

La responsabilité de l'organe de révision à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine

Violation d'obligations, dommage, lien de causalité adéquate et faute/solidarité depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des sociétés anonymes*

Depuis l'introduction du nouveau droit des sociétés anonymes, le 1^{er} juillet 1992, de nombreuses décisions judiciaires ont été rendues en matière de responsabilité de l'organe de révision. D'une part, elles confirment des principes avérés, répondent à des questions en suspens et en soulèvent de nouvelles. D'autre part, la position de l'organe de révision est devenue plus critique. Même s'il n'a pas commis de faute, il est plus souvent attaqué que le conseil d'administration qui, lui, a souvent manqué gravement à ses obligations [1].

concentrer leur action sur les organes de révision qui sont régulièrement assurés [5]. Dans les cas tant soit peu complexes, on découvrira toujours un erreur quelconque ou des obscurités à reprocher à l'organe de révision qui, après coup – lorsque la situation désastreuse apparaît clairement – pourront être déterrées et considérées comme la cause du dommage. Les uns endossent la responsabilité, les autres en subissent les conséquences, comme l'a écrit très justement Forstmoser [6].

Il ne faut pas s'attendre à une modification de la situation à court terme. Bien au contraire, l'organe de révision est pratiquement impliqué dans chaque scandale qui secoue le monde des affaires. Les contre-mesures exigées des politiciens visent pour la plupart l'organe de révision (renforcement de son indépendance, instauration d'une nouvelle surveillance de la révision, etc.). Il est étonnant que, parallèlement, l'on n'exige pas de nouvelles mesures à l'égard du conseil d'administration. Les exigences du droit des sociétés anonymes concernant les qualifications et l'indépendance de ses membres se situent loin derrière celles exigées de l'organe de révision, quand bien même le conseil d'administration porte la responsabilité principale d'un bilan correct.

Bien que l'on ne parle pas de l'obligation du conseil d'administration [7] et des personnes chargées de la gestion de s'assurer [8], une telle obligation serait pourtant la bienvenue. Elle pourrait inciter les plaignants à introduire une action en responsabilité contre le conseil d'administration. La somme d'assu-

Il est dès lors essentiel pour l'organe de révision de suivre attentivement le développement de la jurisprudence et de la doctrine. Le présent exposé présente une récapitulation de la situation actuelle accompagnée d'un commentaire. Les questions abordées ici reviennent constamment dans le séminaire de la Chambre fiduciaire consacré aux «Questions juridiques actuelles de l'organe de révision».

1. Généralités/Principes

1.1 Introduction/Aperçu

L'essentiel du présent exposé est centré sur les innovations apportées par la jurisprudence [2] et la doctrine dans le domaine de la responsabilité, à savoir la violation d'une ou de plusieurs

obligations, le dommage ou préjudice, le lien de causalité adéquate et la faute/solidarité de l'organe de révision dans le sens de l'article 755 CO [3]. Pour ce qui concerne le droit régissant la responsabilité en général, nous renvoyons à la littérature spécialisée [4].

1.2 Aggravation constante de la responsabilité de l'organe de révision

La pression exercée sur les organes de révision n'a cessé de croître. Même s'ils n'ont violé aucune obligation, ils sont de plus en plus fréquemment actionnés en dommages-intérêts. En comparaison, le conseil d'administration – faute de solvabilité ou de protection d'assurance – est rarement poursuivi par les plaignants. Et ce même dans les cas où il a gravement failli à ses devoirs, voire profité financièrement de l'ouverture de la faillite. Les plaignants préfèrent

*Article paru dans l'EC 1-2, p. 71, traduit par M. Antille, Genève.

rance devrait, à mon avis, atteindre au moins CHF 0,5 million et dépendre en outre du montant des fonds étrangers, de sorte que, pour les grandes sociétés, les sommes d'assurance atteindraient plus de CHF 10 millions par personne. Le maintien de l'obligation de s'assurer pourrait faire l'objet d'une vérification de la part du registre du commerce à chaque inscription ou mutation et de l'organe de révision une fois par année. On pourrait concevoir une limitation de cette obligation aux entreprises moyennes et importantes [9]. L'adoption de prescriptions concernant les qualifications des membres du conseil d'administration paraît également indispensable pour les entreprises d'une certaine envergure. Pour les grandes entreprises, l'on devrait élire au moins

Pour les autres questions en rapport avec la nature de l'action en responsabilité consécutive à un préjudice indirect, il y a lieu de se référer à la doctrine [13]. Ces questions ne jouent aucun rôle important pour le présent exposé.

1.4 Définition du dommage

Je ne m'appesantirai pas non plus sur la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral à propos du préjudice direct/indirect. Cette notion ne joue qu'un rôle accessoire dans le présent contexte [14]. Sous l'ancienne jurisprudence et en accord avec la doctrine, la différence entre le préjudice direct et indirect a été opérée en fonction de la masse de biens

725, al. 2, CO [22], article 725a CO [23] et article 666 CO [24].

Cette nouvelle distinction n'est pas évidente. D'un point de vue purement juridique, elle paraît peu crédible [25]. Il semble qu'il y ait confusion entre dommage et violation d'une obligation ou qualité pour agir en justice [26]. On ne voit pas la relation de causalité avec la notion de dommage [27].

2. Les conditions de la responsabilité

2.1 La violation d'une obligation

2.1.1 Généralités

D'un point de vue préventif, la violation d'une obligation est le plus important des quatre éléments constitutifs de la responsabilité, car il est le seul que le réviseur peut vraiment maîtriser. L'organe de révision n'a aucune influence sur le fait qu'une violation d'obligation a un lien de causalité adéquate avec un dommage, que ce lien de causalité soit interrompu par un tiers ou qu'un dommage se soit produit ou qu'il puisse être invoqué. Cela peut sembler banal, mais il n'en est rien en réalité. C'est ainsi que le réviseur peut être tenté de différer certaines mesures parce qu'il est persuadé que le «dommage ne saurait augmenter» vu que la société va être assainie. Il peut penser aussi que l'accroissement du dommage ne soulève pas de problèmes du fait que les créanciers de la société auraient de toute façon «soutenu» les tentatives d'assainissement et qu'en cas d'insuccès ils auraient «approuvé» le dommage consécutif au différé des mesures, etc. L'arrêt du Tribunal fédéral du 16 novembre 1999 [28] et l'ATF 127 III 453 ss [29] que nous allons examiner ci-après sont exemplaires à cet égard.

La violation d'une obligation de l'organe de révision a ceci de typique qu'elle ne se produit jamais [30] seule. Elle est généralement précédée d'une violation identique de la part du conseil d'administration sous forme d'infraction à la loi ou aux statuts [31]. A elle seule, la violation commise par l'organe de révision n'engendre jamais un dom-

«Dans le public, on reproche souvent aux réviseurs de réagir trop tardivement ou de manière trop molle aux situations financières critiques de leurs clients.»

deux personnes spécialement versées dans les questions financières au sein du conseil d'administration [10].

Actuellement, seul l'organe de révision à qui incombe dans la pratique la diligence requise pour faire régner tant bien que mal l'ordre souhaitable fait l'objet d'une attention particulière de la jurisprudence. Sans mesures politiques nouvelles, la «misère» actuelle risque bien de perdurer.

1.3 Nature juridique de l'action en responsabilité

Depuis l'ATF 117 II 493 ss, le Tribunal fédéral considère que, pour ce qui concerne la nature juridique de l'action en responsabilité consécutive à un préjudice indirect, il convient d'admettre qu'il s'agit d'une «action uniforme découlant du droit de l'ensemble des créanciers». Il s'ensuit que les exceptions personnelles contre le demandeur sont exclues [11] ou que l'ensemble du dommage causé à la société peut faire l'objet d'une demande en justice [12].

concernée [15]. Le créancier était censé subir un dommage direct lorsqu'un préjudice frappait directement son patrimoine. L'atteinte était considérée comme indirecte lorsqu'il subissait un préjudice indirect du fait que le débiteur n'exécutait pas ses obligations. Cette distinction a conservé toute sa pertinence.

Depuis l'ATF 122 III 176 ss [16], le genre de dommage dépend aussi de la norme juridique lésée [17]. Lorsque celle-ci ne protège que les créanciers, le créancier lésé subit un préjudice direct. Jusqu'à ce jour, les dispositions suivantes, ayant une fonction de protection unique, ont été identifiées: article 41 CO et faute commise en contractant (culpa in contrahendo) [18] ainsi qu'article 744 s. CO [19]. Lorsque la norme juridique protège également la société (double fonction de protection), le créancier lésé subit un préjudice indirect. Jusqu'à ce jour, les dispositions suivantes ayant une double fonction de protection ont été identifiées: article 725, al. 3, aCO [20], articles 628, al. 1 et 638, al. 2, chiffre 3, aCO [21], article

mage car une révision ou un rapport insuffisant ne peut entraîner qu'une augmentation du dommage du fait que la violation dommageable d'une obligation n'a été découverte que trop tard. Il en va de même pour les quelques devoirs actifs de l'organe de révision tels que l'obligation de convoquer l'assemblée générale (art. 699, al. 1, CO) ou l'obligation d'aviser le juge dans les cas de surendettement manifeste de la société (art. 729b, al. 2, CO).

Comme on le voit, les violations d'obligations de l'organe de révision sont toujours le fait d'omissions [32]. Premièrement, cette omission peut consister par exemple dans le fait de ne pas signaler une violation d'une obligation du conseil d'administration dans la comptabilité, les comptes annuels [33] ou dans la proposition concernant l'emploi du bénéfice résultant du bilan (art. 728, al. 1, CO) en formulant des réserves à ce sujet. Deuxièmement, elle peut aussi résider dans le fait de ne pas signaler une violation d'une autre loi fédérale ou d'une disposition statutaire ne concernant pas la comptabilité par une mention adéquate dans le rapport de révision ou la management letter (art. 729b, al. 1, CO). Troisièmement, il peut arriver aussi que l'organe de révision omette d'aviser le juge en cas de surendettement (art. 729b, al. 2, CO) ou de convoquer une assemblée générale (art. 699, al. 1, CO) du moment que, de son côté, le conseil d'administration n'a pas déposé le bilan (art. 725, al. 2, CO) ou n'a pas cru bon de convoquer l'assemblée générale, contrairement à l'obligation qui était la sienne.

2.1.2 Dans la jurisprudence et la doctrine

2.1.2.1 Résumé de la période antérieure à 1992

L'on trouve des résumés des violations d'obligations imputables au conseil d'administration dans la doctrine [34]. Les exemples concernent, il est vrai, le conseil d'administration, mais leurs enseignements sont valables pour les violations d'obligations de l'organe de révision, car elles doivent entraîner des remarques ou des réserves de ce dernier [35].

La doctrine cite des décisions judiciaires antérieures à 1992 se rapportant à des violations d'obligations de l'organe de révision [36]. Il s'agit généralement d'omissions: de vérifier l'existence des éléments de l'actif [37], d'évaluer le stock des marchandises [38], d'établir un bilan consolidé lorsque le contrôle ne peut être effectué que de cette manière [39], d'apprécier correctement une expertise d'évaluation (ou le fait de laisser à la société le soin de choisir l'expert) [40], de convoquer l'assemblée générale [41], de vérifier le caractère approprié des amortissements [42], d'attirer l'attention sur l'article 725 CO [43] et de faire appel à un spécialiste ou de déposer le mandat lorsque les connaissances techniques font défaut [44].

2.1.2.2 L'obligation de l'organe de révision d'aviser le juge en cas de surendettement (729b, al. 2, CO)

Depuis 1992, cette nouvelle obligation a fait l'objet de diverses publications [45] et décisions judiciaires. Auteurs et tribunaux se sont exprimés au sujet du moment opportun où l'avis devait intervenir, sur la notion de surendettement «manifeste», sur les alternatives, etc.

2.1.2.2.1 Le moment où il faut aviser du surendettement/ATF du 6 novembre 1999 [46]

Faits: En février 1993, l'organe de révision (OR) de X S.A. a pris connaissance de la clôture provisoire des comptes de X pour l'année 1992, qui se soldaient avec un surendettement de CHF 100 000. Mais ce n'est qu'en avril 1994 qu'il a reçu le bilan définitif comportant les mêmes chiffres. L'OR n'a envoyé qu'un seul rappel, en mai 1993. Le rapport de révision a été remis le 10 août 1994, soit plus de 13 mois après l'échéance du délai de 6 mois prévu à l'article 699, al. 2, CO. Dans son action en dommages-intérêts, l'administration de la faillite a soutenu que le surendettement manifeste de X était établi en février 1993. Par conséquent, l'OR aurait dû aviser le juge de la faillite au plus tard en mars 1993 et était dès lors responsable du dommage supplémentaire survenu depuis mars 1993. L'OR a fait remarquer que le surendettement n'était pas manifeste en février

1993, que la société disposait d'un délai expirant à fin juin 1993 pour présenter les comptes de l'exercice, que le montant relativement modeste de l'endettement lui permettait de procéder à des éclaircissements en vue de prendre, le cas échéant, des mesures d'assainissement et qu'il aurait dû, ensuite seulement, fixer au conseil d'administration un délai de 4 à 6 semaines pour déposer le bilan. Quoi qu'il en fût, l'obligation d'aviser le juge était devenue caduque, parce que, en renonçant à dénoncer les crédits, à recourir à des mesures d'exécution et en faisant part de leur intention d'accorder un sursis, les banques créancières avaient, par actes concluants, renoncé à aviser le juge. L'OR tenait pour preuve le fait qu'il avait immédiatement demandé le dépôt du bilan lorsqu'il avait appris, en été 1995, que la première banque avait dénoncé son crédit.

Le Tribunal fédéral constate tout d'abord que l'obligation d'aviser (le juge) incombe en priorité au conseil d'administration. L'organe de révision ne doit intervenir que lorsque, à l'instar de tout être raisonnable, il se rend compte sans autres recherches que les éléments de l'actif ne permettent plus de couvrir les dettes et les réserves obligatoires et que des cessions de rang (postpositions) sont devenues impossibles ou insuffisantes, soit, en d'autres termes, lorsque, dans la meilleure des hypothèses, le surendettement ne peut plus être nié. Une telle réglementation se justifiait du fait que l'organe de révision n'est pas formé à des tâches de gestion. L'obligation d'aviser le juge n'incombe à l'organe de révision qu'en dernier ressort («in extremis»). Le Tribunal fédéral déclare ensuite qu'il n'est pas nécessaire que le surendettement soit important. Il suffit qu'il résulte clairement des circonstances. Cela signifie qu'un surendettement peut aussi être manifeste même si, numériquement ou proportionnellement parlant, il paraît peu important [47]. Pour une somme de quelque CHF 10 millions [48] inscrite au bilan, l'endettement s'élevait à CHF 100 000 ou près de 1%.

