

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 214/2015

Arrêt du 8 septembre 2015

Ire Cour de droit civil

Composition
Mmes les Juges fédérales Kiss, Présidente, Klett et Hohl.
Greffier : M. Piaget.

Participants à la procédure
A._____, représenté par
Me Jean-Luc Addor,
recourant,

contre

1. B._____, représenté par
Me Stéphane Coudray,
2. C._____ & Cie, représentée par Me Philippe Pont,
intimés.

Objet
responsabilité des administrateurs et de l'organe
de révision, preuve du dommage (art. 8 CC et
art. 42 al. 2 CO).

recours contre le jugement du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour civile II, du 27 février 2015.

Faits :

A.
La société F._____ SA (ci-après: F._____), inscrite au registre du commerce le 26 août 2005 et dotée initialement d'un capital-actions de 250'000 fr., avait notamment pour but social l'exploitation, la location, l'achat et la vente d'affaires commerciales ou industrielles.

F._____ exploitait entre autres établissements publics la brasserie " xxx " à Sion, dont les locaux lui ont été remis à bail par son propriétaire, A._____, selon un contrat conclu le 5 avril 2006, pour la période du 1er mai 2006 au 31 avril 2016. Le loyer annuel se montait à 64'800 fr.

Le 29 juillet 2009, F._____ a adressé au Tribunal de district de Sion un avis de surendettement, tendant à l'octroi d'un sursis concordataire. Saisi de deux réquisitions de faillite déposées par un créancier social, le juge a prononcé la faillite de la société le 15 septembre 2009.

Le 26 mars 2010, l'Office des faillites a déposé l'état de collocation, dans lequel le bailleur était mentionné comme créancier gagiste, celui-ci disposant d'un droit de rétention sur le mobilier du " xxx ".

Dans une circulaire du 25 mai 2010 adressée aux créanciers sociaux, l'Office des faillites a indiqué qu'il n'existait pas d'autres actifs importants à réaliser que les marchandises et boissons en stock, ainsi que le mobilier de la brasserie, frappés d'un droit de rétention en faveur des créanciers gagistes, et évalués à 36'578 fr.

Le bailleur, admis à la faillite pour une somme de 204'918 fr., s'est vu céder, par décision de l'Office des faillites du 23 septembre 2010, les droits de la masse en faillite (en application de l'art. 260 LP) à l'encontre des organes de F._____.

Le tableau de distribution, établi par l'Office des faillites le 7 mars 2011, indiquait un total de créances de 1'629'866 fr.53. Entre le 5 et le 14 avril 2011, l'Office des faillites a délivré, pour cette somme, 70 actes de défaut de biens. Le bailleur a reçu un acte de défaut de biens après faillite pour le montant de 168'340 fr., après imputation des 36'578 fr. correspondant à la valeur du mobilier et des marchandises du "xxx" repris en nature par l'intéressé.

Le 11 mai 2011, le juge a prononcé la clôture de la faillite de la société.

B.

A._____ a introduit une action en responsabilité le 1er juin 2011, initialement contre D._____, E._____ (remplacé en cours de procédure par ses héritiers) et B._____ (tous trois ayant été, à des périodes différentes, administrateurs de la société), ainsi que contre l'organe de révision (C._____ & Cie SA).

Par jugement du 19 décembre 2013, le Juge I du district de Sion, après avoir constaté que A._____ et D._____ avait conclu une transaction, a admis l'action en responsabilité intentée contre les autres consorts (hoirs de E._____, B._____ et l'organe de révision) et condamné ceux-ci à payer au demandeur, solidairement entre eux, le montant de 200'000 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 23 novembre 2010, avec suite de frais et dépens.

Seuls B._____ et l'organe de révision ont appelé de ce jugement.

Par jugement du 27 février 2015, la Cour civile II du Tribunal cantonal valaisan a admis les appels des deux consorts et réformé la décision entreprise en ce sens que l'action en responsabilité menée contre eux est rejetée. Observant que le jugement de première instance était définitif pour les hoirs de feu E._____, elle a condamné la masse en faillite de la succession répudiée du défunt à payer à A._____ le montant de 200'000 fr., intérêts en sus.

