

Arrêt CV/18092013/2-MC de la Chambre civile virtuelle de la

Cour de Justice de la République et canton de Genève

du 20 septembre 2013

1. En fait

En date du 3 avril 2013, Risk Equity SAS, en liquidation judiciaire, société de droit français avec siège à Paris, agissant par son liquidateur, Me Roger Gex, liquidateur judiciaire, a déposé devant le tribunal civil, tribunal de première instance de la République et Canton de Genève, une demande en paiement dirigée conjointement et solidairement contre GF Réviseurs SA, ainsi que contre Monsieur Lloyd et Madame Lambert, concluant au paiement en sa faveur de 3 millions, avec intérêts à 5% dès le 2 avril 2012, et 500'000.-, avec intérêts à 8% à compter du 2 avril 2012. Risk Equity SAS conclut également à ce que la décision de faillite rendue par le tribunal de commerce de grande instance de Paris soit reconnue à titre préjudiciel.

A l'appui de ses conclusions, Risk Equity SAS explique que GF Réviseurs SA est l'organe de révision de la société Skaldata SA, dont Risk Equity SAS est actionnaire majoritaire. Monsieur Lloyd et Madame Lambert sont les deux administrateurs de Skaldata SA.

Lors de la dernière assemblée générale de Skaldata SA, Risk Equity SAS a appris que Skaldata SA se trouvait en situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO.

L'organe de révision, ainsi que les administrateurs de la société, ont expliqué aux actionnaires que depuis plusieurs années, Skaldata SA peinait à progresser sur le marché où elle est active, à savoir la fourniture l'entretien et la mise en location d'appareils médicaux.

À cette occasion, le conseil d'administration a reconnu qu'il avait probablement surestimé la possibilité de prendre des parts de marché.

Risk Equity SAS motive sa demande en particulier en expliquant qu'elle a participé en 2012 à une augmentation de capital, à hauteur de 3 millions de francs suisses, mis en confiance par les administrateurs de Skaldata SA, qui semblaient croire en l'existence d'un potentiel de croissance important de la société. Les fonds ont été virés sur le compte de consignation ad hoc en date du 2 avril 2012.

Il est précisé ici que Risk Equity SAS était à ce moment-là déjà actionnaire minoritaire de Skaldata SA. Risk Equity SAS a également accepté de prêter 500'000 Fr. à Skaldata SA. Il s'agissait d'un crédit-pont, remboursable au 31.12.2012, portant intérêt à 8%. Le montant du prêt a été également versé à la société le 2 avril 2012.

Risk Equity SAS est également d'avis que le réviseur, GF Réviseurs SA, aurait dû déjà lors de son examen de l'exercice 2011, relever qu'existaient certaines incertitudes en lien avec la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité sur les années à venir. Or, GF Réviseurs SA ne s'est jamais exprimé dans ses rapports de révision sur la viabilité à moyens et longs termes de Skaldata SA.

Risk Equity SAS estime avoir été trompée au moment de participer à l'augmentation du capital action. Les actions auxquelles Risk Equity SAS a souscrit vaudraient à ce jour 0.-. Risk Equity SAS

s'estime également lésée en qualité de créancier ; en effet, Skaldata SA a par courrier du 1^{er} février 2013, informé Risk Equity SAS qu'elle ne serait pas en mesure de rembourser le prêt consenti.

Par courrier du 23 avril 2013, le tribunal civil, tribunal de première instance de la République et Canton de Genève a imparti aux défendeurs un délai arrivant à échéance au 31 mai 2013 pour déposer leurs réponses.

GF Réviseurs SA, Monsieur Lloyd et Madame Lambert ont déposé une réponse commune, expédiée par la poste le 30 mai 2013, reçue le lendemain par le greffe. Les défendeurs précités ont annexé à la réponse un courrier au tribunal, lui demandant de ne statuer en l'état que sur la question de la qualité pour agir de Risk Equity SAS.