Le Tribunal fédéral constate ensuite que la clôture provisoire des comptes 1992 pouvait prêter à doute quant à l'existence d'un surendettement et que

l'OR était dès lors en droit d'attendre la présentation des chiffres définitifs. Ce n'est que le 10 août 1994, date de la remise du rapport de révision, que l'OR avait acquis la certitude de l'existence d'un surendettement. C'est donc à fin septembre 1994 – après l'écoulement d'un délai de quatre à six semaines – que le juge aurait dû être avisé. Seul dès lors le retard de l'ouverture de la faillite, qui se situe entre fin septembre 1994 et le 7 décembre 1995, était imputable à l'organe de révision.

Il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral n'a pas abordé la question du retard par rapport au délai fixé à l'article 699, al. 2, CO [49]. Cela ne laisse pas de surprendre compte tenu de l'évolution du surendettement qui a passé à 5,9 millions à fin 1993, et à 8,9 millions à fin 1994. Au moment de la remise du rapport, en août 1994, l'endettement atteignait déjà près de 7 millions!

Note complémentaire: Délai pour déposer le bilan ou aviser du surendettement en cas d'assainissement programmé?

Il est intéressant de relever que, pour la première fois, le Tribunal fédéral constate que le conseil d'administration dispose d'un délai d'assainissement limité à 60 jours au plus [50]. Cet arrêt va à l'encontre de l'ATF 116 II 533 [51] rendu sous l'ancien droit, dans lequel le conseil d'administration avait été admis à présenter d'autres mesures d'assainissement, sans limitation dans le temps [52].

Dans les ouvrages les plus récents, on continue à soutenir le point de vue selon lequel le conseil d'administration n'est pas tenu de déposer le bilan tant que des chances concrètes d'assainissement existent [53]. Ce point de vue n'est plus défendable car, pour l'organe de révision, le délai de 60 jours doit être respecté lorsque le surendettement est manifeste. Il ne s'agit pas pour lui d'évaluer les chances de succès des mesures d'assainissement au-delà du délai de 60 jours; sous le régime du nouveau droit, cette faculté appartient uniquement au juge de la faillite. Seules des mesures d'assainissement exécutées dans ce délai et ayant des effets immé-

diats sur le bilan, donc à court terme, peuvent dispenser l'OR de l'obligation d'aviser [54]. Ni la doctrine ni les tribunaux n'ont adapté cet arrêt rendu sous l'ancien droit aux dispositions du nouveau droit des sociétés anonymes. Lorsque les chances d'assainissement sont réelles, il est contradictoire d'accorder au conseil d'administration tout le temps qu'il faut pour s'exécuter et d'obliger simultanément l'organe de révision d'aviser le juge dans un délai de 60 jours au plus, pour peu que le surendettement soit manifeste. Cette con-

cessaire d'aviser le juge de la faillite en vertu de l'article 725, al. 2, CO, parce que, dans le même temps, des mesures d'assainissement – en vue d'améliorer la trésorerie – avaient été mises en œuvre [57]. Bien que l'organe de révision fût également impliqué dans la procédure, le juge de première instance ne s'est même pas référé à l'article 729b, al. 2, CO dans ses considérants. En d'autres termes, il n'a pas abordé la question de l'avis obligatoire de l'organe de révision. Le Tribunal fédéral ne s'est pas non plus exprimé à ce sujet. Il

« Bien que l'on ne parle pas de l'obligation du conseil d'administration et des personnes chargées de la gestion de s'assurer, une telle obligation serait pourtant la bienvenue. »

tradition ne peut être levée que si le conseil d'administration parvient à effacer le surendettement manifeste dans ce même délai. Dans le cas contraire, il faudrait admettre que l'organe de révision est en droit de s'abstenir d'aviser le juge, même en cas de surendettement manifeste, lorsque le conseil d'administration est persuadé des chances de réussite de l'assainissement. Cette interprétation ne correspond ni au texte de la loi ni à son sens. Force est d'admettre que « l'assainissement » proprement dit ne peut se faire dans les 60 jours. Il nécessite généralement des mesures à long terme. En raison toutefois de l'obligation de l'organe de révision d'aviser le juge en cas de surendettement manifeste (même si celui-ci tend à diminuer), un assainissement à long terme n'est plus possible, à moins que le juge de la faillite n'accorde un sursis.

Un autre ATF du 19 juin 2001 [55] ne renvoie pas davantage aux considérants de l'arrêt du 16 novembre 1999. Il ne cite même pas ce dernier arrêt. Faits: La demanderesse actionne le conseil d'administration et l'organe de révision en paiement de dommages-intérêts du fait que l'ouverture de la faillite a été retardée [56]. L'autorité de première instance était d'avis qu'il n'était pas né-

cessaire de renvoyer globalement à l'ATF 116 II 533 et confirme qu'en cas d'assainissement imminent, le dépôt du bilan n'est pas nécessaire.

Il est vrai que le Tribunal fédéral ne se rallie pas aux considérants de l'autorité de première instance, mais pour d'autres motifs. Il n'exige pas seulement – est c'est nouveau – l'existence de perspectives concrètes d'assainissement, mais il faut encore que «... les conditions d'un ajournement de la faillite au sens de l'article 725a CO soient remplies, parce que les créanciers ne sauraient être moins bien traités que dans les cas où le juge aurait été avisé.» Il semble dès lors que le conseil d'administration puisse décider lui-même en lieu et place du juge de l'ajournement de la faillite. Cette conclusion ne laisse pas d'étonner, car elle remet en cause toute l'institution de l'ajournement de la faillite.

Comme l'enseigne l'expérience, le conseil d'administration estimera remplir les conditions requises même dans les cas voués à l'échec. S'il était confirmé, cet arrêt pourrait signifier en fait la fin de l'obligation de l'organe de révision d'aviser le juge [58]. Dans son message relatif à la révision du droit des sociétés anonymes, le Conseil fédéral avait pro-

posé d'introduire l'article 729b, al. 2, CO [59] parce que cette obligation de l'organe de révision, particulièrement appréciée, était susceptible d'empêcher l'attribution de la mise en faillite et d'éviter que les créanciers ne doivent faire face à de nouvelles dettes ou que certains d'entre eux ne soient avantagés au détriment des autres. L'expérience avait en effet enseigné que le conseil d'administration mettait tout en oeuvre pour éviter de devoir affronter la voie judiciaire. Cette façon de faire, poursuit le Conseil fédéral, avait souvent pour conséquence que l'ouverture de la faillite était différée de plusieurs mois et que les créanciers subissaient des pertes beaucoup plus importantes. En posant comme nouveau critère celui des «conditions d'un ajournement de la faillite», le Tribunal fédéral montre certes la juste direction à suivre, mais il manque une corrélation claire sur le plan juridique entre cette jurisprudence et l'article 729b, al. 2, CO.

2.1.2.2 Punissabilité du réviseur/ ATF 127 IV 110 ss.

Faits: La société K S.A. a dressé un bilan intermédiaire au 1^{er} mai 1993. Ce bilan mettait en évidence un surendettement de CHF 293 468 par rapport aux valeurs d'exploitation. Le 31 août 1993, le réviseur a présenté un rapport de révision. Il y mentionnait qu'un bilan intermédiaire établi sur la base des valeurs de liquidation aboutissait également à un surendettement, de sorte que le juge aurait dû être avisé conformément à l'article 725, al. 2 CO, mais que «le conseil d'administration envisageait de présenter à brève échéance un plan d'assainissement qui devait réduire considérablement le surendettement. De ce fait, le conseil d'administration avait renoncé provisoirement à en informer le juge.» Ce rapport de révision a été présenté à l'assemblée générale de K S.A. du 30 novembre 1993.

Le plan d'assainissement accepté par l'assemblée générale constatait que «la société K S.A. était manifestement surendettée» et prévoyait l'octroi d'un nouveau prêt de CHF 100 000 de la part d'un administrateur, ainsi que la conclusion d'un contrat de vente entre K S.A. et une nouvelle société E S.A. [60], qui prévoyait que cette dernière repre-

nait l'actif de K S.A. de CHF 623 000 et les dettes de CHF 475 000 pour le prix de CHF 150 000, ainsi que le personnel et les contrats d'entretien de K S.A. contre le paiement mensuel de CHF 12 000 (résiliable à moyen terme) et d'une indemnité unique de CHF 50 000 à K S.A. Le contrat ne prévoyait pas la reprise des dettes de K S.A. relatives à la prévoyance professionnelle, aux cotisations de l'AVS et aux impôts à la source d'un montant de CHF 360 000. Une année plus tard, soit le 20 décembre 1994, l'assemblée générale a été informée que K S.A. ne pouvait pas survivre, parce que E S.A. avait suspendu ses paiements mensuels. L'OR n'a pas avisé le juge et la faillite a été déclarée le 8 mai 1995.

L'application des critères élaborés dans l'arrêt du 16 novembre 1999 à ce cas particulier a donné le résultat suivant: le rapport de révision qui mentionnait le surendettement de K S.A. a été établi le 31 août 1993. L'OR disposait dès lors d'un délai de 60 jours pour dénoncer le surendettement et devait le faire jusqu'à fin octobre 1993 au plus tard. Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur la date ultime du fait qu'il s'agissait probablement d'un cas relevant du droit pénal. Une plainte pénale a été déposée contre l'OR pour banqueroute simple et déconfiture [61]. Il constate, d'une part, que l'OR connaissait le surendettement manifeste de K S.A. depuis le 31 août 1993 [62]. Il semble, d'autre part, ressortir du dispositif de l'arrêt que ce soit la suspension (en décembre 1994) des paiements mensuels de la part de E S.A. qui ait engendré l'obligation d'aviser le juge. Il a fallu 90 jours pour réunir l'assemblée générale du 30 novembre 1993 qui devait se prononcer sur l'assainissement, ce qui représente un mois de retard par rapport au délai expirant à fin octobre. Peut-on justifier cette prolongation de délai d'un mois par l'assemblée générale à venir, puis la nouvelle prolongation de presque une année par les mesures de planification prises? Cela semble douteux, car le Tribunal fédéral lui-même tient pour certain que l'OR devait savoir dès l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'assainissement que ces mesures étaient insuffisantes [63]. L'octroi d'un prêt sans cession de rang (postposition) ne

constituait pas une véritable mesure d'assainissement [64]. A mon avis, la vente d'une partie de l'actif et du passif n'en représente pas davantage, mais ressemble plutôt une liquidation de fait. Si l'on ajoute que près d'un tiers des dettes ont été laissées aux bons soins de K S.A., on ne saurait parler d'un assainissement. A cet égard, le paiement d'une indemnité mensuelle de CHF 12 000 par rapport au montant des dettes de CHF 330 000 ne changeait rien à la situation [65].

Et de fait, l'OR a été condamné à 10 jours d'emprisonnement par le Tribunal fédéral. Ce dernier constate que le surendettement et l'insolvabilité de K S.A. ont augmenté entre le 31 mai 1993 et le 20 décembre 1994. Il confirme aussi que le fait d'avoir omis de signaler le surendettement a un lien de causalité avec la péjoration de la situation financière de la société. Si l'OR avait avisé le juge, l'aggravation n'aurait pas atteint cette ampleur. En agissant comme il l'a fait, l'OR a bel et bien «aggravé la situation» au sens de l'article 165 CP. Par le passé, un expert-comptable qui avait enfreint une obligation pouvait s'en tirer en faisant valoir qu'il répondait, sur le plan civil, du préjudice causé. Depuis cet arrêt, il encourt au surplus le risque d'être sanctionné pénalement. Le Tribunal fédéral tient toutefois à préciser dans cet arrêt que toute infraction à une disposition du droit des obligations ne saurait être considérée comme une négligence grave dans l'exercice de la profession.

Accessoirement, le Tribunal fédéral [66] répond à la question intéressante de savoir ce qu'un organe de révision doit faire lorsqu'il constate que la situation financière de la société examinée s'aggrave, qu'il y a même surendettement, mais que ce surendettement, considéré de manière optimiste, n'est pas encore manifeste. Il n'est pas tenu de surveiller constamment le client en question pour détecter le moment où l'endettement devient manifeste; il peut, en d'autres termes attendre le déroulement normal de son activité jusqu'à la date de la prochaine révision [67]. Il en va, à mon avis, différemment s'il a connaissance du surendettement manifeste durant l'exercice en cours. Il doit, dans ce cas, fixer une date pour établir un bilan in-

termédiaire (art. 725, al. 2, CO), assortie d'une commination de dénonciation [68].

2.1.2.2.3 Avis de surendettement prématuré?

Dans le public, on reproche souvent aux réviseurs de réagir trop tardivement ou de manière trop molle aux situations financières critiques de leurs clients. Dans la réalité quotidienne, le réviseur se voit confronter au reproche inverse. Le conseil d'administration accuse le réviseur d'exagération, de crainte surfaite, d'évaluation erronée de la situation, etc. Les réactions du conseil d'administration peuvent être vives et les menaces de révocation immédiate du mandat accompagnées d'une action en dommages-intérêts ne sont pas rares. Les notes d'honoraires – même celles qui ne sont pas contes-

la sourde oreille. Dans ces conditions, on ne peut que saluer l'arrivée de deux décisions judiciaires qui viennent balayer les reproches formulés à l'encontre de l'organe de révision.

Jugement du Tribunal de 1^{ère} Instance de Genève, du 14 novembre 2002 (non publié)/Avis de surendettement pour évaluation incertaine des fonds propres non entamés?

Faits: l'OR remet, le 7 septembre 2001, le rapport de révision de la société X S.A. pour l'exercice 1999. Il présente un total du bilan d'environ CHF 550 000 et un capital propre de CHF 312 000. Le seul élément de l'actif est une créance à l'égard de l'entreprise mère du groupe, d'un montant de l'ordre de CHF 550 000. Le rapport de l'organe de révision constate que l'important retard concernant la remise du rapport

fier et recommandait d'approuver les comptes annuels.

Ce même 7 septembre 2001, le client est invité à fournir sans délai les comptes annuels 2000. Le client ne réagit pas. L'OR somme le client par écrit et de vive voix. Le 27 novembre 2001, l'OR fixe un ultime délai jusqu'au 10 décembre 2001 pour fournir les comptes annuels 2000. Par la même occasion, l'OR exige un bilan intermédiaire au 30 septembre 2001 afin d'avoir un aperçu de la situation financière actuelle. Le 14 décembre, l'OR fixe un ultime délai à la société pour qu'elle fournisse la preuve qu'elle n'est pas surendettée ou qu'elle s'est assainie faute de quoi l'OR menace de la dénoncer pour surendettement.

Le 15 avril 2002, un bilan provisoire de l'exercice 2000 est présenté. Ces chiffres non vérifiés font apparaître un solde du bilan de CHF 540 000 et des fonds propres pour CHF 280 000. Le seul élément de l'actif est à nouveau la créance à l'égard de la maison mère. En parcourant les documents, l'OR constate que les provisions pour impôts font défaut (exercice précédent: CHF 50 000), que les salaires ne sont pas comptabilisés (exercice précédent: CHF 168 000), qu'aucune provision n'a été prévue pour les honoraires du réviseur (exercice précédent: près de CHF 30 000) et qu'aucune dépense n'a été provisionnée pour la tenue de comptabilité (1999: près de CHF 50 000). L'OR constate en outre que des poursuites ont été engagées contre X pour une somme totale de CHF 112 000 (LPP, impôt sur le revenu et créances de la fiduciaire chargée de la comptabilité).