C.

A._____ (ci-après: le recourant ou le demandeur) exerce un recours en matière civile contre le jugement du Tribunal cantonal valaisan. Il conclut à l'admission du recours et à ce que l'action en responsabilité soit admise, tant contre B._____ que contre l'organe de révision, et que ces deux consorts soient condamnés, avec le troisième (masse en faillite de la succession répudiée de feu E._____), à lui verser une indemnité de 200'000 fr., intérêts en sus, sous suite de frais et dépens. Il reproche à la cour cantonale d'avoir fait une application exagérément formaliste des dispositions relatives au fardeau de la preuve (art. 8 CC et art. 42 al. 2 CO).

Les intimés (ci-après également: les administrateurs et le réviseur) concluent au rejet du recours et la cour cantonale, qui renvoie aux considérants de son jugement du 27 février 2015, a déposé de brèves observations.

Considérant en droit :

1.

1.1. Interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions en paiement (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre un jugement final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par un tribunal supérieur statuant sur

recours (art. 75 LTF) dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours est en principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 46 al. 1 let. a, 48 al. 1 et 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi.

1.2. Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Il peut donc également être formé pour violation d'un droit constitutionnel (ATF 136 I 241 consid. 2.1 p. 247). Le Tribunal fédéral n'est pas lié par l'argumentation des parties (ATF 138 II 331 consid. 1.3 p. 336) et apprécie librement la portée juridique des faits; il s'en tient cependant d'ordinaire aux questions juridiques que la partie recourante soulève dans la motivation du recours (art. 42 al. 2 LTF; ATF 137 III 580 consid. 1.3 p. 584).

2.

2.1. Le Juge I du district de Sion a retenu la responsabilité des administrateurs et du réviseur. Pour calculer le dommage, il s'est fondé sur le montant de la perte au 31 décembre 2006 (soit 501'381 fr.) et sur celui de la perte au 31 décembre 2008 (soit 1'603'637 fr.70). Il a considéré que la différence entre ces deux chiffres (soit 1'102'256 fr.70 fr.), résultant du bilan établi à la valeur d'exploitation, constituait le dommage subi par les créanciers sociaux et qu'il convenait de donner suite aux conclusions du demandeur, qui avait demandé le versement de 200'000 fr. en sa faveur.

2.2. La Cour civile II du Tribunal cantonal valaisan considère, sous réserve de l'examen de l'ampleur du dommage imputé à l'administrateur et au réviseur, que les conditions de la responsabilité des deux organes (cf. art. 754 et 755 CO) sont réunies. Elle relève toutefois que la juridiction précédente, en s'appuyant sur les comptes disponibles établis aux valeurs d'exploitation (c'est-à-dire en vue de la poursuite de l'activité de la société) s'est écartée des critères posés par la jurisprudence pour déterminer le préjudice en cas de retard dans le prononcé de la faillite. Il convenait de déterminer, pour les divers postes comptables (aménagements, machines et installations des établissements publics exploités par la société, ...) les valeurs de liquidation au jour de la faillite et au moment où le conseil d'administration (cf. art. 725 al. 2 CO), respectivement l'organe de révision (cf. art. 729 al. 2 CO), auraient dû aviser le juge, puis de comparer les résultats. Le demandeur n'ayant pas apporté cette preuve, le dommage n'a pas été établi. La cour cantonale ajoute que l'on pouvait attendre du demandeur qu'il apporte la preuve (par le biais d'une expertise) et que, partant, il ne saurait en l'occurrence bénéficier d'une preuve facilitée (au sens de l'art. 42 al. 2 CO).

3.

