégrader rapidement vers un surendettement lorsque, comme ici, les exercices déficitaires se succèdent. En l'espèce, non seulement ils n'ont pas proposé les mesures d'assainissement imposées par l'article 725 al.1 CO lorsque la situation l'exigeait déjà, soit dès 1995, mais ils ont envisagé de telles mesures alors que la société avait depuis longtemps dépassé le stade de la perte de capital et se trouvait dans une situation de surendettement de l'article 725 al.2 CO.

Par ailleurs, un examen comptable même sommaire démontre que dès la même année 1995, le surendettement de l'article 725 al.2 CO n'a pu être évité que moyennant la post-position de la créance de F. Dans une telle situation, les administrateurs ne pouvaient que prendre conscience ■ sans même disposer de données chiffrées précises ■ que la non-augmentation du poste ■ créances post-posées ■ alors que les exercices déficitaires se

répétaient conduisait mathématiquement et inéluctablement au surendettement. C'est ainsi bien un avis immédiat au juge et aucune autre mesure qui devait être prise dès le début du deuxième semestre 2000.

7. La faute:

Cette violation de leur devoir doit être retenue comme une faute des administrateurs. Dire si cette faute ■ ce retard ■ est intentionnelle ou relève de la négligence est difficile à établir car les défendeurs nient toute faute et veulent voir dans le comportement de leur directeur E. la seule cause de la débâcle. Outre que l'administration est responsable de déposer le bilan, elle a aussi le devoir de désigner le directeur qu'elle veut, de l'instruire puis de contrôler son activité, voire de le révoquer au besoin.

Toutes les démarches entreprises depuis la fin juillet 2000 jusqu'à fin décembre 2000 ne justifient d'aucune manière le retard à déposer l'avis de surendettement. Ceci vaut d'autant plus lorsque l'on sait, comme on l'a vu, que la société était en perte de capital depuis plusieurs années, situation qui imposait déjà des mesures d'assainissement et une attention accrue sur l'évolution comptable. L'administrateur aurait mieux fait de suivre sa première idée, telle qu'il l'admet en procédure : "A fin août 2000, l'administrateur de la société a songé à envisager rapidement le dépôt du bilan" (fait 96 de la duplique). En ne la suivant pas, il a permis à la société de continuer à s'endetter et, en particulier, aux cinq demandeurs de poursuivre des livraisons de marchandises qui n'ont pas été honorées, sinon d'un acte de défaut de biens. L'administrateur B. répond de cette violation de son devoir légal. Sa formation et son activité professionnelle de fiduciaire lui donnaient toutes les clefs pour savoir quelles étaient ses obligations. Il est néanmoins resté inactif ■ au sens de son obligation résultant de l'article 725 al.2 CO ■ entre juillet 2000 et le 1er mai 2001. S'il a accepté la charge d'administrateur unique à côté de F., en relation ou en concours avec lui, il assume les risques de cette situation autant que l'administrateur de fait. Juger autrement conduirait à admettre que l'administrateur officiel ■ éventuellement homme de paille ■ soit déclaré non responsable de sa gestion et que celui qui administre en fait la SA soit également dégagé d'une responsabilité au motif qu'il n'est pas inscrit au RC. On a vu (cons. 4a ci-dessus) que cette conception juridique serait fautive. De son côté, l'administrateur de fait F., qui avait pourtant constaté l'évolution financière de la société et qui a préféré suivre d'autres voies pour tenter d'y remédier, a participé à la violation de son devoir par l'administrateur officiel, s'il ne l'a pas directement inspiré dans cette violation.

8. Le lien de causalité:

a) On l'a vu plus haut (cons.5), le rapport V. SA établit qu'au 31 décembre 1999 déjà, un surendettement d'environ 20'000 francs existait, obligeant au dépôt de bilan. Ce surendettement était passé à 819'576 francs au 31 juillet 2000. Pour avoir tardé au vu de la situation comptable au 31 décembre 1999, mais plus encore après avoir constaté l'aggravation au 31 juillet 2000, les administrateurs ont indiscutablement commis une faute. Celle-ci devient incompréhensible et inexcusable lorsqu'ils attendent encore jusqu'au 1er mai 2001 pour se décider à déposer le bilan. Sans ces retards, les demandeurs n'auraient rien livré à A. SA et n'auraient pas subi de dommage, puisque A. SA ne serait pas restée dans le circuit économique (CR-CO ■ Peter/Cavadini, art.725 N.5). Le lien entre le retard des administrateurs et le dommage éprouvé par les demandeurs est ainsi patent, sans qu'il faille faire de plus longs développements.