L'OR estime que la situation du client s'est aggravée. La société mère n'a toujours pas remboursé sa dette. Les dépenses non comptabilisées montrent à quel point la situation s'est dégradée. Le conseil d'administration refuse de déposer le bilan parce qu'il continue à disposer de fonds propres. Avec la même argumentation, il dénie à l'OR le droit et l'obligation d'aviser le juge car, à son avis, la société n'est pas manifestement surendettée. Il menace même de déposer demande en dommages-intérêts.

«La doctrine est unanime à admettre que les lacunes comptables donnent lieu à des réserves dans le rapport de révision et non pas à des remarques.»

tées – restent impayées et les demandes de provisions pour les dépenses supplémentaires qui sont normales en pareils cas demeurent sans écho. Le conseil d'administration justifie son opposition à peu près avec les mêmes arguments: l'assainissement de la société ne «pose pas de problème», il est pratiquement «assuré», des mesures visant à réduire les dépenses sont en cours et produisent déjà des effets, la société a trouvé de nouveaux partenaires et bailleurs de fonds, «il ne reste plus» qu'à signer les contrats; mais si l'on apprend que l'organe de révision va aviser le juge, les nouveaux investisseurs vont déguerpir, etc. Si l'organe de révision fait remarquer que le concept voulu par le législateur ne lui permet pas de se prononcer sur les chances de réussite de l'assainissement, et que le conseil d'administration doit présenter ses arguments devant le juge de la faillite qui peut seul décider d'un ajournement de la faillite, son auditeur fait

est dû au fait que le client était difficilement atteignable et qu'il a pris beaucoup de temps pour clôturer les comptes et fournir des informations complémentaires. La maison mère se trouvait dans des difficultés financières de sorte que la valeur comptable du principal élément de l'actif devait être, partiellement sinon totalement, ramenée à zéro. La continuation de X était menacée. Le rapport mentionne toutefois que la société mère avait transféré à l'entreprise X en 2000 des taxes perçues pour un montant de CHF 360 000, ce qui permettait de couvrir les dépenses courantes. De ce fait, la créance en suspens n'avait que peu augmenté. En raison de ces flux financiers de minime importance, il n'était pas possible de déterminer définitivement si la valeur comptable de la créance devait être ramenée, totalement ou partiellement, à zéro. L'OR attirait l'attention sur l'article 725 CO pour le cas où cette dernière hypothèse devait se véri-

Par jugement du 14 novembre 2002, le juge de la faillite a cité le conseil d'administration à comparaître le 13 mai 2002 et lui a fixé un délai pour vérifier et présenter les comptes annuels. X a fourni aussi bien les comptes annuels qu'un rapport de révision émanant d'un nouvel organe de révision. En 2001, un revenu de CHF 218 000 a été enregistré. La société restait néanmoins surendettée si la créance vis-à-vis de la maison mère devenait inexigible. Le juge a dès lors constaté qu'en l'état actuel de la situation, la société n'était pas manifestement surendettée sur la base des valeurs de continuation de l'exploitation. Il a considéré néanmoins que, sur la base des circonstances existantes, l'ancien organe de révision avait eu raison d'aviser le juge du surendettement.

Jugement de la Cour suprême du canton de ZH du 18 mars 2002 (non publié) [69]/Manque de liquidités/Avis de surendettement sans surendettement ressortant du bilan intermédiaire établi sur la base des valeurs d'exploitation?

Faits: L'OR était l'organe de révision de la société A S.A. Lors de la clôture des comptes 2001, au début mai 2002, il constata que la société était surendettée à la date du bilan établi sur la base des valeurs d'exploitation. De plus, l'OR était persuadé que le surendettement ressortant des biens estimés à leurs valeurs de liquidation devait être supérieur et que l'état des liquidités était très tendu. Il demanda dès lors au conseil d'administration l'établissement d'un bilan intermédiaire au sens de l'article 725, al. 2, CO pour le 31 mars 2002. Le conseil d'administration de cette société versée dans le commerce électronique fut d'avis que l'OR jugeait la situation de manière trop pessimiste et que la valeur d'exploitation de A dépendait fortement des perspectives futures, ce qui laissait un large champ d'évaluation ouvert.

Les bilans intermédiaires firent apparaître un léger surendettement sur la base des biens estimés à leur valeur d'exploitation et un surendettement massif en fonction des biens estimés à leur valeur de liquidation. La situation de la trésorerie s'était en outre aggravée au cours des cinq derniers mois. Le

plan des liquidités prévoyait qu'un manque de liquidités apparaîtrait au bout de quatre semaines. Le rapport de révision concernant les bilans intermédiaires confirma les surendettements. L'OR exigea du conseil d'administration qu'il dépose le bilan faute de quoi il aviserait le juge du surendettement. Sur ces entrefaites, le conseil d'administration parvint à réaliser une partie des stocks et à prouver ainsi que le surendettement établi sur la base des valeurs d'exploitation n'existait plus. La situation de la trésorerie se détendit ainsi pour un mois.

L'OR reconnut que la vente avait permis d'écarter momentanément le surendettement, tout en constatant que les fonds propres étaient un peu justes. L'OR exigea néanmoins du conseil d'administration qu'il dépose le bilan parce que la trésorerie ne permettait pas d'autres alternatives. Il menaça à nouveau le conseil d'administration de dénoncer le surendettement au juge de la faillite s'il ne déposait pas le bilan. Le conseil d'administration s'opposa vivement à cette sommation en se référant à l'article 725, al. 2, CO, qui prévoit expressément que le surendettement doit ressortir des deux bilans intermédiaires, et menaça l'OR de l'actionner en justice en dommages-intérêts.

L'OR fit valoir l'argumentation suivante: il était de pratique courante que les liquidités devaient être garanties pour une année au moins si l'on voulait que la gestion soit assurée. Des liquidités garanties pendant quatre ou six semaines ne suffisaient pas. Une société dont la capacité d'exploitation n'était pas assurée ne disposait pas d'une base suffisante pour un bilan établi en fonction des valeurs d'exploitation. Tant que les liquidités ne sont pas garanties, seul le bilan établi sur la base des valeurs de liquidation entrait en considération du point de vue des créanciers. Si le conseil d'administration entendait renoncer au dépôt du bilan, il devait couvrir le manque de couverture du bilan de liquidation. La Cour suprême du canton de Zurich s'est ralliée à ce point de vue:

«b) Le conseil d'administration a fait établir un bilan intermédiaire au 31 mars 2001. Un examen de ce bilan amena l'organe de révision à constater, le 1^{er} juin 2001, un surendettement tant sur la

base des valeurs d'exploitation que de liquidation de sorte que la faillite aurait dû être déclarée. A la même date, il a fixé à la société X S.A. un délai jusqu'au 11 juin pour déposer le bilan conformément à l'art. 725a CO ou pour apporter la preuve que les liquidités étaient assurées et le surendettement écarté. Par la suite, la vente de produits et des cessions de rang ont permis d'améliorer la situation existante au 1^{er} juin 2001 et de couvrir le surendettement ressortant des valeurs d'exploitation, ainsi que cela ressort de la lettre de l'organe de révision du 19 juin 2001 adressée à X S.A. Ces faits sont avérés et il suffit sur ce point de renvoyer aux considérants judiciaires de l'autorité de première instance (§ 161 LPC). X S.A. s'appuie précisément sur cette lettre du 19 juin 2001 pour faire valoir que, du moment que l'organe de révision avait constaté lui-même que le surendettement (en fonction des valeurs d'exploitation) n'existait plus, il n'y avait pas lieu d'aviser le juge. Ce faisant, elle néglige totalement de faire état des autres considérations contenues dans cette lettre – comme le fait remarquer à juste titre l'organe de révision. C'est ainsi que ce dernier relevait que l'on ne saurait parler de la capacité de poursuivre l'exploitation que si les liquidités sont assurées pour une année environ, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence, les liquidités suffisant pour deux mois au plus. De ce fait, les valeurs d'exploitation étaient dépourvues de base de sorte qu'il fallait admettre l'existence d'un surendettement depuis le 31 mai 2001. On ne peut que donner raison à l'organe de révision. On n'admettra qu'une société est capable de poursuivre son exploitation que si elle est en mesure d'exercer une activité suffisante, soit pendant une durée illimitée ou pour le moins pendant une longue durée, sans quoi l'organe de révision se verra obligé de demander à nouveau un bilan intermédiaire à brève échéance (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel ad op. cit. § 51 N 45, Bökli, Schweizer Aktienrecht, 2^e édition, Zurich 1996, N 1693). Du moment que l'organe de révision a constaté que les liquidités suffisaient à couvrir deux mois au plus – ce qui n'est pas contesté de la part de X S.A. – on ne pouvait pas parler sérieusement de la poursuite de l'exploitation. C'est donc avec raison que l'organe de révision a admis que la société était surendettée par rapport aux valeurs d'exploitation depuis le 31 mai 2001. Contrairement à l'avis de l'autorité de première instance, il faut tenir compte du bilan de liquidation, qui présente un surendettement de CHF 1,14 million. Par la suite, X S.A. n'est pas parvenue à redresser l'état de sa trésorerie dans le délai imparti (2 juin 2001) et n'a pas non plus déposé son bilan auprès du juge de la faillite. Dans ces conditions, c'est à bon droit que l'organe de révision a admis l'existence d'un surendettement manifeste et qu'il a avisé le juge conformément à l'art. 729, al. 2 CO.»

Ce jugement confirme aussi le mode de traitement des liquidités tel qu'il est préconisé par la Chambre fiduciaire [70]:

«Aux termes du CO, les principes d'établissement du bilan et d'évaluation reposent sur les prémisses de la continuation de l'exploitation non limitée dans le temps (going concern). Les valeurs maximales légales sont donc désignées par les valeurs de continuation (de l'exploitation). Si l'hypothèse du going concern n'existe plus, le bilan ne doit plus être établi aux valeurs de continuation mais aux valeurs de liquidation.»

La Norme 13 [71] prévoit d'autre part que le réviseur doit nier la possibilité pour l'entreprise de poursuivre son ac-

tivité lorsqu'il existe des difficultés de trésorerie insurmontables. Ces observations concernent le bilan annuel ordinaire. Mais il va de soi qu'elles sont applicables aux bilans intermédiaires au sens de l'article 725, al. 2, CO. Cela d'autant plus que les éléments prévus à cette disposition sont réunis et que les difficultés de trésorerie peuvent avoir des conséquences gravissimes.

2.1.2.3 A propos de l'avertissement obligatoire incombant à l'organe de révision en vertu de l'article 729b, al. 1, CO

2.1.2.3.1 Généralités

Quelles sont les violations légales visées par cette disposition et quel doit être le degré de certitude au sujet d'une violation légale ou statutaire? La Chambre fiduciaire [72] précise que les dispositions violées ne concernent pas seulement le droit des sociétés anonymes, mais toutes les lois suisses. L'on trouvera des exemples dans le Manuel suisse d'audit (MSA) [73], chez Eggmann [74] et dans le Commentaire bâlois [75]. Des indices de fraude éventuelle [76] qui ne peuvent pas être écartés dans le cadre de la vérification des comptes suffisent pour justifier une intervention du réviseur [77].

La question du moment de l'avertissement n'est pas élucidée. Le texte légal ne le précise pas, ce qui est compréhensible car, dans le cas normal, ce moment va de soi. La plupart du temps, l'organe de révision ne passe que peu de jours chez le client [78] et l'assemblée générale ordinaire se réunit peu de temps après la révision. Les remarques destinées à l'assemblée générale [79] figurent généralement dans le rapport de révision, sans que la loi en précise la forme. On peut dès lors envisager un rapport verbal ou écrit [80]. C'est la seule façon de s'assurer que, dans le cas normal, l'avertissement sera donné en temps opportun. Mais qu'en est-il lorsque l'organe de révision a connaissance d'une violation légale au milieu d'un exercice ou lorsque l'assemblée générale est prévue bien des mois plus tard? Peut-il attendre jusqu'au prochain rapport de révision ou jusqu'à la prochaine assemblée générale?

La doctrine ne s'est guère penchée sur la question: la Chambre fiduciaire part du principe qu'une remarque adéquate doit figurer dans le rapport d'audit, mais ne se prononce pas sur la question de savoir si l'avertissement peut ou doit intervenir d'une autre façon [81]. Seul le MSA, chiffre 4.12124 estime que le renvoi à l'article 725, al. 1, CO dans le rapport de révision ne suffit pas si le conseil d'administration ne convoque pas immédiatement l'assemblée générale ordinaire. En pareil cas, l'organe de révision doit convoquer lui-même une assemblée générale d'assainissement (art. 699, al. 1, CO) [82]. Forstmo-

CHF 300 000. Au moment de la fondation, l'ancien droit des sociétés anonymes était encore en vigueur. Il prescrivait, pour les apports en nature, que les statuts devaient indiquer l'objet de cet apport, sa valeur et le prix pour lequel il était accepté, la personne de l'actionnaire et le nombre d'actions qui lui revenaient en échange (art. 628, al. 1, aCO). L'article 638, al. 2, chiffre 2, aCO exigeait en outre la confirmation que le capital-actions avait été mis à la libre disposition de la société. Les fondateurs n'ont toutefois pas respecté les prescriptions de l'ancien droit. A l'aide d'un emprunt, ils ont déposé un mon-

«La question de savoir si et dans quelle mesure l'organe de révision endosse une fonction de protection à l'égard de tiers, qu'il s'agisse de futurs actionnaires ou de créanciers (investisseurs potentiels), est controversée depuis belle lurette.»

ser/Meier-Hayoz/Nobel sont du même avis [83]. Ils ajoutent que l'organe de révision doit également faire usage de son droit de convoquer l'assemblée générale si elle a à communiquer à cette dernière de graves violations de la loi ou des statuts. Eggmann va plus loin et exige de l'organe de révision qu'il convoque l'assemblée générale non seulement dans le cas de l'article 725, al. 1, CO [84], mais aussi chaque fois que l'assemblée générale ne se réunit pas à brève échéance [85]. Böckli [86] semble admettre que l'avertissement ne doit intervenir qu'à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire.

2.1.2.3.2 Obligation de signaler une violation des prescriptions qualifiées relatives à la fondation/
ATF 128 III 180 ss.