3.1. Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir fait une application exagérément formaliste des dispositions relatives au fardeau de la preuve (art. 8 CC et art. 42 al. 2 CO). Il considère qu'il a prouvé le dommage causé par les omissions des organes (administrateurs et réviseur) de la société. Il reconnaît que les valeurs de liquidation et leur comparaison aux moments déterminants ne résultent pas de l'état de fait dressé par l'autorité cantonale, mais il estime que le dommage qu'il fait valoir en justice est très inférieur au dommage intégral (subi par la société) dont la cour cantonale a admis le principe, quelles que soient les valeurs retenues.

3.2. Dans la détermination du dommage causé à la société par les administrateurs et/ou les réviseurs en raison d'un avis tardif au juge (cf. art. 725 al. 2 et 729c CO), la théorie de la différence commande de comparer le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit.

3.2.1. Le dommage de la société consiste ainsi dans l'augmentation du découvert entre le moment où la faillite aurait été prononcée si le défendeur n'avait pas manqué à ses devoirs et le moment (impliquant une perte supérieure) où la faillite a effectivement été prononcée. On parle de " dommage de poursuite d'exploitation " (Fortführungsschaden) (ATF 136 III 322 consid. 3.2 p. 325; 132 III 342 consid. 2.3.3 p. 348).

Il ne suffit donc pas au demandeur de présenter l'évolution des fonds étrangers de la société faillie, en par-

ticulier en se fondant sur les créances admises à l'état de collocation (cf. ATF 136 III 322 consid. 3.3 p. 326; 132 III 342 consid. 2.3.3 p. 348; arrêts 4A 505/2007 du 8 février 2008 consid. 4.2.5; 4C 58/2007 du 25 mai 2007 consid. 4.3). L'ensemble des créances admises à l'état de collocation entré en force peut toutefois constituer un indice d'une détérioration de la situation, en particulier lorsque le dividende de faillite est déjà proche de 0% à la première date de comparaison (ATF 136 III 322 consid. 3.3).

3.2.2. Dans le calcul du dommage, seule la valeur de liquidation des biens entre en ligne de compte, puisque l'ouverture de la faillite entraîne la dissolution de la société (art. 736 ch. 3 CO) et sa liquidation en conformité des règles de la faillite (art. 740 al. 5 CO). La valeur de liquidation est déterminante non seulement pour fixer le montant du découvert à la date où la faillite a effectivement été prononcée, mais également pour fixer le montant du découvert à la date où la faillite aurait été prononcée si le défendeur n'avait pas manqué à ses devoirs. En effet, dans les deux cas, la valeur d'exploitation n'a plus aucune pertinence dans l'optique de la liquidation de la société (ATF 136 III 322 consid. 3.2.1 p. 325 s.; arrêt 4C.58/2007 déjà cité consid. 2.5).

La détermination de la valeur de liquidation permettra de faire émerger d'éventuelles réserves latentes, lesquelles ne sont pas prises en compte dans le calcul de la valeur d'exploitation (Peter/Cavadini, in Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, no 38 ad art. 725 CO; Peter Bökkli, Schweizer Aktienrecht, 4e éd. 2009, no 771 ad § 13).

3.2.3. Concrètement, le dommage peut être établi en comparant le dividende de faillite effectif avec celui qui aurait pu être obtenu en avisant le juge à temps (cf. Bökkli, op. cit., no 369a ad § 18 et les arrêts cités). Dans la plupart des cas, les demandeurs sollicitent toutefois des tribunaux de mandater un expert qui aura pour tâche d'établir les valeurs de liquidation aux deux moments déterminants (Thierry Luterbacher, Die Schadenminde-rungspflicht: unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, 2005, p. 112; Bökkli, op. cit., no 369a ad § 18).

Par ce biais, il est alors possible de dire si le dommage total (subi par la société) est au moins équivalent aux conclusions prises par le demandeur (cf. arrêt 4A 478/2008 du 16 décembre 2008 consid. 4.4).

3.3. Le demandeur qui exerce l'action sociale en réparation du dommage causé à la société elle-même (quand bien même il a choisi de se limiter au montant de son propre découvert) a la charge de démontrer l'aggravation de la situation financière de la société, soit d'établir, à la valeur de liquidation, l'état du patrimoine de cette société aux deux dates déterminantes.

