

CASUS 1 - CORRIGE

1.- Sur les infractions pénales qui peuvent être retenues

- L'état de fait proposé ne permet pas de savoir ce que Georges de Malt a fait des montants qui lui ont été confiés par les investisseurs. Les qualifications d'abus de confiance, voire d'escroquerie (si Georges de Malt savait d'emblée qu'il n'investirait pas les fonds, mais les utiliserait à d'autres fins) doivent être envisagées.
- Gestion fautive (art. 165 et 172 CP); la gestion fautive est un délit spécial proprement dit. L'organe de révision peut se rendre coupable de gestion fautive en ne respectant pas ses propres obligations (ATF 127 IV 110). Dans les autres cas, son implication comme complice notamment doit être envisagée.
- Violation de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 et 172 CP).
- Avantages accordés à certains créanciers (art. 167 et 172 CP).
- Infraction 87 al. 4 LAVS et 76 al. 3 LPP (soit le fait de retenir des cotisations sociales sur le salaire des employés et de ne pas les verser à la caisse de compensation ou au fonds de prévoyance).

2.- Sur les fondements de l'action en responsabilité

L'action en responsabilité contre l'administrateur et l'organe de révision est fondée sur le comportement fautif de ces derniers, lesquels ont laissé s'appauvrir la société, de sorte que les créanciers ne parviennent pas à récupérer ou seulement de manière incomplète leurs prétentions envers celle-ci. Leur dommage est alors indirect, car découlant de l'insolvabilité de la société (ATF 131 III 306 c. 3.1.1; ATF 128 III 180 c.2c). Dans ce cas très fréquent, les manquements des organes causent en premier lieu un dommage à la société, le créancier n'étant lésé que *par ricochet*.

C'est seulement lorsque les manquements des organes entraînent l'insolvabilité de la société, puis sa faillite, que le créancier subit une perte qui constitue un dommage par ricochet (ATF 132 III 564).

La solution du présent casus n'est pas affectée par la modification du droit de la société anonyme entrée au 1^{er} janvier 2023. Le candidat attentif pourra relever ainsi que c'est notamment l'art. 725 aCO dans son ancienne teneur qui trouve application.

Dans le cas particulier, l'administrateur, lié à la société tant par son mandat es-qualité que par un contrat de travail, et l'organe de révision, ont accumulé ces manquements et ignoré les signaux d'alerte de plus en plus marqués.

Dans le cas de George de Malt, la carence était d'autant plus marquée qu'il cumulait le mandat d'administrateur avec un contrat de travail comme directeur. Si ce dernier contrat n'entraînait pas d'obligations plus étendues que le mandat, on doit en déduire qu'il suivait l'entreprise au quotidien et en connaissait parfaitement les difficultés.

Celui-ci a fait valoir son manque de temps et la complexité croissante des règles juridiques. Ne pas avoir le temps ou les compétences requises n'est pas une excuse pour le mandataire. Le métier de maçon ne prédispose pas forcément à l'administration de sociétés et vouloir cumuler les métiers de la construction et le conseil en gestion de fortune est une prise de

risque supplémentaire. Les difficultés rencontrées avec les autres entités qu'il administre auraient dû le rendre plus vigilant encore.

L'état de fait proposé ne permet pas de poser des dates précises, mais l'on comprend que la situation est devenue très compliquée au printemps 2019. La Fiduciaire 2M2 a donné le conseil judicieux d'établir un bilan intermédiaire, mais n'a pas tiré toutes les conclusions que cet exercice imposait.

En effet, conformément à l'art. 725 al. 2 aCO, ce bilan aurait dû être soumis à la vérification d'un réviseur agréé. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation – ce qui aurait très vraisemblablement le cas ici –, Georges de Malt aurait dû aviser le juge, en l'absence de toute postposition de créance

Au lieu de cela, le défendeur a préféré croire en les promesses d'un investisseur russe, sans aucune vérification ou garantie.