Faits: La société Z S.A. a été fondée le 28 février 1992. Le capital-actions, d'un montant de CHF 400 000, a été libéré, d'une part, par un versement en espèces à concurrence de CHF 100 000 et, d'autre part, par un apport en nature sous forme d'une entreprise d'échafaudages (et non pas de chauffage, selon le texte allemand!) d'un montant de

tant de CHF 400 000 sur le compte de fondation et ont acquis l'entreprise d'échafaudages pour la somme de CHF 300 000. Le premier exercice annuel a été arrêté le 31 décembre 1992 avec une perte de CHF 4400 et a été approuvé par l'assemblée générale ordinaire sur la base d'un rapport de révision qui ne contenait aucune réserve. En février 1994, les chiffres de la clôture de l'exercice 1993 ont accusé une perte de CHF 370 000. Le conseil d'administration a déposé le bilan. Aucun rapport de révision n'a été établi pour l'année 1993. La faillite a été prononcée le 23 février 1994. Le surendettement s'est élevé à CHF 3,5 millions. Dans l'action en responsabilité, l'OR s'est vu reprocher d'avoir omis de signaler dans son rapport les violations légales commises lors de la fondation (art. 729b, al. 1, CO).

Le Tribunal fédéral constate en effet que les prescriptions relatives à la fondation ont été violées [87]. Il convient d'admettre que le réviseur aurait dû signaler cette violation de la loi dans son rapport. Le Tribunal fédéral ne s'exprime qu'indirectement au sujet du manquement de l'OR à son devoir d'in-

formation en constatant que la preuve d'un lien de causalité adéquate entre la violation de l'obligation d'informer et le dommage n'avait pas été apportée (voir sur ce point infra chiffre 2.3.2), de sorte que l'action devait être rejetée [88].

Les violations des prescriptions relatives à la fondation ne sont pas mentionnées dans les exemples correspondants cités dans le MSA. Il est pourtant évident que ces prescriptions en font partie [89]. Cette réglementation est applicable par analogie sous le nouveau droit des sociétés anonymes [90]. C'est ainsi que les fondateurs doivent rendre compte dans un rapport écrit de la nature et de l'état des apports en nature et de leur évaluation (art. 635, chiffre 1, CO). Au surplus, un réviseur doit vérifier le rapport de fondation et attester par écrit qu'il est complet et exact (art. 635a CO). Le réviseur apprend souvent, lors des premiers contacts avec le client (p. ex. lors de l'octroi du mandat), comment celui-ci entend fonder la société. Au demeurant, l'organe de révision n'a pas l'obligation d'élucider activement tous les détails relatifs à la fondation.

Il est intéressant de relever que la question de la violation de l'obligation d'informer n'est pas liée à celle de la surévaluation des apports en nature. Lorsque le réviseur admet qu'il y a surévaluation, la situation est différente. Il peut alors être amené, peu après la fondation, à attirer l'attention du conseil d'administration sur l'existence d'une situation de surendettement potentiel au sens de l'article 725, al. 2, CO, parce qu'une partie ou la totalité du capital-actions n'est pas couverte. Cette situation peut en outre influencer son jugement concernant l'existence d'un «cas grave» au sens de l'article 729b, al. 1, CO.

2.1.2.3.3 Obligation de signaler les risques de cumul/ ATF du 25.6.03 [91]

Dans leur rapport d'organe de contrôle du 7 février 1991, les réviseurs de la Caisse d'épargne et de prêt de Thoun auraient dû signaler les risques en prenant connaissance du rapport de l'organe de révision selon la loi sur les

banques. Il s'agissait de risques de cumul sur des crédits qui dépassaient la mesure tolérée par la LB [92]. Ils ne l'ont pas fait à la demande instantane du conseil d'administration. Le Tribunal fédéral a considéré cette omission comme une violation d'obligation [93].

2.1.2.3.4 Obligation de signaler la tenue incorrecte de la comptabilité/ ATF du 3.3.98 [94]

Faits: L'organe de contrôle K a repris, en 1988, la tenue de la comptabilité de X qui se trouvait dans un état lamentable. La comptable de X avait commis des abus de confiance au cours des années 1985 à 1989. Vu l'état des documents comptables, K n'a pas détecté ces malversations, mais a néanmoins attiré l'attention du conseil d'administration à plusieurs reprises sur les pièces défectueuses et les points d'ombre. K a été révoqué en 1998 pour avoir exigé des amortissements en fonction des questions restées sans réponse. Les abus de confiance ont été découverts ultérieurement.

Pour juger de la violation de l'obligation de K, le Tribunal fédéral a fait application d'une exigence accrue du devoir de diligence, parce que son mandat complémentaire relatif à la tenue de la comptabilité lui conférait une plus grande connaissance de la situation. Le Tribunal fédéral a reproché à K de n'avoir pas signalé au conseil d'administration, par écrit et de manière expresse, les lacunes comptables et n'avoir pas refusé le mandat de révision [95].

La doctrine est unanime à admettre que les lacunes comptables donnent lieu à des réserves dans le rapport de révision et non pas à des remarques. Le Tribunal fédéral reproche néanmoins à l'organe de révision de n'avoir pas signalé ces lacunes au conseil d'administration. Cette confusion ne peut s'expliquer en l'espèce qu'en raison du cumul des charges de mandataire et d'organe de contrôle. Il ressort clairement de l'arrêt – à juste titre – que ce cumul n'est pas critiquable du point de vue des critères de l'indépendance de l'OR [96]. Il est étonnant en revanche que le Tribunal fédéral n'aborde pas la question d'une remarque éventuelle à

l'intention d'une assemblée générale à convoquer (supra chiffre 2.1.2.3.1).

2.1.2.3.5 Absence de remarque selon l'article 725, al. 2, CO/Alternatives à la postposition/ATF du 14.12.99 [97].

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral se prononce accessoirement sur la question de savoir si les «garanties de couverture» ou les garanties et les lettres de patronage peuvent constituer des alternatives à la postposition. La société était surendettée et l'organe de révision a renoncé à formuler une remarque en raison des garanties de couverture fournies. Les garanties ne sauraient remplacer une cession de rang [98]. C'est la première fois que le Tribunal fédéral prend position en ce sens [99].

2.1.2.3.6 Absence de remarque selon l'article 725, al. 2, CO/Réduction d'un prêt postposé/ATF 129 III 129 ss [100]

Faits: L'OR était l'organe de révision de X S.A. Il tenait simultanément les livres de X et pouvait de ce fait contrôler le compte de l'actionnaire D. L'OR conseillait également D dans une autre affaire. Le 12 décembre 1990 X a arrêté sa production. Au 31 décembre 1990, la perte annuelle a atteint CHF 491 000 pour un capital-actions de CHF 900 000. Le prêt de l'actionnaire D s'élevait à CHF 1 308 000. Lors de l'assemblée générale ordinaire du 27 juin 1991, l'on constata que l'avenir de X dépendait de l'issue d'une procédure en garantie engagée contre un tiers. X n'a pu survivre que grâce aux versements financiers de D.

Lors de l'exercice 1991, la perte annuelle de X s'est élevée à CHF 938 000. La perte reportée a atteint 1 430 000 et le prêt de l'actionnaire D, CHF 2 306 000. Le 19 août 1992, D a déclaré postposer sa créance à concurrence de ce montant. Le rapport de révision du 21 août 1992 a attiré l'attention des actionnaires sur l'article 725 CO, mais a proposé de renoncer à d'autres mesures en raison de la cession de rang.

La perte de l'exercice 1992 s'est élevée à CHF 638 000. Le report des pertes a atteint CHF 2 067 000 et le prêt de l'actionnaire D s'est accru de CHF 344 000 [101], bien que D ait acquis, au

cours de cet exercice, du matériel de X pour un montant de CHF 161 000 qu'il a compensé avec son propre prêt. Etant donné que D a encore payé d'autres factures de X pour un total de CHF 158 000, son prêt a continué d'augmenter. Le rapport de révision du 16 juin 1993 fait état d'un surendettement au sens de l'article 725 CO et relève que la postposition (CHF 2 306 000 du 19 août 1992) pouvait se révéler insuffisante pour permettre à la société de faire face à ses engagements à moins de vendre les machines et installations pour CHF 320 000 au moins (les pertes reportées s'élevant à CHF 2 387 000). Les machines n'ont pas pu être vendues et la faillite a été prononcée le 16 août 1993.

Des actionnaires de la masse en faillite X ont introduit une action contre l'OR en paiement d'un montant de CHF 161 000, plus les intérêts. Ils reprochent à ce dernier d'avoir comptabilisé, en tant que comptable, la compensation injustifiée de CHF 161 000 et de n'avoir pas réagi, en tant qu'organe de révision, en relevant dans son rapport une violation de l'article 725, al. 2, CO. S'il est vrai que l'organe de révision n'a pas à rechercher systématiquement de telles violations légales [102], il n'en reste pas moins qu'en tant que comptable, il était régulièrement informé de ce qui se passait. En pareil cas, le passage du texte légal «... au cours de sa vérification, ...» (art. 729b, al. 1, CO) s'étend à l'activité du défendeur en tant que comptable [103]. Comme dans l'arrêt du 3 mars 1998 (supra 2.1.2.3.4), l'on a affaire en l'occurrence à un organe de révision qui, en tant que comptable du client, est tenu à des devoirs de diligence plus élevés.

Le Tribunal fédéral constate qu'en comptabilisant l'opération litigieuse, l'OR n'a commis aucune faute [104]. En tant qu'organe de révision, il aurait toutefois dû savoir que, ce faisant, il violait les prescriptions relatives à la postposition car les compensations sont interdites en cas de surendettement persistant. D'une part, la société s'en trouvait lésée parce qu'elle aliénait des éléments de l'actif dans une situation difficile sans améliorer sa trésorerie [105]. D'autre part, un créancier s'en trouvait avantage. De plus, en tant que

comptable, il aurait dû savoir qu'on se trouvait en présence d'un cas de contrat avec soi-même soumis à ratification [106]. Il est dès lors établi pour le Tribunal fédéral que l'OR avait l'obligation d'aviser les «organes désignés par la loi» conformément à l'article 729, al. 1, CO [107]. Reste à savoir comment et à qui cet avis aurait dû être adressé. Aurait-il fallu aviser uniquement le conseil d'administration ou également l'assemblée générale? Aurait-il fallu convoquer sans délai une assemblée générale [108]?

L'autorité de première instance avait considéré la compensation comme admissible parce que le solde net du prêt de l'actionnaire avait augmenté de CHF 344 000 et que ce solde n'a plus subi de diminution jusqu'à l'ouverture de la faillite, ce qui non seulement ne lésait pas les autres actionnaires, mais les avantageait même. Le Tribunal fédéral a rejeté cet argument pour le motif que la société avait été départie d'une partie de l'actif ne changeait rien à l'affaire [109]. Cette motivation n'est pas évidente. Que peut-on reprocher au créancier qui réduit de manière illicite son prêt soumis à postposition par une compensation et qui répare ensuite son erreur par un remboursement? L'argument du Tribunal fédéral est en revanche défendable dans la mesure où la compensation concernait expressément la créance postposée et que les augmentations du solde n'étaient pas soumises à postposition. On pourrait imaginer que l'augmentation du solde ait précédé la compensation. Auquel cas, D aurait pu soutenir que la compensation ne concernait que la part libre du solde du prêt [110].

2.1.2.4 Contrôle des avoirs/Défaut de pointage des soldes bancaires/Absence de réserve/*ATF 127 III 453 ss [111]*

La violation de l'obligation [112] du réviseur a consisté dans le fait de n'avoir pas vérifié si les soldes bancaires coïncidaient avec la comptabilité. La violation n'a pas été contestée par le réviseur. Elle a permis des abus de confiance durant la période de 1982 à 1992 pour un montant de l'ordre de CHF 1 million.

2.1.2.5 Contrôle des évaluations/Provisions pour impôts/Absence de réserve/Tribunal de commerce de Zurich du 6.12.02

En plus des exigences mentionnées sous chiffres 1.2 et 2.1.2.2.3, il arrive de plus en plus que le client rende l'organe de révision responsable de ses propres fautes. Cela se passe souvent à propos de la TVA du fait que le contrôle de cet impôt, qui reste mal connu, engendre souvent des demandes de suppléments d'impôt. Même dans les cas où la société se fait conseiller par des experts-comptables juristes [113], on essaie de faire supporter la charge fiscale supplémentaire à l'organe de révision pour le motif que ce dernier a vérifié le poste impôts sans formuler de remarques. En pareils cas, le client bloque le paiement de la totalité des honoraires, même ceux relatifs aux prestations de contrôles fournies régulièrement et invoque la compensation avec les dépenses futures.

Dans un cas exemplaire, le Tribunal de commerce de Zurich s'est prononcé le 6 décembre 2002 [114] en faveur de l'organe de révision. Faits: la société X a omis, pour des raisons inexplicables, de déposer des déclarations d'impôts des années durant. Elle a été imposée d'office et le montant réclamé s'est révélé être plus élevé que ce qu'elle devait. X a soutenu que l'organe de révision était coresponsable des problèmes fiscaux et qu'il aurait dû découvrir la différence entre le résultat et la somme d'impôt. Il aurait aussi dû vérifier les évaluations.

Dans sa décision, qui est entrée en force, le Tribunal de commerce constate ce qui suit: l'organe de révision vérifie si les comptes annuels sont établis conformément aux principes qui régissent la tenue en bonne et due forme de la comptabilité. Il vérifie, selon sa libre appréciation et conformément au principe de l'importance, les postes qui lui paraissent critiques. Si les postes impôts – comme c'est le cas d'espèce – n'en font pas partie, il se peut très bien qu'il ne les examine que de manière superficielle. Le fait qu'il ait eu connaissance des rappels de l'autorité fiscale concernant la déclaration d'impôt n'y change rien. Même s'il a vu les appré-

ciations des évaluations, rien ne prouve qu'elles n'aient pas été voulues par X. Il n'appartient pas à l'organe de révision de surveiller la marche de la gestion. Le fait de ne pas déposer sa déclaration d'impôt ne constitue pas non plus une violation légale au sens de l'article 729b, al. 1, CO, car la conséquence en est une taxation d'office. Au demeurant, l'organe de révision n'a pas à rechercher les violations légales. Il n'avait donc pas l'obligation de faire une remarque.

2.1.2.6 Organe de révision de fait/Absence de réserve/Aucune assemblée générale/ATF 119 II 255 ss [115]

Un organe de révision de fait, ayant tout de même établi trois rapports de contrôle pour trois exercices annuels, peut-il être tenu pour responsable de rapports défectueux? L'arrêt ne permet pas savoir quel est le genre de violation légale qui lui est reproché. Etant donné que le conseil d'administration n'a jamais convoqué d'assemblée générale durant cette période, le Tribunal fédéral dénie toute responsabilité car, même s'il est faux, un rapport de révision ne peut tromper une assemblée générale qui n'a pas eu lieu.

Il est intéressant de noter que la question de l'obligation du réviseur de convoquer l'assemblée générale – question controversée dans la doctrine [116] – n'a pas été abordée. Une remarque concernant l'article 699, al. 2, CO aurait dû figurer dans le 2^e rapport annuel au moins. Cette lacune peut, le cas échéant, s'expliquer par le fait que la société était menée par l'actionnaire unique – responsable de la mauvaise gestion – et que les trois autres membres du conseil d'administration étaient parfaitement au courant de la gestion. Une information de l'assemblée générale n'aurait pas eu de sens (infra 2.3.2).