Si le demandeur ne parvient pas à établir le dommage, le juge doit, en application de l'art. 8 CC (et de l'art. 42 al. 1 CO), statuer à son détriment (ATF 132 III 689 consid. 4.5 p. 701; 126 III 189 consid. 2b p. 191 s.).

L'art. 42 al. 2 CO prévoit que si le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement, en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette dernière disposition tend à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé; néanmoins, elle ne le libère pas de la charge de fournir au juge, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du dommage et qui permettent ou facilitent son estimation; elle n'accorde pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (ATF 130 III 360 consid. 5.1 p. 363 s.).

Si, dans les circonstances particulières de l'espèce, le demandeur n'a pas entièrement satisfait à son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation, l'une des conditions dont dépend l'application de l'art. 42 al. 2 CO n'est pas réalisée. Le demandeur est alors déchu du bénéfice de cette disposition; la preuve du dommage n'est pas apportée et, en conséquence, conformément au principe de l'art. 8 CC, le juge doit refuser la réparation (arrêts 4A 691/2014 du 1er avril 2015 consid. 6 et l'arrêt cité).

3.4.

3.4.1. En l'espèce, force est de constater que les valeurs de liquidation et leur comparaison aux deux moments

déterminants ne résultent pas de l'arrêt cantonal et que le demandeur (se limitant à soutenir que le dommage est réalisé " quelles que soient les valeurs retenues ") n'a fourni aucune allégation précise en ce sens, ce que le recourant concède lui-même (mémoire de recours p. 5). Le cas d'espèce diffère donc de celui examiné à l'ATF 136 III 322 puisque, dans ce précédent, le "dommage de poursuite d'exploitation " avait été allégué par le demandeur.

Si l'on peut observer, sur la base des constatations cantonales, que le dividende de faillite effectif est proche de 0%, le demandeur n'a fourni aucune indication sur le dividende hypothétique qui aurait été versé au jour où la faillite aurait dû être prononcée. Cela étant, il n'a pas fourni, en rapport avec la question des dividendes, un élément de fait que l'on pouvait attendre de lui, et il est déchu à cet égard du bénéfice de l'art. 42 al. 2 CO.

Le demandeur n'a pas non plus apporté la preuve du dommage au moyen d'une expertise. Il a certes, par l'intermédiaire de son premier avocat, requis une expertise le 16 mars 2012, mais cette offre de preuve, jugée tardive, a été déclarée irrecevable par décision du premier juge du 5 avril 2012 (jugement du Tribunal de Sion p. 7). Le nouveau mandataire du demandeur, constitué le 5 avril 2012, est revenu à la charge le 8 octobre 2012, requérant à son tour l'administration d'une expertise. Les parties adverses ayant conclu à l'irrecevabilité de la requête, l'avocat du demandeur l'a retirée et le Tribunal de Sion, par décision de classement du 26 octobre 2012, a déclaré l'incident sans objet (jugement du Tribunal de Sion p. 8).

3.4.2. Qu'une expertise n'ait pas été ordonnée ne serait toutefois, de l'avis du demandeur, pas décisif. L'exigence d'une telle preuve se révélerait, selon lui, totalement disproportionnée et arbitraire puisqu'il suffit d'observer le mouvement des liquidités entre 2006 et 2008, ainsi que l'aggravation de la dette durant cette même période, pour constater que le dommage causé par les administrateurs est largement supérieur au montant de 200'000 fr. qui fait l'objet de ses conclusions.

D'emblée, on observe que l'argument est sans consistance: l'évolution des dettes, si elle peut constituer un indice de l'aggravation de la situation financière de la société, ne permet pas à elle seule d'établir cette évolution négative.

Quant à la mention du problème de liquidités, elle ne lui est d'aucune aide. Le fait que la société ne disposait pas des liquidités nécessaires (pour payer ses dettes exigibles) révèle une insolvabilité, notion qui doit être distinguée de celle de surendettement (cf. ROLAND RUEDIN, Droit des sociétés, 2e éd. 2007, n. 1646 s. p. 299 s.).