Georges de Malt a manifestement peu à peu perdu pied, n'ouvrant même plus le courrier et ne tenant plus de comptabilité, faute de moyens pour mandater quelqu'un à cette fin.

De façon paradoxale, celui-ci a cru trouver une planche de salut avec la pandémie du début de l'année 2020. En effet, l'Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus, en vigueur pour une durée de 6 mois au plus a modifié et allégé temporairement deux procédures : l'avis au juge en cas de surendettement vu plus haut et le sursis concordataire.

Mais, par définition, ces mesures ne s'appliquaient qu'aux situations générées par la pandémie et ne pouvaient pas être invoquées par des entreprises qui étaient en situation de surendettement au 31 décembre 2019 déjà, le bilan à cette date étant en principe déterminant. Si le surendettement était bien postérieur à cette date, il était présumé être dû à la pandémie, de manière qui ne pouvait pas être mise en cause. Le candidat dispose de cette Ordonnance, dont le texte ne pose pas de difficulté de compréhension.

Dans le cas d'espèce, Georges de Malt savait fort bien que les difficultés de son entreprise n'étaient pas imputables à la Covid-19. Il a néanmoins tenté cette procédure de façon hasardeuse et sans avoir pris conseil quant aux chances de la démarche. La fin inéluctable – le prononcé de la faillite – s'en est trouvé d'autant plus retardé.

La position de l'organe de révision au sens des art. 727ss aCO est différente. Celle-ci ne participe en principe pas à marche ordinaire de l'entreprise, mais intervient au travers de ses contrôles. Ce sont les constatations et recommandations qu'elles font à cette occasion qui peuvent l'amener à devoir réagir.

Cette obligation est codifiée tout particulièrement à l'art. 729c aCO, lequel prescrit sous le titre "Avis obligatoires" que *"Si la société est manifestement surendettée et que le conseil d'administration omet d'en aviser le juge, l'organe de révision avertit ce dernier"*.

Dans le cas d'espèce, il fait peu de doutes que l'organe de révision a failli à cette obligation dès l'été 2019 au moins. Ses représentants ont en effet dû constater que le bilan intermédiaire établi à la valeur d'exploitation était très inquiétant et que Georges de Walt n'avait ni entrepris de faire établir ce bilan à sa valeur de liquidation, ni donné avis au juge.

Que la Fiduciaire 2M2 Sàrl ait réduit ses prestations parce que ses notes d'honoraires n'étaient plus payées ne le libère pas de sa responsabilité.

3.- *Sur le dommage*

Le dommage se calcule sur la base de la tardiveté de l'avis de surendettement au juge, en calculant l'accroissement de celui au regard de la poursuite imprudente de l'exploitation (TF 4A_271/2016, 4A_373/2015).

La première date pour fixer la période déterminante est le moment où la faillite aurait été prononcée si l'administrateur n'avait pas manqué à ses devoirs. Cela présuppose d'établir le moment où l'administrateur avait des " *raisons sérieuses d'admettre que la société était surendettée* " (art. 725 al. 2 aCO). A partir de cette date et en fonction des circonstances concrètes, il faut alors déterminer (projection) la date à laquelle la faillite aurait été prononcée. Cette dernière date doit être distinguée du moment où l'administrateur est tenu de dresser le bilan intermédiaire au sens de l'art. 725 al. 2 CO et de la date à laquelle la société a commencé à être surendettée (TF 4A_611/2015 c. 3.3.1). La deuxième date déterminante est bien sûr celle du prononcé de la faillite.

Le candidat attentif relèvera que 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 aCO) 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 c. 3.2.1). En revanche, des réserves latentes peuvent apparaître dans l'exercice (TF 4A_214/2015 c. 3.2).

Le Tribunal fédéral a jugé que les créanciers lésés doivent requérir une expertise aux fins d'établir les valeurs de liquidation aux deux moments déterminants. Il n'incombe pas au juge de reconstituer l'état du patrimoine de la société, seul un expert disposant des connaissances techniques nécessaires (TF 4A_214/2015 c.3).