2.1.2.7 Contrôle des avoirs/Défaut de contrôle des stocks de marchandises/Absence de réserve/ATF du 28.9.00 [117]

Faits: L'OR a fonctionné comme organe de révision de X S.A. depuis 1985. Le rapport de révision pour l'exercice 1987 ne contenait aucune réserve. Un nouvel investisseur est entré dans la so-

ciété 1988 en se fondant notamment sur ce rapport. Le rapport 1988 ne contenait pas davantage de réserve. L'investisseur a été élu au conseil d'administration le 23 décembre 1988, mais il n'a pu accéder aux dossiers qu'à partir de mai 1989. En juin 1989, il a découvert que les stocks de marchandises étaient surévalués depuis 1987 pour un montant de l'ordre de CHF 325 000, ce qui a conduit à un surendettement et à l'ouverture de la faillite à fin 1989.

L'OR n'a jamais vérifié les stocks de marchandises au cours des années 1987 à 1989 et s'est fié au conseil d'administration. Le rapport entre la somme inscrite au bilan et la valeur des stocks exigeait pour le moins un contrôle par sondage [118]. L'OR aurait alors pu découvrir la violation de l'article 666 CO et signaler la chose dans son rapport sous forme d'une réserve adéquate [119]. La violation d'une obligation a ainsi été établie.

2.1.3 Responsabilité de l'organe de révision vis-à-vis de tiers/ATF du 19.12.97

La question de savoir si et dans quelle mesure l'organe de révision endosse une fonction de protection à l'égard de tiers, qu'il s'agisse de futurs actionnaires ou de créanciers (investisseurs potentiels), est controversée depuis belle lurette. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a abordé cette question à moult reprises, mais le plus souvent de manière indéterminée en faisant allusion aux «fonctions publiques» de l'organe de révision [120]. C'est seulement dans l'ATF 106 II 232 ss qu'il nomme expressément les futurs créanciers et actionnaires comme personnes devant être protégées, mais sans aucune motivation. Dans la doctrine, les avis sont partagés pour de bonnes raisons [121]. Dans l'ensemble, l'opinion la plus fondée semble être celle de Ruoss [122]. Elle est basée sur une vision générale, tient compte judicieusement des possibilités juridiques des quelques instruments à la disposition de l'organe de révision et arrive à la conclusion que ce dernier n'a pas à répondre en vertu de l'article 755 CO vis-à-vis d'investisseurs potentiels [123]. Il répond tout au plus des actes illicites d'un organe en vertu de l'article 41 CO

ou de l'article 55, al. 3, CC. Il a en outre le devoir de signaler un surendettement manifeste conformément à l'article 729, al. 2, CO, fait qui peut aussi avoir de l'importance pour de futurs investisseurs [124].

Pour Böckli également [125], même un rapport de révision défectueux ne constitue pas une base pouvant fonder une responsabilité à l'égard des réviseurs. La seule exception admise par cet auteur est le cas où les investisseurs sont victimes d'un acte illicite de l'organe de révision au sens de l'article 41 CO. Il en va notamment ainsi lorsque l'organe de révision connaissait l'importance que le rapport revêtait pour un investisseur parce que ce dernier s'est adressé directement à lui et qu'il n'a pas réagi [126].

Forstmoser juge également la situation juridique de manière analogue [127]. Le rapport de révision ne se prononce pas sur les critères qui intéressent le plus souvent les investisseurs, à savoir la santé financière de la société, la qualité de la gestion et les chances de développement [128]. En revanche, Forstmoser estime que les devoirs de contrôle de l'organe de révision constituent une fonction de protection également pour les futurs investisseurs [129].

Néanmoins, dans son arrêt du 19 décembre 1997 [130], le Tribunal fédéral a jugé qu'un investisseur potentiel, ayant acquis toutes les actions d'une société en se basant sur un rapport de révision défectueux, avait qualité pour agir en justice. Ce cas a ceci de spécial qu'avant l'achat des actions, l'investisseur avait contacté par écrit l'organe de révision pour attirer son attention sur le fait que le rapport de révision concernant un bilan déterminé constituait un élément essentiel du contrat de vente, parce que le vendeur ne pouvait pas fournir d'autres garanties. Et l'organe de révision n'avait pas réagi [131]. Est-ce à dire que l'organe de révision doit réagir immédiatement à toute intervention écrite, quelle qu'en soit la forme, qui concerne le rapport de révision et décliner toute responsabilité [132]? Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas basé son jugement sur cet aspect particulier du principe de la confiance. Il se fonde d'une manière générale sur les fonc-

tions protectrices de l'organe de révision vis-à-vis des tiers [133]. Il se base sur quelques indices [134], peu nombreux, et passe totalement sous silence l'argumentation adverse.

Cet arrêt ne manque pas d'étonner pour une autre raison. Le rapport de révision litigieux présentait de sérieuses restrictions [135]. Il contenait des réserves au sujet des valeurs de continuation de l'exploitation par suite de sérieux problèmes de trésorerie, en raison des risques de cumul qui grevaient les créances internes du groupe et de l'absence de provisions susceptible de provoquer un surendettement (par rapport aux fonds propres de CHF 1,45 million, l'organe de révision estimait que la «plus grande partie» du montant des créances de CHF 10,1 millions devait être couverte par des provisions). Le rapport signalait en outre une violation de l'article 680 CO (interdiction de restituer les apports) et le fait qu'en dépit des raisons sérieuses d'admettre un surendettement, le conseil d'administration n'avait pas rempli les devoirs que lui impose l'article 725, al. 2, CO. Compte tenu de ces réserves, on peut comprendre que l'organe de révision n'ait pas réagi à la lettre de l'investisseur. En vertu de cet arrêt du Tribunal fédéral, il est étonnant qu'un investisseur qui dispose d'un rapport aussi restrictif ne soit pas tenu de procéder à ses propres investigations pour se rendre compte de la valeur réelle des éléments de l'actif. Il est certes exact que l'organe de révision aurait dû recommander le renvoi des comptes [136]. Et il ne peut s'en tirer en se référant aux chances futures d'assainissement [137] (ou à la vente litigieuse). Mais cette lacune ne permet pas de justifier la confiance de l'investisseur en la valeur réelle de l'actif.

Il est évident que le risque de l'organe de révision de voir sa responsabilité engagée s'est étendu [138]. Il reste à espérer que le Tribunal fédéral se penche sur les arguments en sens contraire et adapte sa jurisprudence [139]. Selon celle-ci et à l'encontre de l'avis des principaux auteurs [140], l'organe de révision doit s'attendre à ce que les tiers puissent se fonder sur ses rapports. Il ferait bien de relativiser cette confiance chaque fois qu'il a connaissance du fait

qu'un investisseur entend s'appuyer sur son rapport [141].

Les conséquences de cette jurisprudence sont toutefois atténuées dans la pratique par l'ATF 122 III 176 ss dont il a été question plus haut, en ce sens que, dans un cas de faillite, l'action en responsabilité des actionnaires et des créanciers n'est pas recevable lorsque l'obligation de rapporter repose sur une norme ayant une double fonction de protection. Ce n'est que dans les cas de continuation de l'exploitation qu'une telle action est admissible [142].

2.2 Le dommage

2.2.1 Généralités

Le Tribunal fédéral a décrété à plusieurs reprises que le dommage à prendre en compte selon le droit régissant la responsabilité résultait de la différence entre l'état actuel du patrimoine et l'état qui serait celui de la fortune si l'événement dommageable ne s'était pas produit [143]. Il l'a confirmé à plusieurs reprises sous l'empire du nouveau droit car les demandeurs négligent la plupart du temps d'opérer ce calcul [144]. Ils préfèrent reporter le fardeau de la preuve sur l'organe de révision. On attend de ce dernier qu'il prouve qu'il n'y a pas eu de dommage ou que le préjudice est moins important que le chiffre articulé arbitrairement par les demandeurs [145]. On tente souvent aussi de s'en remettre au juge en se référant à l'article 42, al. 2, CO. Le calcul du dommage est cependant possible et raisonnablement exigible, de sorte que les tribunaux rejettent les demandes qui ne sont pas motivées sur ce point.

2.2.2 Dans la jurisprudence et la doctrine

2.2.2.1 Confirmation de la théorie de la différence

Le Tribunal fédéral a confirmé ce principe dans l'ATF du 16 novembre 1999 [146] où il constate que deux valeurs de liquidation doivent être comparées: celle qui existait au moment de l'ouverture de la faillite et celle qui aurait prévalu à fin septembre 1994, date de l'ouverture théorique de la faillite.

Le dommage résulte de la différence de l'excédent passif entre ces deux dates.

L'ATF du 19 juin 2001 [147] confirme également la théorie de la différence. L'autorité de 1^{ère} instance avait refusé à la créancière demanderesse d'admettre un préjudice parce que son avoir avait diminué de CHF 1,1 million à CHF 0,65 million entre le moment où la prétendue violation d'une obligation s'est produite et la date de l'ouverture de la faillite. En réalité, l'évolution de l'avoir ne montre que l'état de la fortune en tenant compte de la violation de l'obligation. Or, seule une comparaison avec l'évolution hypothétique sans la violation de l'obligation permet de déterminer l'existence d'un dommage [148]. Sans cette violation, la créance aurait pu par exemple être entièrement amortie.

Il en va de même dans l'ATF 128 III 180 ss [149], dans lequel les demandeurs réclamaient à l'OR le paiement de respectivement CHF 400 000 et CHF 100 000. L'absence de calcul du dommage selon la théorie de la différence a engendré le rejet de la demande.

Le Tribunal de commerce de St-Gall a également rejeté une demande, le 16 août 2000 [150], parce que la théorie de la différence n'avait pas été respectée. Faits: A l'issue de la procédure de faillite concernant la société X S.A., le montant des pertes des créanciers s'élevait à CHF 552 500. La demanderesse encourait elle-même une perte de CHF 60 000. Sa créance fut colloquée définitivement pour ce montant. L'OR n'était pas créancier de X et ne figurait pas dans l'état de collocation. La créancière a actionné l'OR en paiement du dommage de CHF 60 000.

Le créancier qui réclame simplement le montant total de la perte ou une partie de ce montant – selon les considérants du Tribunal de commerce [151] – ne se conforme pas à la théorie de la différence. Le demandeur doit, en même temps que la violation d'une obligation, prouver quel est le montant effectif de l'atteinte au patrimoine résultant de cette violation ou de quel montant la perte aurait pu être réduite si cette violation ne s'était pas produite. L'indica-

tion du montant fixé dans l'état de collocation ne suffit pas.

2.2.2.2 Les créances colloquées définitivement peuvent faire l'objet d'un examen matériel

Les considérants du Tribunal de commerce de St-Gall au sujet de la collocation d'une créance ne manquent pas non plus d'intérêt. Ce Tribunal considère en effet que le juge chargé d'examiner la responsabilité des organes n'est lié par l'état de collocation définitif que dans la mesure où la qualité d'agir du demandeur ne peut plus être remise en cause [152]. Il peut en revanche examiner librement si les conditions relatives à la responsabilité selon le droit régissant cette matière – et, partant, si le montant du dommage – sont réunies. Le Tribunal fédéral a également confirmé ce point de vue dans l'ATF 119 III 124 [153]. Cela ne signifie rien d'autre que ceci: la collocation définitive d'une créance ne préjuge pas de son existence dans un procès en responsabilité car l'état de collocation ne déploie ses effets que pour la procédure de faillite en cours. Dans un jugement du 24 février 2000 [154], la Cour suprême du canton de Zurich a également estimé qu'il serait inéquitable de refuser à un organe de la société, dont la responsabilité est mise en cause en vertu du droit régissant les sociétés anonymes, d'attaquer une créance colloquée et de l'obliger à accepter son existence sans égard au fait qu'elle soit fondée ou non.

Ce point de vue se justifie d'autant que, dans la plupart des faillites, les créances produites ne sont pas examinées «faute d'intérêt», c'est-à-dire en raison des perspectives de dividende inexistantes. Si le demandeur fait valoir en justice l'ensemble du préjudice causé aux créanciers, qui s'élève à CHF 552 500, c'est que la totalité des créances colloquées peut être remise en cause [155]. Si K ne fait valoir que sa propre créance de CHF 60 000, la contestation est limitée à sa propre créance. Certaines questions demeurent en suspens. Que se passe-t-il s'il apparaît que la créance de K n'est fondée matériellement que pour un montant de CHF 5 000, par exemple? Faut-il s'en tenir à la somme de CHF 60 000 [156], auquel cas K

devra, en cas de succès, restituer à la masse le montant de CHF 55 000 [157]? Ou bien la somme litigieuse se réduira-t-elle à CHF 5 000? Dans les deux cas, K ne perd-il pas de fait l'intérêt au procès? Que se passe-t-il s'il apparaît que K ne dispose matériellement d'aucune créance? Peut-on alors contester sa qualité pour agir [158]?

2.2.2.3 Répartition du fardeau de la preuve, notamment dans le cas de l'article 42, al. 2, CO

La pratique enseigne que le demandeur tente d'éviter la preuve du dommage et de renvoyer à l'article 42, al. 2, CO. La confrontation avec la doctrine et la jurisprudence montre que cette esquivance n'est pas possible. Le texte légal lui-même est clair à ce sujet: le juge est uniquement autorisé à déterminer le dommage dont le «montant exact ne peut être établi». Cette disposition est applicable par exemple pour fixer les dommages-intérêts négatifs ou lorsque le dommage en soi ne peut pas être établi, mais que son existence s'impose avec une certaine conviction en vertu des circonstances [159]. Il apparaît qu'il s'agit surtout de préjudices d'ordre moral qui échappent à toute quantification. Tel n'est pas l'objet de la demande en dommages-intérêts [160]. Une demande qui ne fixe pas le montant du dommage doit être rejetée pour manque de motivation.

Un regard sur la jurisprudence montre également qu'il s'agit de cas pour lesquels un calcul n'est pas possible. Citons par exemple l'ATF 102 II 11 qui concernait l'évaluation d'une collection de timbres-poste disparue. Pour fixer la créance du déposant, il fallait dès lors évaluer la valeur de la collection dont la composition était inconnue. Pour ce faire, le tribunal s'est laissé guider par le montant du prêt consenti sur cette collection. Il en a été de même dans l'ATF 105 II 89 E3 où le montant exact du dommage ne pouvait être établi du fait que les preuves faisaient défaut ou que leur administration ne pouvait être exigée raisonnablement du lésé. De même encore, l'ATF 118 II 312 s. où il s'agissait d'un salarié qui avait quitté son emploi sans justes motifs. Outre l'admission d'un dommage forfaitaire au sens de l'article 337d,

al. 1, CO correspondant au quart du salaire mensuel, le Tribunal fédéral a reconnu à l'employeur la possibilité de faire valoir un préjudice à fixer équitablement conformément à l'article 42, al. 2, CO. Le seul fait que le législateur ait prévu l'octroi d'une indemnité forfaitaire montre qu'en pareils cas la détermination du montant exact du dommage n'est pas possible.