Dans leur réponse, les défendeurs font valoir que Risk Equity SAS n'aurait pas à la qualité pour agir, n'ayant pas fait reconnaître au préalable la décision de liquidation judiciaire en Suisse, avant d'ouvrir action. De l'avis des défendeurs, une reconnaissance à titre préjudiciel de la décision de liquidation judiciaire contreviendrait à l'ordre public et aux principes des articles 166 et suivants LDIP.

S'agissant des prétentions élevées par Risk Equity SAS, les défendeurs estimaient que Risk Equity SAS, en sa qualité d'actionnaire de Skaldata SA, n'a pas subi de dommage. De même, Risk Equity SAS, en sa qualité de créancier, n'aurait pas non plus subi de dommage, puisque si le prêt n'a pas été remboursé, il se pourrait qu'il le soit à moyen ou long terme.

Les défendeurs concluaient donc à l'irrecevabilité de la demande en paiement déposé par Risk Equity SAS, en liquidation, ainsi que, subsidiairement, à son déboutement au fond. Dans leurs conclusions, les défendeurs requièrent plus subsidiairement encore un second échange d'écriture, si par impossible le tribunal ne devait pas juger la demande irrecevable.

Par jugement JTPI 1981/2013 du 3 juin 2013, le tribunal civil, tribunal de première instance a rejeté la demande de Risk Equity SAS, en liquidation, la jugeant irrecevable et a condamné Risk Equity SAS, en liquidation, au paiement des frais de la procédure et à des dépens en faveur des défendeurs à hauteur de 15'000 Fr.

Risk Equity SAS a déposé auprès de la Cour de céans en date du 16 août 2013 un mémoire d'appel, concluant à l'annulation et à la réformation du jugement JTPI 1981/2013 entrepris, en ce sens que GF Réviseurs SA, ainsi que Monsieur Lloyd et Madame Lambert, soient condamnés au paiement en sa faveur de 3 mois, avec intérêts à 5% dès le 2 avril 2012, et 500'000.-, avec intérêts à 8% à compter du 2 avril 2012.

Risk Equity SAS explique en substance qu'à sa connaissance, au moment où elle a ouvert action, elle n'avait pas de créanciers en Suisse. Pour elle, rien ne s'opposait donc à ce que la décision de faillite française soit reconnue à titre préjudiciel, faute d'intérêts à protéger en Suisse. Risk Equity SAS est d'avis que la question est quoi qu'il en soit totalement théorique, dans la mesure où la procédure de liquidation judiciaire a été clôturée (clôture par extinction du passif). Elle produit comme moyen de preuve une copie certifiée conforme d'un jugement exécutoire du Tribunal de Commerce de Bobigny muni d'une Apostille confirmant le retour *in bonis* de Risk Equity SAS.

L'appelante maintient son argumentation sur le fond, à savoir que l'organe de révision aurait dû se prononcer sur la capacité de continuité d'exploitation de Skaldata SA, et que le conseil d'administration aurait dû agir plus prudemment, et demander une expertise externe, avant que de porter à l'ordre du jour de l'assemblée des actionnaires une augmentation de capital-actions de la société. Un fait nouveau est invoqué par Risk Equity SAS à l'appui de ses allégations relatives au dommage éprouvé, à savoir la faillite de Skaldata SA, prononcée le 1^{er} août 2013.

Dans leur réponse à l'appel, GF Réviseurs, M. Lloyd et Mme Lambert estiment que la qualité pour agir de Risk Equity SAS fait défaut. En effet, la faillite de Risk Equity SAS n'a pas été reconnue dans le cadre d'une procédure d'exequatur au sens des articles 166 et suivants LDIP. La reconnaissance de la décision de liquidation judiciaire à titre préjudiciel serait proscrite car contrevenant aux principes de protection des créanciers gagistes et des créanciers privilégiés suisses. Ils s'étonnent au passage que le tribunal de première instance n'ait pas tenu compte de leurs conclusions sollicitant un deuxième échange d'écriture sur le fond, et que le tribunal n'ait pas réagi à la suite de leur courrier demandant qu'il soit en premier lieu statué sur la question de la qualité pour agir. Selon eux, il importe peu que la procédure de liquidation judiciaire ait été clôturée et que Risk Equity soit désormais assainie.