Il n'est pas nécessaire de vérifier si les pertes enregistrées en août 2000 se sont encore accrues jusqu'au dépôt du bilan, ou si l'entier des pertes n'était pas déjà enregistré à cette date ; la reconnaissance de dette signée par E. le 9 novembre 2000 (D.15/6 pièce 52 : ■la période d'exploitation se solde par une perte globale d'environ 1,5 millions de francs■), de même que l'avis au juge du 1er mai 2001 (D.32 : ■au début de l'année 2001, l'administration de la société a constaté que la gestion avait conduit à un découvert catastrophique estimé à 1,5 millions de francs■) laissent supposer une aggravation. Peu importe, cependant : que toutes les pertes soient enregistrées en juillet 2000 ou que la situation s'aggrave encore par la suite, la perte constatée en juillet 2000 est suffisamment importante à elle seule pour provoquer le dommage que les demandeurs ont subi.

b) Au vu de ce qui précède, la Cour se dispensera d'examiner les autres devoirs dont les demandeurs reprochent la violation par les administrateurs. Tout au plus soulignera-t-elle que la révision des comptes clos au 31 décembre 1999 n'a pas été mise en ■uvre dans le délai légal (art.699 al.2 CO et 728 al.2a CO) et que l'établissement des comptes au 31 décembre 2000 est évidemment un autre devoir qui n'a pas été respecté. L'explication donnée au juge de la faillite lors du dépôt de bilan ne manque pas de surprendre ("En ce qui concerne les comptes au 31 décembre 2000, ils n'ont pas pu être établis car la plainte pénale des dirigeants de A. SA date du mois de décembre 2000 et l'ensemble des documents comptables ont été saisis pour les besoins de l'instruction pénale en janvier 2001", lettre du 3 mai 2001, D.32). Pour un peu, les "dirigeants de A. SA" (sic) reprocheraient à la justice pénale qu'ils ont eux-mêmes saisie de les avoir empêchés d'accomplir leur devoir légal de gérer la société, d'en établir les comptes et, finalement, d'adresser sans retard au juge de la faillite l'avis de surendettement. Cette explication ne gomme pas la responsabilité.

c) Au vu du lien de causalité naturelle et adéquate entre le retard flagrant à déposer le bilan et le dommage qui s'est ainsi accru, les demandes seront déclarées bien fondées en totalité, en tant qu'elles sont dirigées contre l'administrateur inscrit B. et contre l'administrateur de fait F..

9. Les réviseurs:

a) D. a été inscrit comme réviseur de A. SA jusqu'au 28 août 2000, date de sa radiation et de son remplacement par C.. Jusqu'à cette date, D. devait s'occuper de la vérification des comptes annuels, y compris assurément la révision des comptes au 31 décembre 1999. Dans cette mesure, il répond à l'égard de la société de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social du dommage qu'il leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs (art.755 al.1 CO). Les mêmes conditions générales que celles exposées plus haut pour les administrateurs doivent être réunies pour que sa responsabilité soit engagée (voir cons.3 ci-dessus). Outre les attributions ordinaires de révision prévues par les articles 728ss CO (dans leur teneur avant la modification entrée en vigueur le 1er janvier 2008), il faut citer la vérification du bilan intermédiaire dans la procédure de l'article 725 al.2 aCO (CR-COCorboz, art.755 N.2). Le réviseur assume un devoir de diligence en ce sens qu'il doit exécuter avec soin les tâches de révision que la loi, les statuts ou l'assemblée générale lui confient. C'est ainsi que le réviseur doit examiner avec soin les comptes soumis à sa vérification (Corboz, loc.cit. N.10). Le Tribunal fédéral retient que de manière générale, l'organe de révision n'est pas chargé de contrôler la gestion de la société et de rechercher systématiquement d'éventuelles irrégularités, mais que s'au cours de sa vérification, il constate des violations de la loi ou des statuts, il doit aviser par écrit le conseil d'administration et, dans les cas graves, également l'assemblée générale (ATF129 III