A propos du fardeau de la preuve, le Tribunal fédéral a, dans l'ATF 128 III 180 ss [161], jugé que, même si les prescriptions relatives à la fondation d'une société anonyme sont relativement détaillées, on ne saurait en déduire que la preuve du dommage incombe uniquement aux défendeurs (ou qu'ils doivent prouver qu'il n'y a pas de dommage). Il appartient aux demandeurs d'établir le préjudice et le lien de causalité. En l'occurrence, les demandeurs ont omis de le faire, raison pour laquelle la demande a été rejetée [162].

2.2.3 Détermination du montant du dommage

Selon les articles 43 et 44 CO, les dommages-intérêts peuvent être réduits. Ce peut être notamment le cas si la partie lésée est elle-même responsable du dommage (art. 44, al. 1) ou en cas de faute légère de la partie responsable (art. 43, al. 1), etc. [163].

L'ATF du 16 novembre 1999 [164] précise que la violation d'une obligation de la part du conseil d'administration ne saurait constituer un motif d'exonération de l'organe de révision au sens de l'article 43, al. 1, CO car le devoir d'intervention de ce dernier est conditionné par la violation de la part du conseil d'administration. De même, l'espoir d'une revalorisation prochaine des valeurs immobilières ou l'objection de l'OR selon laquelle la notion de «surendettement manifeste» n'était pas clairement définie par la doctrine et la jurisprudence en 1993 ne constitue pas aux yeux du Tribunal fédéral un motif de réduction.

L'OR demanda en outre une réduction des dommages-intérêts du fait que les demandeurs, en tant que banques créancières, auraient consenti à retarder l'annonce du surendettement (art.

44 CO). Le Tribunal fédéral ne s'est pas laissé convaincre par cet argument. Etant donné que l'obligation de l'OR d'aviser sert à protéger tous les créanciers (y compris les futurs), il importait peu que les créanciers existants aient approuvé ou non l'ajournement de l'annonce obligatoire [165]. Dès lors qu'il existe un risque que de nouveaux créanciers soient lésés, un ajournement de l'annonce est illicite. Dans le cas particulier, il ne s'agissait pas de savoir si le comportement des représentants des banques pouvait être interprété comme «approbation des tentatives d'assainissement». Il importe peu que les banques créancières aient commis une faute du moment que la demande

mandataire (ou du réviseur) ne se mesure pas seulement sur la base de critères objectifs et que la gratuité ou quasi-gratuité d'un mandat peut constituer un motif de réduction des devoirs de diligence du mandataire. C'est ainsi que l'article 99, al. 2, CO prévoit que la responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire et qu'elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur [168].

Dans l'ATF du 28 septembre 2000 [169], le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une faute de la part de l'investisseur, bien que l'OR ait prétendu que ce der-

de causalité naturelle qui existe chaque fois que l'on ne peut pas faire abstraction du comportement litigieux sans que le résultat lui-même ne disparaisse. Il faut ensuite que ce rapport de causalité soit adéquat. Dans l'ATF 113 II 57, le Tribunal fédéral a précisé ce qu'il fallait entendre par rapport de causalité adéquate fondant la responsabilité au sens du droit des sociétés anonymes: un tel rapport existe «si, selon le cours habituel des choses et l'expérience de la vie, il est de nature à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît généralement favorisée par cet événement...». L'application de cette règle aux agissements de l'organe de révision se complique quelque peu du fait que la violation d'une obligation consiste généralement dans une omission de sa part. Par définition, il ne peut pas exister un lien de causalité naturelle entre une omission fautive et la survenance d'un préjudice. Un «non-fait» ne peut être la cause de quelque chose, par exemple d'un dommage. Pour déterminer la responsabilité de l'organe de révision, il faut dès lors élaborer des hypothèses. Il faut se demander si un dommage serait survenu dans l'hypothèse où, au lieu de s'abstenir, l'organe de révision avait agi conformément à ses obligations. Pour déterminer cette causalité hypothétique, il faut normalement se fonder sur l'expérience générale de la vie (ATF 115 II 447) [171]. Une telle «complication» est toutefois justifiée: il est évident qu'un rapport qui ne relate pas une faute commise n'a pas forcément les mêmes effets que la faute elle-même.

«Pour que la responsabilité d'une personne soit engagée, il faut qu'il existe un rapport de cause à effet entre son comportement illicite et le dommage.»

n'émane pas des créanciers eux-mêmes mais de la société X S.A. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'administration de la faillite intervient dans une procédure en responsabilité dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers. Une faute éventuelle de certains créanciers ne saurait être invoquée à l'encontre de la demande.

L'ATF 127 III 453 ss [166] a confirmé les motifs de réduction retenus par l'autorité de 1^{ère} instance qui a condamné l'organe de révision à payer une indemnité de dédommagement correspondant aux 2/3 du montant réclamé. Le Tribunal cantonal avait jugé qu'il ne faisait pas de doute que la demanderesse avait favorisé elle-même la survenance du dommage en négligeant ses contrôles. Il fallait voir dans cette négligence la violation d'une obligation [167]. D'autre part, force était de constater que la note d'honoraires de l'expert-comptable était excessivement modeste, ce qui constituait également un motif de réduction de sa responsabilité. Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral rappelle que, selon une jurisprudence constante, le devoir de diligence du

nier avait accepté les comptes annuels de 1998 et, partant, la surévaluation de l'actif. Etant donné que ces comptes n'avaient joué aucun rôle dans la prise de décision de 1987 concernant l'investissement, le Tribunal fédéral n'a pas retenu de faute personnelle de sa part. On pouvait aussi se demander si l'investisseur n'aurait pas dû procéder à des contrôles plus poussés au moment de son investissement. Le Tribunal a estimé que cela n'était pas nécessaire parce qu'il avait examiné la situation financière de la société sur la base de documents qui avait été vérifiés par une «grande fiduciaire». Au surplus, la somme investie étant relativement peu importante, il aurait été disproportionné d'exiger de lui qu'il procède à ses propres investigations [170].

2.3 Un lien de causalité adéquate

2.3.1 Généralités

Pour que la responsabilité d'une personne soit engagée, il faut qu'il existe un rapport de cause à effet entre son comportement illicite et le dommage. On entend tout d'abord par là un lien

2.3.2 Dans la jurisprudence et la doctrine

Dans l'ATF 128 III 180 ss [172], la demanderesse n'argumente pas sur le rapport de causalité adéquate entre les prétendues violations d'obligations et le dommage. Le Tribunal fédéral constate certes que les dispositions relatives à la fondation de la société ont été violées. Nous pensons que le réviseur n'a pas non plus rempli ses obligations [173]. Mais le Tribunal fédéral estime, comme si cela allait de soi, que cette violation n'entraîne pas automatiquement un préjudice pour la société. La demande devait dès lors être rejetée

au motif que la demanderesse n'avait pas établi que la violation des obligations commise lors de la fondation de la société X n'avait pas provoqué de dommage.

Dans l'ATF 119 II 259 [174], il constate que même un rapport de révision défectueux (trop favorable) n'est pas la cause adéquate du dommage lorsqu'il est présenté à l'assemblée générale où seul est présent l'actionnaire unique, responsable de la déconfiture de la société. Même s'il avait été établi en bonne et due forme, ce rapport n'aurait servi à rien.

Dans l'ATF 129 III 129 ss [175], le demandeur reproche à l'OR d'avoir violé ses obligations en ne signalant pas par écrit des compensations injustifiées de créances postposées. Le Tribunal fédéral a toutefois nié l'existence d'un rapport de causalité adéquate entre cette violation d'obligation et le dommage car la mention de cette compensation n'aurait pas empêché le dommage de se produire. Au demeurant, une telle mention n'aurait pas eu d'effets préventifs puisqu'aucune autre compensation n'a eu lieu par la suite. Le Tribunal a donc nié l'existence d'un lien de causalité adéquate [176].

Dans l'ATF du 25 juin 2003 [177], le Tribunal fédéral nie l'existence d'un rapport de causalité adéquate entre la violation d'une obligation des réviseurs et le dommage. A la date de l'assemblée générale du 25 mai 1991, la CFB était déjà intervenue. Une remarque des réviseurs à l'intention de l'assemblée générale n'aurait pas accéléré les choses, ni entraîné une réduction du dommage.

Dans l'ATF 127 III 453 ss [178], l'OR soutient qu'il n'existe pas de rapport de causalité adéquate entre les violations des obligations et le dommage subi par la société. Pour répondre à cette allégation, le Tribunal fédéral se fonde sur le jugement du Tribunal cantonal, qui se basait lui-même sur une expertise juridique, laquelle était arrivée à la conclusion que si l'OR n'avait pas enfreint constamment ses obligations, les abus de confiance n'auraient pas duré si longtemps. On ne saurait dès lors nier l'existence d'un rapport de causalité adéquate.

L'OR soutient en outre que le rapport de causalité adéquate avait été interrompu par les graves manquements du conseil d'administration de la demanderesse. Le Tribunal fédéral fait remarquer que la solidarité prévue à l'article 759, chiffre 1, CO n'empêche pas d'invoquer l'exception d'interruption du lien de causalité, à condition toutefois que l'événement libérateur soit d'une importance telle qu'il fasse apparaître le lien de causalité entre la violation de l'obligation du réviseur et le dommage comme inadéquat et le relègue même tout à fait à l'arrière-plan. Cela suppose toutefois des exigences très élevées. En l'occurrence, la demanderesse a effectivement manqué à ses devoirs de surveillance. Elle n'a plus surveillé le moins du monde la fiduciaire chargée de la comptabilité et dans laquelle les abus de confiance se sont produits et, partant, le comportement de la demanderesse n'est pas au-dessus de tout soupçon. Au demeurant, les manquements en question ne sont pas d'une gravité telle qu'ils interrompent le rapport de causalité.

Dans l'ATF du 3 mars 1998 [179], le Tribunal fédéral s'est demandé si le rapport de causalité entre la violation de l'obligation de l'organe de révision et le dommage avait été interrompu par le comportement criminel (intentionnel) de la comptable et un contrôle insuffisant du conseil d'administration. Il n'a pas considéré ces facteurs comme suffisamment graves pour justifier une interruption du rapport en question [180].

2.4 Faute/Solidarité

2.4.1 Généralités et littérature

Toute faute – même une légère négligence – suffit pour fonder la responsabilité au sens du droit des sociétés anonymes [181]. L'article 759, al. 1, aCO règle la responsabilité solidaire pour le même dommage de manière absolue [182]. Même les personnes qui ont commis une légère infraction à une obligation répondent de la totalité du dommage qui résulte du fait de personnes qui ont commis, le cas échéant, une faute grave. Selon le nouveau droit des sociétés anonymes, une personne qui est coupable d'une légère violation

d'une obligation ne répond vis-à-vis des tiers que du dommage qui est dans un rapport de causalité adéquate avec cette violation [183]. Ce n'est que dans les cas de violation grave d'une obligation que l'ancienne réglementation de la solidarité entre en ligne de compte. Depuis l'ATF 122 III 324 [184], l'on sait à coup sûr que le nouveau droit des sociétés anonymes relatif à la responsabilité est également applicable aux cas de l'ancien droit [185].

2.4.2 Dans la jurisprudence

Le plus souvent, les violations d'obligations des organes de révision sont légères, que ce soit par rapport à celles commises par le conseil d'administration ou que ce soit dans l'absolu. Il est dès lors extrêmement important d'un point de vue pratique qu'ils ne répondent pas vis-à-vis des tiers de la totalité du dommage lorsque la violation est bénigne. Pour l'activité pratique de l'organe de révision – qui doit très souvent procéder à une évaluation des risques – il importe de savoir quels sont les risques qui peuvent conduire à une violation d'une obligation, qu'elle soit grave ou légère. Il est curieux de constater que le degré de gravité de la faute dont il est question dans les rapports envisagés ici ne prête guère à contestation de la part des organes de révision qui font l'objet d'une action en justice.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 1999 [186] constitue à cet égard une exception intéressante. Faits: La société D S.A. a été fondée en 1978. Elle travaillait dans la production de vêtements. D a été déclarée en faillite le 9 décembre 1986. Le surendettement avait atteint CHF 5,7 millions. En 1990, les créanciers cessionnaires de la masse en faillite ont ouvert action contre tous les membres du conseil d'administration et contre son organe de révision. Le 14 mai 1998, le Tribunal cantonal du Jura a condamné l'OR et le conseil d'administration à payer solidairement à la masse en faillite la somme de CHF 500 000.

L'OR a déposé un recours en réforme auprès du Tribunal fédéral contre ce jugement. Il a conclu que le montant résultant de sa responsabilité soit réduit à CHF 150 000 car il n'avait commis

qu'une faute légère et, partant, une violation peu importante d'une obligation. Son unique erreur avait été de n'avoir pas détecté la surévaluation des immeubles dès 1980. Pour sa part, le tribunal cantonal avait – en se fondant sur une expertise – reproché à l'OR les faits [187] suivants:

Si l'on prenait en considération les biens à leur valeur d'exploitation, D

avait été surendettée du premier au dernier exercice annuel. Or, l'OR n'avait pas remarqué que les immeubles avaient été surévalués pour un montant de CHF 0,5 million, que des participations dans des filiales et les prêts accordés à ces dernières n'avaient pas été provisionnés depuis le 1er décembre 1984, qu'une créance de CHF 1,5 million à l'égard d'un débiteur résidant aux Etats-Unis, datant de 1985,

n'avait pas été amortie, que, de ce fait, la comptabilité n'était pas en ordre, que le conseil d'administration tout comme l'OR auraient dû déceler ces erreurs et que les rapports de révision afférents aux exercices 1980, 1981 et 1982 avaient certes mentionné le surendettement sans référence toutefois à l'article 725 CO du fait qu'ils signalaient les postpositions des actionnaires (ou des garanties de couverture). Il fallait d'autre

DER SCHWEIZER TREUHÄNDER
L'EXPERT-COMPTABLE SUISSE

Zukunft der Wirtschaftsprüfung

Spezialnummer ST 5/04

Die Globalisierung und eine Reihe von Unternehmensskandalen im In- und Ausland verstärken den Ruf nach staatlicher Regulierung und internationaler Harmonisierung der Wirtschaftsprüfung. In der Spezialnummer zur Zukunft der Wirtschaftsprüfung äussern sich namhafte Autoren mit internationaler und KMU-Erfahrung zu den Chancen und Erwartungen der Neuregelung der Revision: Was soll der Gesetzgeber festlegen, was sollen private Gremien regulieren? Wie wird die Qualität der Wirtschaftsprüfung gesichert? Was bringen die neuen Schweizer Prüfungsstandards? Wann sind der Wirtschaftsprüfer und die Revisionsstelle unabhängig? Lässt sich die Wirtschaftsprüfung mit der Steuerberatung vereinbaren? Antworten finden Sie in unserer Spezialnummer.