S'agissant du fond, GF Réviseurs SA explique en substance que dans le cadre du contrôle ordinaire des comptes de Skaldata SA, il ne lui appartenait pas de s'assurer de la viabilité de l'entreprise. Les comptes ne présentaient par ailleurs aucune irrégularité. GF Réviseurs SA conclut au paiement en sa faveur de dépens à hauteur de 15'000 Fr.

Toujours sur le fond, M. Lloyd et Mme Lambert expliquent qu'en leur qualité de membres du conseil d'administration, ils doivent avant tout fidélité à la société, et qu'il ne lui appartient qu'en second lieu de prendre en compte les intérêts des actionnaires. En 2012, le conseil d'administration était persuadé que Skaldata SA était viable à long terme si elle disposait rapidement de liquidités. Les administrateurs admettent avoir été optimistes, mais indiquent s'être fondés sur des indicateurs fiables et objectifs. Leur responsabilité ne serait donc pas engagée.

Dans leurs mémoires d'appel et de réponse, les parties ne contestent pas l'établissement des faits tels qu'effectués par le tribunal de première instance, si bien qu'ils sont réputés être admis. La Cour de cassation statue donc sur l'état de fait tel que retenu par l'autorité précédente. Les faits nouveaux invoqués de part et d'autre ne sont pas non plus contestés.

1. En droit

En tout premier lieu, l'appelante reproche au tribunal de première instance de n'avoir pas statué à titre préjudiciel sur la reconnaissance de la liquidation judiciaire de Risk Equity SAS. Elle estime que rien ne s'opposait à cette reconnaissance à titre préjudiciel, spécialement dans la mesure où, à sa connaissance, aucun créancier ne pourrait prétendre à être colloqué dans le cadre d'une procédure de faillite ancillaire en Suisse.

Les intimés quant à eux n'expliquent pas en quoi le droit suisse, respectivement les intérêts de créanciers seraient bafoués de par la reconnaissance à titre préjudiciel de la décision française de liquidation judiciaire. En particulier, les intimés n'apportent à cet égard pas la preuve de l'existence de créanciers en Suisse de Risk Equity SAS, ce qu'ils auraient dû faire pour que leur argumentation soit recevable.

Il est par ailleurs de jurisprudence constante que la condition de réciprocité entre la Suisse et la France est remplie. Finalement, l'on ne voit pas en quoi l'ordre public suisse serait mis en péril du fait de la reconnaissance à titre préjudiciel de la procédure de liquidation judiciaire française de Risk Equity SAS, toujours pour les mêmes motifs, à savoir que l'existence de créanciers en Suisse n'a pas été établie par les intimés, et est peu probable.

Par conséquent, c'est à tort que le tribunal de première instance n'a pas reconnu à titre préjudiciel la décision de liquidation judiciaire française de Risk Equity SAS et a estimé que Risk Equity SAS, en liquidation, n'avait pas la qualité pour agir.

S'agissant du fond, il convient de distinguer entre les faits qui sont reprochés à GF Réviseurs SA, et ceux qui sont reprochés aux membres du conseil d'administration de Skaldata SA, à savoir Monsieur Lloyd et Madame Lambert.

En application de l'article 728 al. 1 CO, l'organe de révision vérifie si les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes de groupe sont conformes aux dispositions légales, au statut et au cadre de référence choisie ; il vérifie également si la proposition du conseil d'administration à l'assemblée générale concernant l'emploi du bénéfice est conforme aux dispositions légales et au statut ; il vérifie enfin s'il existe un système de contrôle interne.