129cons.7.1).

b) En l'espèce, la situation est particulièrement confuse puisque, à compter de l'exercice clos le 31 décembre 1998, les comptes n'ont pas été révisés. Or les critiques du rapport V. SA relatives aux comptes portent sur des comptes non révisés (non audités) clos le 31 décembre 1999. Rien au dossier ne permet de retenir que D. aurait reçu avant mi-décembre 2000 les comptes 1999, comme il l'écrivait à l'administrateur B. le 11 avril 2002. On ne sait pas même s'il les a tout simplement reçus ; en tous les cas, les demandeurs ne le soutiennent pas. Dans ces circonstances, on ne peut pas lui reprocher d'avoir ignoré les irrégularités relevées dans le rapport V. SA pour les comptes en question.

En ce qui concerne les comptes antérieurs pour lesquels V. SA a disposé des rapports de révision de D. (exercices clos aux 31 décembre 1997 et 1998), l'incongruité qui les caractérise (usage du nouveau texte standard introduit par une directive de la Chambre fiduciaire suisse en décembre 2000, dont l'application était évidemment exclue dans des rapports antérieurs à l'année 2000, mais qui figure tout de même dans les rapports des comptes 1997 et 1998, délivrés le 9 avril 2002 pour remplacer ceux qui auraient été perdus antérieurement), n'a pas de portée dans la présente procédure. En effet les révisions pour ces années-là n'ont pas porté à conséquence sur les droits des créanciers demandeurs ; ces derniers ne le soutiennent d'ailleurs pas.

Certes, les demandeurs Fournisseur [1] et Fournisseur [2] font valoir que le réviseur aurait dû de lui-même aviser le juge du surendettement, comme l'article 729b al.2a CO (qui correspond matériellement à l'article 729c CO) lui en fait le devoir à certaines conditions. Cependant, les demandeurs n'ont pas allégué qu'en dehors des comptes qui lui ont été transmis, le réviseur C. aurait eu connaissance autrement de la situation comptable de la société et que cette connaissance l'aurait obligé d'aviser le juge. Faute d'allégués en ce sens, et plus encore de preuves, la responsabilité du réviseur Kähr n'est pas engagée. Les demandes ne sont pas fondées à son égard.

c) Comme le relève le rapport V. SA (p.5), "Les rapports relatifs aux exercices clos aux 31 décembre 1999 et 2000 n'ont jamais été établis". A cet égard, C., inscrit au registre du commerce en tant qu'organe de révision de la société dès le 28 août 2000, déclare dans un courrier du 3 septembre 2002 à l'office des faillites : "Il a été convenu d'entente avec l'administrateur, que je réviserai au début 2001 l'exercice 2000".

Dans le même rapport V. SA et au sujet des comptes 2000, les auteurs soulignent que "Pour 2000, à défaut de disposer d'un bilan ou d'une balance au 31 décembre, nous avons dû rassembler manuellement les soldes finaux des comptes du grand livre". Cette seule phrase conduit à constater que C. n'a jamais pu accomplir sa tâche de réviseur puisque, au terme de l'année au cours de laquelle il a été désigné à cette fonction, les comptes n'ont pas été établis. En pareilles circonstances, sa responsabilité n'a pas pu non plus être engagée. Les demandeurs ne soutiennent du reste pas que ce réviseur aurait su, par un autre biais que celui de la communication des comptes, que la société était surendettée et qu'il aurait dû pour ce motif adresser au juge l'avis obligatoire de l'article 729b al. 2 aCO. En tant qu'elles sont dirigées contre C., les demandes de Fournisseur [1] et de Fournisseur [2] ne sont pas fondées.

10. Les trois demandes sont dès lors admises dans leur intégralité quant aux montants en capital. Des intérêts à 5 % l'an sont réclamés, selon la demande de Fournisseur [1], dès le 9 mai 2001, jour du prononcé de la faillite, tandis que les autres demandeurs réclament des

intérêts à compter du dépôt de la demande. Dès l'instant où la demanderesse Fournisseur [1] se prévaut d'une violation des devoirs contractuels, et non d'une autre source de responsabilité (quoi qu'il en soit : CR-COCorboz, art.754 N.71), et qu'elle ne se prévaut pas d'une mise en demeure antérieure, elle a droit comme les autres à des intérêts à 5 % l'an dès le dépôt de sa demande, soit le 30 septembre 2004.