Ich bestelle _____ Ex. «Der Schweizer Treuhänder» 5/04

Spezialnummer «Zukunft der Wirtschaftsprüfung»

Preis: CHF 28.– (inkl. MWST/plus CHF 5.– Versand)

Firma _____

Name/Vorname _____

Strasse _____

PLZ/Ort _____

Datum _____ Unterschrift _____

Bitte senden an:

sihldruck, Druckerei an der Sihl AG

Kasernenstrasse 23, 8021 Zürich

Fax 01 295 97 98, Telefon 01 295 97 97

ghofmaenner@sihldruck.ch

part admettre que l'OR n'avait pas vérifié sur le plan juridique les postpositions ni les garanties de couverture et que, même, il ne les avait pas lues, car, dans le cas contraire, il aurait facilement découvert leur caractère douteux, voire leur nullité. Enfin, l'OR aurait dû savoir que les «garanties de couverture» (tout comme les garanties ou les lettres de patronage) ne dispensent pas de l'obligation de mentionner l'article 725 CO [188].

L'OR a rétorqué que ses manquements étaient mineurs par rapport à ceux du conseil d'administration. Le problème essentiel concernait la créance contre le débiteur domicilié aux Etats-Unis, un risque de cumul que le conseil d'administration n'aurait jamais dû prendre. Toute la problématique à laquelle la société a dû faire face n'est apparue que lorsque ce risque a été accepté et que le débiteur n'a pas pu s'exécuter. En outre, la politique de production du conseil d'administration avait été si mauvaise depuis 1986 que les ventes avaient dû être interrompues.

dent les qualifications nécessaires à l'accomplissement de leur tâche. L'article 727b CO stipule même que les réviseurs doivent, dans certains cas, posséder des qualifications professionnelles particulières. Le Tribunal fédéral en conclut que l'organe de révision doit en tout cas être en mesure de juger de la clarté et de l'exactitude d'un bilan et de détecter les erreurs [189].

Mais comment, dans la pratique, distinguer la violation légère d'une violation grave d'une obligation? Pour répondre à cette question, le Tribunal fédéral [190] se réfère tout d'abord à sa jurisprudence précédente. Il démontre que tous les auteurs qui se sont exprimés sur cette question partent du principe qu'une violation grave d'une obligation entraîne une solidarité entière vis-à-vis des tiers, alors qu'une violation légère justifie une réduction de la solidarité proportionnelle à la faute commise. Dans l'ATF 100 II 332 consid. 3a), le Tribunal fédéral a constaté pour la première fois qu'entre une violation légère et une violation grave d'une obli-

distinction entre la violation légère, moyenne ou grave. Il a admis l'existence d'une violation grave des obligations incombant à l'OR parce que celui-ci n'avait pas détecté que les règles fondamentales de comptabilité n'avaient pas été respectées depuis 1980, qu'il n'avait pas exigé des mesures au sens de l'article 725, al. 3, CO, qu'il avait répété ses erreurs pendant plusieurs années et que des sommes d'argent importantes étaient en jeu. Toutes ces fautes étaient graves et le fait de n'avoir pas vérifié la déclaration de postposition ou la «garantie de couverture» l'était probablement aussi [191].

L'argumentation de l'OR selon laquelle l'aggravation de la situation ne serait intervenue qu'en 1986 est sans pertinence car, s'il avait exécuté ses obligations à temps, la faillite aurait certainement été déclarée avant le 9 décembre 1986. Le Tribunal fédéral estime en effet que la faillite serait intervenue en tout cas avant que la Banque cantonale jurassienne n'accorde de nouveaux crédits ou qu'en l'état désastreux de la situation, elle ne les aurait pas accordés.

Dans l'ATF du 28 septembre 2000 [192], Le Tribunal fédéral a qualifié le comportement de l'OR de violation grave d'obligations. Ce dernier n'avait pas vérifié lui-même le stock de marchandises, se fiant systématiquement aux déclarations du conseil d'administration.

«Le plus souvent, les violations d'obligations des organes de révision sont légères, que ce soit par rapport à celles commises par le conseil d'administration ou que ce soit dans l'absolu.»

Le Tribunal fédéral s'est exprimé tout d'abord au sujet des critères de la faute à prendre en compte pour juger de la gravité des violations d'obligations imputables à l'OR. Il relève que les reproches formulés par l'OR à l'encontre du conseil d'administration (risque de cumul, politique de production, etc.) ne lui sont d'aucun secours. Le degré de gravité des violations d'obligations de l'OR doit être évalué sur la base de critères propres à l'organe de révision. L'organe de révision doit s'attendre à l'application de critères sévères parce que la loi formule des exigences élevées pour ce qui concerne ses qualifications. Depuis l'introduction du nouveau droit des sociétés anonymes, ces exigences ont été accrues. C'est ainsi que l'article 727a CO exige que les réviseurs possè-

gation, il devait y avoir place pour une violation moyenne. L'expérience de la vie montre en effet que toute violation d'une obligation n'est pas forcément légère ou grave. Il s'agissait en l'occurrence de juger le cas de deux garçons de neuf ans qui avait bouté le feu à une ferme en s'amusant avec des allumettes de Bengale. Le Tribunal fédéral a jugé en l'occurrence qu'il fallait admettre l'existence d'une violation moyenne d'obligation de la part des deux enfants. Il est intéressant de noter que notre Haute Cour a ouvert ici la possibilité pour les organes de révision de se prévaloir d'une faute «moyenne» dans un procès.

Dans le cas précité, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de la

Notes

- 1 Forstmoser, Peter: Den Letzten beissen die Hunde, tiré à part de: Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zurich 2001 (ci-après: «Forstmoser»), p. 486.
- 2 Il a été tenu compte de tous les arrêts connus de nous depuis 1993 environ qui ont été rendus sur la base du nouveau droit des sociétés anonymes même s'ils concernaient des faits qui se sont déroulés sous l'ancien droit. Nous ne prétendons pas à l'intégralité. Nous avons aussi pris en considération la majeure partie des ouvrages publiés.
- 3 L'exposé ne traite pas de la responsabilité découlant de mandats spéciaux non spécifiques aux organes (ATF 112 II 262 consid. b), de la responsabilité des organes de révision selon la

- loi sur les banques (ATF 117 II 315 ss), du contrôleur spécial, du réviseur interne et du réviseur des comptes de groupes. Bien que ce dernier engage sa responsabilité en vertu de l'art. 755 CO, nous n'avons pas connaissance de cas ayant fait l'objet d'une action contre le réviseur des comptes de groupe. Il s'agit d'un domaine nouveau comportant de nombreuses questions ouvertes, vu que les comptes de groupes sont régis la plupart du temps par les normes IAS (actuellement IFRS), Swiss GAAP RPC ou US GAAP/SEC – des réglementations connues de quelques spécialistes seulement. De ce fait, il semble que, dans la pratique suisse, on n'utilise pas cette voie d'action; voir aussi Böckli, Peter: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, dans: Schriften zum neuen Aktienrecht, volume 8 Zurich 1994 (ci-après: Böckli Verantwortlichkeit»), p. 33 s.
- 4 Voir parmi beaucoup d'autres: Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zurich 1996, chapitre 13 (ci-après: «Böckli»); Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, chapitre 8 (ci-après: «Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel»).
 - 5 Emch, Urs: Dornenvolle Verantwortlichkeitsprozesse, dans: Neue Zürcher Zeitung du 4 septembre 2003 (ci-après «NZZ»), p. 27; le seul fait que l'organe de révision bénéficie d'une protection d'assurance suffit pour que celui-ci fasse partie des personnes à actionner en justice.
 - 6 Forstmoser, p. 486 ss et p. 489 s.
 - 7 Il en va de même pour le conseil d'administration de fait. Le devoir de surveiller que ce dernier et les personnes chargées de la gestion soient assurés devrait incomber aux membres du conseil d'administration inscrits au registre du commerce, avec pour conséquence qu'en cas de violation d'une obligation ils répondent des fautes commises comme de leur propre faute. Si un membre du conseil d'administration ne s'assure pas ou ne trouve pas d'assureur, il devrait être exclu de toutes tâches de gestion et être radié du registre du commerce.
 - 8 Il n'existe pas davantage une telle prescription dans la législation sur les banques et les bourses.
 - 9 Si les petites entreprises devaient être dispensées de l'obligation de se soumettre à une révision, comme le prévoit l'art. 43 de l'avant-projet de loi du 29 juin 1998 sur la tenue des comptes et la révision (ci-après «LECCA»), on pourrait également renoncer à assujettir ces entreprises à l'obligation de s'assurer.
 - 10 Dans ce domaine également rien n'est envisagé, bien que la LECCA ou le CO pourrait parfaitement prévoir une telle disposition en liaison avec la nouvelle loi sur la surveillance de la révision.
 - 11 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 51.
 - 12 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 53.
 - 13 Par ex. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 35 ss; Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2.A. Bâle Genève Munich 2002, Widmer, Peter/Banz, Oliver (ci-après: «BSK OR II-Widmer/Banz»), art. 757 N 7 ss; Kunz, Peter V.: Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven, dans: Aktuelle Juristische Praxis (ci-après «AJP») 11/98 (ci-après «Kunz»), p. 1281 ss; Bachmann, Roland: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, dans: AJP 5/2003, p. 499 ss.
 - 14 Forstmoser, p. 506 a).
 - 15 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 14 ss.
 - 16 Confirmé par l'ATF 125 III 86 ss.
 - 17 BSK OR II-Widmer/Banz, art. 754 N 25.
 - 18 ATF 125 III 86 ss.
 - 19 ATF du 17 avril 2000, 4C.17/2000 consid. 5.a).
 - 20 ATF 125 III 86 ss.
 - 21 ATF 128 III 183 consid. 2.d).
 - 22 Schulthess, Hans Conrad: Grenzen der Haftung des Verwaltungsrates für unmittelbaren Gläubigerschaden, dans: L'Expert-comptable suisse (ci-après «ECS») 9/99, p. 825.
 - 23 ATF 127 III 374 ss.
 - 24 ATF du 28 septembre 2000, 4C.198/2000 consid. 4.c).
 - 25 Cette jurisprudence a de quoi décontenancer si on la compare avec l'ATF du 31 décembre 1998 non publié. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral est parti du principe que, entre le moment où l'organe de révision avait manqué à ses obligations et l'ouverture de la faillite, la société avait renoncé à faire valoir un dommage. La violation des obligations n'avait donc pas lésé la société, mais l'avait au contraire favorisée, alors que certains créanciers qui étaient intervenu ultérieurement (les demandeurs) avaient subi un préjudice direct. Comme la norme violée avait une double fonction de protection, les différents créanciers n'avaient pas qualité pour agir selon la propre jurisprudence du Tribunal fédéral. Seul un préjudice indirect peut faire l'objet d'une action en justice pour la violation d'une telle norme et, en l'occurrence il n'existait pas de préjudice de ce genre. Le Tribunal fédéral a néanmoins obligé l'organe de révision à réparer le dommage sans justifier le moins du monde ce nouveau revirement de jurisprudence. Dans les arrêts ultérieurs, le Tribunal fédéral ne s'est plus jamais référé à cette décision. Voir à ce sujet: Ruoss, Reto Thomas: Sorgfalt und Haftung der Revisionsstelle - Ausgewählte Aspekte der Revisionsstellenhaftung, dans: Publikationsreihe des Europa Instituts an der Universität Zürich, tome 41, Zurich Bâle Genève 2003 (ci-après: «Ruoss Sorgfalt»), p. 126; Pfeifer, Michael: dans: AJP 12/2000, (ci-après: «Pfeifer»), p. 1471; Hirsch, Alain: La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité de la SA: dommage direct et dommage indirect des créanciers, dans: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ci-après: «SZW»), 2/2000, p. 94 ss (ci-après: «Hirsch»), p. 97 ss; Forstmoser, Peter/Untersander, Oliver: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, in: Schweizerische Juristenzeitung 95 (1999) no 20 (ci-après: «SIZ»), p. 471 s.
 - 26 Ruoss Sorgfalt, p. 44.
 - 27 Weber, Rolf H.: Streifzüge durch das Verantwortlichkeitsrecht, in: Anwaltsrevue 1/2002, 3.1; Forstmoser, p. 485 et p. 491 ss; Umbach, Patrick: Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen, dans: SZW 4/97, p. 175 ss; BSK OR II-Widmer/Banz, art. 754 N 17 ss; Vischer, Frank: 10 Jahre neues Aktienrecht, dans: EC 5/02, p. 394 s.; Kunz, p. 1272 ss; Hirsch, p. 94 ss; Umbach, Patrick/Weber, Rolf H.: Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, dans: Publikationsreihe des Europa Instituts an der Universität Zürich, tome 41, Zurich Bâle Genève 2003 (ci-après: «Umbach/Weber»), p. 116 ss; Hasenböhler, Stefan: Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, thèse Bâle, Zurich Bâle Genève 2003 (ci-après: «Hasenböhler»), p. 48 ss.
 - 28 voir infra 2.1.2.2.1.
 - 29 voir infra 2.1.2.4 et 2.2.3.
 - 30 Pour ma part, je n'ai jamais rencontré un tel cas dans la pratique.
 - 31 Böckli Verantwortlichkeit p. 21s.; Forstmoser, Peter: Die Verantwortlichkeit des Revisors, dans: EC 5/97 (ci-après «Forstmoser Verantwortlichkeit»), p. 389.
 - 32 Ruoss Sorgfalt, p. 36.
 - 33 L'omission peut consister dans le fait de ne pas recommander le renvoi des comptes annuels au conseil d'administration (art. 729, al. 1, CO).
 - 34 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 37 N 21 ss.
 - 35 Il en va de même pour les violations d'obligations des fondateurs, voir liste chez Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 37 N 67 ss, ou des personnes qui répondent en vertu de l'art. 752 CO, voir liste chez Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 37 N 84 ss.
 - 36 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 37 N 49 ss; Forstmoser, p. 494 ss.
 - 37 ATF 116 II 541, 112 II 462.
 - 38 ATF 93 II 24 ss.
 - 39 ZR 75 (1976) no 21 p. 75 s. = Schweizerische Aktiengesellschaft 50 (1978) 26 ss.
 - 40 ZR 78 (1979) n° 134 p. 306 ss, 309.
 - 41 BGE 86 II 179, 183, 93 II 28.
 - 42 ATF 93 II 24 ss.
 - 43 ATF 86 II 182, 93 II 27 s.
 - 44 ATF 93 II 26 s.
 - 45 Camponovo, Rico A.: Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, dans: SZW 5/96 (ci-après «Camponovo Benachrichtigung»), p. 211 ss; Camponovo, Rico A.: Wann ist die Überschuldung offensichtlich? dans: EC 1-2/00 (ci-après «Camponovo Überschuldung»), p. 67 ss; voir Literatur in FN 4; Chaudet, François: Responsabilité civile et principaux devoirs des réviseurs, dans: EC 4/00 (ci-après «Chaudet»), p. 306 ss.
 - 46 ATF 4C.117/1999; voir l'exposé de Luterbacher, Thierry: Ein wegweisendes Bundesgerichtsurteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, dans: EC 11/00 (ci-après «Luterbacher»), p. 1267 ss.
 - 47 Camponovo Überschuldung, p. 70.
 - 48 Les actifs immobiliers du consortium avaient été évalués à CHF 6 millions; jusqu'à la clôture de la procédure, le surendettement a atteint 9 millions. J'estime la somme inscrite au bilan à CHF 10 millions ou plus.
 - 49 On reproche souvent à l'organe de révision – en se fondant sur l'art. 699, al. 1, CO – de n'avoir pas convoqué lui-même l'assemblée générale lorsque le conseil d'administration a omis de le faire. L'arrêt en question n'en parle pas; est-ce parce que l'assemblée générale concernant les mesures d'assainissement s'est tenue en juin 1993?
 - 50 Par analogie avec la réglementation prévue dans la nouvelle LCR.