En application de l'article 728b CO, l'organe de révision établit à l'intention du conseil d'administration un rapport détaillé contenant des constatations relatives à l'établissement des comptes, au système de contrôle interne ainsi qu'à l'exécution et aux résultats du contrôle. En application de l'alinéa deux, l'organe de révision établit à l'intention de l'assemblée générale un rapport écrit qui résume le résultat de la révision. Ce rapport contient un avis sur le résultat du contrôle, des indications attestant de l'indépendance de l'organe de révision, des indications sur la personne qui a dirigé la révision et sur ses qualifications professionnelles, ainsi qu'une recommandation d'approuver, avec ou sans réserve, les comptes annuels et les comptes de groupe, ou de les refuser.

En application de l'article 728c CO, si l'organe de révision constate des violations de la loi, des statuts ou du règlement d'organisation, il aura averti par écrit le conseil d'administration. L'organe de révision informe également l'assemblée générale lorsqu'il constate une violation de la loi ou des statuts si celle-ci est grave ou si le conseil d'administration omet de prendre des mesures adéquates après un avertissement écrit de l'organe de révision.

Dans le cadre du contrôle ordinaire, l'organe de révision doit procéder à une vérification dite positive (CR CO II, Peter/Cavadini/Dunant, n° 9 ad art. 728a CO). Autrement dit, les comptes doivent être effectivement vérifiés et s'avérer conformes aux dispositions légales et statutaires. Selon les mêmes auteurs, l'organe de révision n'est en principe pas habilité à formuler un jugement sur la situation financière de la société (CR CO II, Peter/Cavadini/Dunant, n° 13 ad art. 728a CO).

Il ne ressort nulle part de la loi ou de la doctrine que l'organe de révision doit se pencher sur l'appréciation du caractère plausible de la continuité de l'exploitation de l'entreprise qu'il révisé. Sur ce point, la demande de Risk Equity SAS, en liquidation, est mal fondée. Risk Equity SAS doit donc être déboutée de toutes ses conclusions contre GF Réviseurs SA.

Le conseil d'administration est, avec l'assemblée générale et l'organe de révision, l'un des trois organes ordinaires de la société anonyme (CR CO II, Peter/Cavadini, n° 1 ad art. 707 CO). En vertu du principe de parité, le conseil d'administration dispose de compétences intransmissibles et inaliénables (art. 716a al. 1 CO). Le conseil d'administration a en particulier la compétence pour exercer la haute direction de la société et pour établir les instructions nécessaires, pour fixer l'organisation, pour fixer les principes de la comptabilité du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société, pour nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion de la représentation, pour exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions, pour établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions, et pour informer le juge en cas de surendettement (art. 716a CO).

Le conseil d'administration a le devoir d'exercer ses attributions avec toute la diligence nécessaire (art. 717 al. 1 CO). Il doit veiller fidèlement aux intérêts de la société (art. 717 al. 1 *in fine* CO). S'agissant des rapports entre membres du conseil d'administration et actionnaire, la loi impose de traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation (art. 717 al. 2 CO).

Il convient de prêter une attention toute particulière au libellé de la note marginale à l'article 717 CO, qui s'intitule « devoir de diligence et de fidélité ». Il est en effet patent que l'article 717 CO concerne tant les rapports entre les membres du conseil d'administration et la société, que les rapports entre les membres du conseil d'administration et les actionnaires. Partant, et même si le texte légal peut paraître peu clair à cet égard, une interprétation littérale de la loi permet d'arriver à la conclusion que le conseil d'administration a également une obligation de fidélité vis-à-vis des actionnaires. L'on notera également qu'en application de l'article 709 CO, s'il y a plusieurs catégories d'actions en ce qui concerne le droit de vote ou les droits patrimoniaux, les statuts assurent à chacune d'elles l'élection d'un représentant au moins au conseil d'administration. Cette disposition ne peut être interprétée autrement que comme la volonté du législateur de s'assurer que le conseil d'administration prend en compte et défend les intérêts des actionnaires.