3.4.3. Le demandeur fait grief aux juges cantonaux d'avoir fait preuve de formalisme excessif en exigeant encore une expertise. On est, selon lui, en droit d'attendre que les magistrats soient en mesure d'apprécier les éléments d'un dossier, même s'il s'agit de documents et de pièces comptables.

La critique tombe à faux. Il ne s'agit en l'occurrence pas de prendre simplement connaissance de diverses pièces versées au dossier, mais bien de reconstituer l'état du patrimoine de la société (donc également ses actifs), aux moments déterminants, selon sa valeur de liquidation, ce qui constitue une question de fait qui exige des connaissances spéciales, d'ordre technique (cf. arrêt 4A 84/2013 du 7 août 2013 consid. 2.1; sur le caractère technique d'une estimation à la valeur de liquidation: STEFAN WIRZ, Die Überschuldungsanzeige als Pflicht und Pflichtverletzung, 2015, n. 418 ss p. 160 ss). Il résulte certes des constatations cantonales (qui lient le Tribunal fédéral) que le bilan 2007 laissait encore apparaître 825'871 fr.19 d'actifs et que les fonds étrangers se montaient à 1'389'352 fr.52. A cet égard, l'organe de révision indiquait, en 2007, que " l'entier du capital-actions [était]absorbé " (arrêt entrepris p. 37). Mais, ce constat a été fait sur la base d'un bilan établi aux valeurs d'exploitation et il n'est a priori pas exclu que le dommage évalué correctement, soit sur la base de la valeur de liquidation tant au 31 décembre 2006 qu'au 31 décembre 2008, soit inférieur au montant des conclusions prises par le demandeur.

Le fait que le dossier contienne tous les documents et les pièces disponibles (pièces comptables, ...) ne joue au-

cun rôle; il n'en demeure pas moins que seul un expert pouvait, sur la base du dossier ainsi constitué, procéder à l'estimation à la valeur de liquidation, ce que la cour cantonale a d'ailleurs bien mis en évidence lorsqu'elle parle des "valeurs de liquidation à prêter aux divers postes comptables (par exemple pour les aménagements, machines et installations des établissements publics exploités par F._____, etc.)".

3.4.4. Le recourant considère qu'il "serait singulièrement contraire aux exigences les plus élémentaires de justice et d'équité" qu'il ne puisse pas obtenir l'indemnité réduite qu'il réclame alors que le préposé à l'Office des faillites a même envisagé le dépôt d'une dénonciation pénale contre les auteurs du (prétendu) dommage.

La critique est sans consistance. Le demandeur n'a pas apporté la preuve que l'on pouvait attendre de lui et, la charge de la preuve lui incombant, il doit en supporter l'échec. On ne voit pas en quoi les principes qu'il évoque pourraient avoir une incidence sur le cas d'espèce. A noter d'ailleurs que la thèse défendue par le demandeur aurait pour conséquence de faire dépendre le degré de la preuve du montant des conclusions, ce qui n'est pas admissible.

Il résulte des considérations qui précèdent que le demandeur n'a pas prouvé l'état du patrimoine de la société (à sa valeur de liquidation) au jour où la faillite aurait dû être prononcée. Il n'a donc pas apporté la preuve du dommage. N'ayant pas entièrement satisfait à son devoir de fournir les éléments utiles à l'estimation de celui-ci, le demandeur ne peut bénéficier de la preuve facilitée prévue par l'art. 42 al. 2 CO.

Faute de critiques du demandeur, il n'y a pas lieu d'examiner si le juge pouvait ou devait administrer d'office une expertise.

4.

Le recours formé contre les deux défendeurs doit être rejeté.

Les frais judiciaires et les dépens sont mis à la charge du recourant qui succombe (art. 64 al. 1 et 2 et 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 6'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le recourant versera à chacun des intimés le montant de 8'000 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour civile II.

Lausanne, le 8 septembre 2015

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss

Le Greffier : Piaget