Les demandeurs concluent à la condamnation solidaire des défendeurs. Comme chacun d'eux est tenu pour le tout du dommage subi par chacun des demandeurs, sans qu'on doive distinguer une influence prépondérante de l'un ou de l'autre, ni une intervention limitée temporairement pour l'un ou l'autre, cette responsabilité solidaire est justifiée et sera retenue (art.759 CO).

11. Au vu du sort des trois causes, les défendeurs B. et F. devront en assumer les frais dans leur presque intégralité. Une part très réduite sera toutefois laissée à la charge des demandeurs Fournisseur [1] et Fournisseur [2], qui ont dirigé à tort leur action contre les deux réviseurs. Des dépens pleins seront alloués aux trois demandeurs Fournisseur [3], Fournisseur [4] et Fournisseur [5], et des dépens très légèrement réduits aux deux autres demandeurs. Après compensation, il n'y a pas lieu de condamner les demandeurs Fournisseur [1] et Fournisseur [2] à des dépens au mandataire commun de D. et C., puisqu'ils ont choisi le même mandataire que les deux autres défendeurs qui, pour leur part, succombent en totalité.

Par ces motifs, LA Ire COUR CIVILE

1. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [1] la somme de 40'633.65 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 septembre 2004.

2. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [2] la somme de 64'576.80 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 23 mars 2005.

3. Rejette les demandes de Fournisseur [1] et de Fournisseur [2] en tant qu'elles sont dirigées contre D. et C..

4. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [3] la somme de 47'935.20 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 mars 2005.

5. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [4] la somme de 51'381.95 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 mars 2005.

6. Condamne solidairement B. et F. à payer à Fournisseur [5] la somme de 8'486.25 francs, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 mars 2005.

7. Met les frais de la cause, arrêtés à 11'225.- francs et dont le détail s'établit comme suit :

- | | | |
|---|----------|--------|
| - frais avancés par Fournisseur [1] | 2'212.50 | francs |
| - frais avancés par Fournisseur [2] | 3'312.50 | francs |
| - frais avancés par Fournisseur [3], Fournisseur [4], Fournisseur [5] | 5'060.- | francs |
| - frais avancés par les défendeurs | 640.- | francs |

à raison de 9/10 à charge de B. et F., solidairement.

-de 1/20 à charge de Fournisseur [1]

-de 1/20 à charge de Fournisseur [2]

8. Condamne B. et F., solidairement, à verser une indemnité de dépens de

- 8'000 francs à Fournisseur [1]

- 9'000 francs à Fournisseur [2]

- 9'000 francs à Fournisseur [3], Fournisseur [4] et Fournisseur [5], solidairement

Neuchâtel, le 9 octobre 2009

F. Cession de droits

1 Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse. 1

2 Le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédent est versé à la masse.

3 Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention et qu'aucun d'eux n'en demande la cession, cette prétention peut être réalisée conformément à l'art. 256.2

1 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 16 déc. 1994, en vigueur depuis le 1er janv. 1997 (RO19951227; FF1991III 1). 2 Introduit par le ch. I de la LF du 16 déc. 1994, en vigueur depuis le 1er janv. 1997 (RO19951227; FF1991III 1).

III. Dans l'administration, la gestion et la liquidation

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 juillet 1992 (RO1992733 785; FF1983II 757).

IV. Dans la révision

1 Toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe, de la fondation ainsi que de l'augmentation ou de la réduction du capital-actions 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.

2 Si la vérification a été effectuée par un contrôle des finances des pouvoirs publics ou par un collaborateur de ceux-ci, la responsabilité en incombe à la collectivité publique concernée. La collectivité publique peut recourir contre les personnes ayant participé à la vérification selon les règles du droit public. 2

1 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 4 oct. 1991, en vigueur depuis le 1er juillet 1992 (RO1992733 785; FF1983II 757). 2 Introduit par le ch. I 3 de la LF du 16 déc. 2005 (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), en vigueur depuis le 1er janv. 2008 (RO200747914838; FF20022949, 20043745).

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