Pour ce motif, le conseil d'administration de Skaldata SA aurait dû s'ouvrir à Risk Equity SAS de ses doutes en lien avec la pénétration de la société sur un marché hautement spécialisé. Risk Equity SAS aurait dû donc être informée expressément par le conseil d'administration des risques liés à l'investissement qu'elle allait consentir. Au regard de l'ouverture de la faillite de Skaldata SA, il ne fait aucun doute que Risk Equity SAS éprouve un dommage du fait de son investissement malheureux. Il s'agit non seulement d'une perte éprouvée, mais également d'un gain manqué ; la question peut toutefois demeurer ouverte dans la mesure où l'appelante n'allègue ni ne prouve un gain manqué. Le montant du dommage ne fait par ailleurs aucun doute, et est égal au montant investi par Risk Equity SAS dans Skaldata SA au moment de l'augmentation de capital.

Par conséquent, la demande de Risk Equity SAS visant au remboursement des 3 millions de francs suisses libérés dans le cadre de l'augmentation du capital-actions de Skaldata SA doit être déclarée bien fondée. Monsieur Lloyd et Madame Lambert devront être condamnés conjointement et solidairement au versement de 3 millions de francs suisses, avec intérêts à 5 % dès le 12 avril 2012, à Risk Equity SAS. La question de la responsabilité du notaire qui a

instrumenté la décision d'augmentation du capital-actions, et aurait dû s'assurer que Risk Equity SAS consentait de manière libre et éclairée à une augmentation du capital-actions peut être réservée, dans la mesure où la demande n'était pas dirigée contre celui-ci. L'on notera que l'argumentation de Monsieur Lloyd et de Madame Lambert est si insoutenable qu'il se justifie de les condamner conjointement et solidairement à une amende pour téméraire plaideur (art. 128 CPC).

S'agissant de la potentielle impossibilité pour Skaldata SA de rembourser le prêt consenti par Risk Equity SAS, la Cour de céans ne peut que constater avec Risk Equity SAS que de potentielle, elle est passée au stade de la certitude du fait de l'ouverture de la faillite de Skaldata SA. De plus, lors de l'octroi du prêt par Risk Equity SAS à Skaldata SA, Monsieur Lloyd et Madame Lambert étaient au courant de la situation financière désastreuse de Skaldata SA. Monsieur Lloyd et Madame Lambert doivent être condamnés à rembourser à Risk Equity SAS le montant de CHF 500'000.-, avec intérêts à 8% à compter du 2 avril 2012.

Eu égard à ce qui précède, la Chambre civile virtuelle de la Cour d'appel civil de la république et canton de Genève :

1. Annule le jugement JTPI 1981/2013.
2. Condamne conjointement et solidairement Monsieur Lloyd et Madame Lambert au paiement de 3 millions de francs suisses avec intérêt à 5 % dès le 12 avril 2012 à Risk Equity SAS.
3. Condamne conjointement et solidairement Monsieur Lloyd et Madame Lambert au paiement de 300'000 francs suisses avec intérêts à 8 % dès le 12 avril 2012 à Risk Equity SAS.
4. Condamne conjointement et solidairement Monsieur Lloyd et Madame Lambert au paiement de tous les frais de la procédure de première instance et d'appel.
5. Condamne conjointement et solidairement Monsieur Lloyd et Madame Lambert au paiement de 15 000 Fr. à titre de dépens à Risk Equity SAS.
6. Inflige une amende de 5'000.- francs à Monsieur Lloyd et Madame Lambert pour téméraire plaideur.

Le présent jugement est communiqué ce jour par le Greffe aux parties. Il peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral dans un délai de 30 jours.