- 51 Consid. 5a p. 540 s.
- 52 Alors même que le TF renvoie à cet arrêt.
- 53 BSK OR II-Widmer/Banz, art. 754 N 28; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 50 N 212; Böckli, N 1697; autres citations dans l'ATF du 19 juin 2001, 4C.366/2000 consid. 4b.
- 54 Camponovo Benachrichtigung, p. 216 s.
- 55 Arrêt 4C.366/2000.
- 56 Arrêt 4C.366/2000 consid. 2.a).
- 57 Arrêt 4C.366/2000 consid. 2.a).
- 58 Ce qui ne serait pas pour déplaire à notre branche.
- 59 Message relatif à la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, FF 1983 II 757 ss en particulier p. 932.
- 60 Dont le seul administrateur était R, le réviseur de K S.A.!
- 61 L'ancien article 165, chiff. 1, CP avait la teneur suivante: «Banqueroute simple. Déconfiture/1. Le débiteur qui, par une légèreté coupable, par des spéculations hasardées ou par une grave négligence dans l'exercice de sa profession, aura causé sa propre insolvabilité, ou aura aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni de l'emprisonnement...»
- 62 ATF 127 IV 114.
- 63 ATF 127 IV 114.
- 64 ATF 127 IV 114.
- 65 CHF 380 000 moins CHF 50 000.
- 66 ATF 127 IV 114.
- 67 Que faut-il faire si l'organe de révision apprend en cours d'exercice que la société est manifestement surendettée sans disposer de chiffres concrets? Peut-on interpréter ces arrêts en ce sens que l'organe de révision n'a rien à entreprendre parce que le rapport de révision et le bilan définitif n'ont pas été établis?
- 68 Chaudet, p. 319.
- 69 Recours contre une décision du juge de la faillite du district de Zurich du 3 septembre 2001.
- 70 Chambre fiduciaire, Normes d'audit (ci-après «normes»), édition 2001, Norme 13, Continuation de l'exploitation (going concern), 1.2.
- 71 p. 80.
- 72 Norme 9, Fraude et vérification des comptes annuels, 3.3 et 4.4; Norme 16, Confirmation du mandat d'audit des comptes annuels, 4.57, p.ex. lois fiscales, lois sur l'environnement, lois d'assurances sociales telles qu'AVS/AI/APG/AC, dispositions pénales, etc.; Eggmann, Irene: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, Zurich 1997 (ci-après «Eggmann»), p. 153.
- 73 Manuel suisse d'audit, Zurich 1998 (ci-après «MSA»), 4.12123: – cas manifestes et importants de distributions dissimulées de bénéfices; – distribution d'un dividende intermédiaire prélevé sur le résultat de l'exercice en cours; – violation de l'interdiction de restitution des apports; – omission de convoquer l'assemblée générale en cas de perte de capital; – omission d'informer le juge en cas de surendettement; – non-respect de décisions de l'assemblée générale (p.ex. emploi du bénéfice); – omission d'établir des comptes de groupe; – violation des prescriptions en matière de publication (art. 697h CO).
- 74 Eggmann, p. 155, où l'on trouvera une liste des «principaux cas».
- 75 BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 26-30; les auteurs passent en revue les violations d'obligations du conseil d'administration; ces violations font précisément l'objet des avis obligatoires de l'organe de révision; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 755 N 12 ss; l'ATF 127 III 332 ss traite de la question du contrat avec soi-même et de la double représentation, pour constater qu'un tel acte doit être ratifié par un autre membre du conseil d'administration. Dans les groupes de sociétés, cette règle est rarement appliquée. Si l'organe de révision constate une telle lacune, il doit le relever dans son rapport.
- 76 Le moindre indice ne suffit pas. La question de la délimitation de l'importance de l'indice ne peut être tranchée qu'en fonction des circonstances du cas particulier. Dans le doute, la règle qui prévaut est celle de la sécurité du destinataire de la remarque.
- 77 Norme 9, 3.4. les conséquences qui en découlent sont exposées sous chiff. 3.5 et 4.5.
- 78 Généralement moins d'un jour chez les petits clients et moins d'une semaine chez la plupart des autres.
- 79 Les remarques destinées au conseil d'administration ne posent aucun problème: elles peuvent intervenir en tout temps.
- 80 La question est explosive. Le conseil d'administration exige que les remarques destinées à l'assemblée générale ne figurent pas dans le rapport, mais soient formulées oralement parce que le rapport doit être envoyé aux créanciers qui, selon le conseil d'administration, n'ont pas le droit de prendre connaissance des remarques. Si, p.ex., il existe des divergences de vue entre le conseil d'administration et l'organe de révision au sujet des provisions pour impôts, il n'appartiendra pas à l'organe de révision d'attirer l'attention des autorités fiscales par une remarque adéquate. La question demeure ouverte pour les sociétés comprenant un grand nombre d'actionnaires; à mon avis, le seuil d'admission d'un cas grave doit être fixé suffisamment haut. L'organe de révision doit-il renoncer à faire remarquer une violation du principe de l'égalité de traitement lorsque le conseil d'administration requiert l'adhésion des actionnaires minoritaires?
- 81 Norme 17, 2.5, 3.4, 4.5; norme 9, 3.5; MSA 4.12123 ss.
- 82 MSA 3.1422, S. 47; Chaudet, p. 319 s.
- 83 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23 N 20 FN 13.
- 84 Eggmann, p. 152.
- 85 Eggmann, p. 156 et 166 s.
- 86 Böckli Verantwortlichkeit, p. 19 (ii), mais l'auteur s'exprime à propos d'un autre contexte. Dans Böckli, N 1824, l'auteur ne se prononce pas sur la question du moment.
- 87 ATF 128 III 183 d).
- 88 ATF 128 III 186.
- 89 MSA 4.12123.
- 90 L'ATF 128 III 178 n'y change rien. Chaque société utilise son capital conformément au but statutaire. Si cela suffisait pour que les prescriptions qualifiées tombent (comme semble l'admettre cet arrêt), il faudrait abolir ces prescriptions d'une manière générale. La prudence enseigne que l'organe de révision doit s'en tenir à l'ancienne doctrine et jurisprudence.
- 91 Arrêt 4C.53/2003; NZZ du 21 juillet 2003, p. 14.
- 92 Art. 4^{bis} LB ou art. 21, al. 1, LB; arrêt 4C.53/2003 A.c 2e paragraphe.
- 93 ou la Cour d'appel du canton de Berne, arrêt 4C.53/2003 consid. 4.1.
- 94 4C.506/1996; Forstmoser, Peter: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, dans: SJZ 94 (1998) N^o 21, p. 465; Hütte, Klaus: Fragen rund um die Haftung der Revisionsstelle aus nicht erkannten Veruntreuungen, dans: SZW 4/98 (ci-après «Hütte»), p. 207 ss.
- 95 Hütte, p. 208.
- 96 Camponovo, Rico A.: Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle, dans: EC 12/97, p. 1145 ss; on ne sait pas au juste ce que pense Hütte (p. 210 chiff. 3.3). Cet arrêt reflète clairement la situation juridique actuelle.
- 97 Dans la cause Moore & Co. c/ Banque cantonale du canton de Jura dans RJJ-2000-135 ss. Cet arrêt fait l'objet d'un examen détaillé sous chiff. 2.4.2.
- 98 Camponovo, Rico A.: Der Rangrücktritt und seine Alternativen, dans: EC 9/02, p. 816 ss.
- 99 Il s'appuie pour ce faire sur le nouveau Commentaire bâlois/BSK OR II-Wüstiner, art. 725 N 43.
- 100 4C.200/2002.
- 101 pour atteindre probablement CHF 2 650 000, alors que la postposition n'a pas dépassé CHF 2306 millions.
- 102 ATF 129 III 130 s., 7.1.
- 103 ATF 129 III 131, 7.1 s.
- 104 ATF 129 III 132, 7.4.
- 105 ATF 129 III 133; selon l'arrêt, la transaction a été conclue sur la base de valeurs marchandes de sorte que la société n'a pas eu à en pâtir, la diminution de l'actif étant compensé par la diminution du passif.
- 106 ATF 129 III 133.
- 107 ATF 129 III 133.
- 108 Le Tribunal fédéral ne s'est-il sans doute pas posé ces questions parce que, de toute façon, la demande devait être rejetée à défaut d'un rapport de causalité adéquate.
- 109 ATF 129 III 133, 7.5.
- 110 Une action paulienne aurait néanmoins été possible, le cas échéant.
- 111 Pra 2001 n^o 179.
- 112 La question de savoir s'il s'agit d'une violation grave, moyenne ou légère n'a pas été abordée.
- 113 Qui se couvrent, dans les limites de leur mandat, en se référant à la situation juridique qui n'a pas encore été tout à fait élucidée.
- 114 Herzog, Peter: Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle für eine Steuereinschätzung von Amtes wegen, dans: EC 4/03, p. 268 s.
- 115 Frey, Erich: Fliegender Wechsel der Revisionsstelle, dans: EC (par la suite «Frey») 4/94, p. 294.
- 116 Supra 2.1.2.3.1, Eggmann, p. 152.
- 117 4C.198/2000.
- 118 4C.198/2000, A, dernier paragraphe et B, deuxième paragraphe.
- 119 4C.198/2000, consid. 4.c) al. 3.
- 120 Ces formulations prêtent à entendre que seuls les actionnaires et créanciers existants

- peuvent être visés. Voir résumé chez Forstmoser, Peter: Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, volume 151, Zurich 1997 (ci-après: «Forstmoser Revisor»), N 277 ss.; Eggmann, p. 40.
- 121 Voir le résumé chez Forstmoser Revisor, N 285 ss.
- 122 Ruoss, Reto Thomas: Zur Haftung der Revisionsstelle für unmittelbaren Schaden eines Investors, dans EC 7-8/96 (ci-après: «Ruoss Haftung»), p. 559 ss.
- 123 Ruoss Haftung, p. 568 s.
- 124 Ruoss Haftung, p. 565 s.; Forstmoser, p. 500 cc).
- 125 Böckli Verantwortlichkeit, p. 35 s.
- 126 voir aussi l'ATF du 19.12.1997 (4C.13/1997).
- 127 Forstmoser, p. 497 ss, 498 bb).
- 128 Forstmoser, p. 505.
- 129 Forstmoser, p. 497, 498 aa); il ne tranche pas la question de savoir si la violation de l'obligation de vérifier peut servir de base à une action en responsabilité d'un investisseur futur. Dans la mesure où cette violation conduit à un rapport défectueux (elle ne peut guère conduire à d'autres conséquences), les observations précédentes concernant un rapport défectueux, qui ne peut servir à fonder la responsabilité, conservent toute leur pertinence.
- 130 ATF 4C.13/1997 = Pra 1998 n° 122; Honold, Kersten Alexander: Zur Dritthaftung der Revisionsstelle, dans: EC 10/98 (im Folgenden «Honold»), p. 1069 ss; Bertschinger, Urs: Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, dans: EC 10/99 (ci-après: «Bertschinger»), p. 912 ss; Groner, Roger/Vogt, Hans-Ueli: Zur Haftung der Revisionsstelle gegenüber Investoren, dans: recht 1998 (ci-après: Groner/Vogt»), p. 257 ss; Pfeifer, p. 1470.
- 131 Forstmoser, p. 499.
- 132 Voir jurisprudence relative aux lettres commerciales de confirmation (ATF 114 II 250); Groner/Vogt, p. 260 note 14.
- 133 Honold, p. 1070.
- 134 Tirés d'une publication antérieure de Forstmoser (Forstmoser Revisor, N 298 s. et 301). Il n'aborde pas les arguments contraires qui sont pourtant commentés dans la même publication.
- 135 Bertschinger, p. 915.
- 136 Norme d'audit 17, Rapport de l'organe de révision et du réviseur des comptes consolidés, 3.3 en liaison avec 4.4.
- 137 L'organe de révision justifie la renonciation au renvoi pour le motif que la vente projetée obligera la société mère à rembourser les créances douteuses internes. De ce fait, le problème de la garantie de la restitution des apports, du risque de cumul et du besoin de provisions était résolu. L'investisseur a sans doute admis que les fonds propres devaient au moins atteindre le montant de CHF 1,45 million. Mais le surendettement se montait alors à CHF 2,3 millions.
- 138 Honold, p. 1071; un jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 23 novembre 1989 va encore plus loin: il réclame que l'organe de révision dépose plainte pénale contre son client! voir Chaudet, p. 320 s.
- 139 On trouvera un excellent résumé dans Forstmoser, p. 504 s.
- 140 Qui se sont penchés intensivement sur cette problématique.
- 141 Dans le même sens Groner/Vogt, p. 259 FN 13.
- 142 Forstmoser, p. 499 s.; Honold, p. 1072.
- 143 Voir parmi d'autres: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 58; Ruoss Sorgfalt, p. 122, p. 125.
- 144 La quantification du dommage nécessite d'excellentes connaissances comptables.
- 145 Le plus souvent le solde négatif à la clôture de la procédure de faillite doit contenir le «dommage».
- 146 Pour les faits, voir chiff. 2.1.2.2.1; 4C.117/1999; Luterbacher, p. 1267 ss, p. 1271.
- 147 Arrêt 4C.366/2000 consid. 3.b) bb); pour les faits, voir supra: remarques ad chiff. 2.1.2.2.1.
- 148 Arrêt 4C.366/2000 consid. 3.b) cc).
- 149 Pour la faits, voir supra chiff. 2.1.2.3.2.
- 150 St. Galler Gerichts- und Verwaltungspraxis-2000-42, p. 117 ss.
- 151 St. Galler Gerichts- und Verwaltungspraxis-2000-42, p. 117 ss consid. 4.d.
- 152 St. Galler Gerichts- und Verwaltungspraxis-2000-42, p. 117 ss consid. 4.b; BSK OR II-Widmer/Banz, art. 757 N 27; Forstmoser, p. 506 c) part encore du principe que les créances colloquées ne peuvent plus être réexaminées matériellement. Il ne se réfère pas, au demeurant, aux décisions citées ici.
- 153 Pra 1996 N°OR 208, S. 809 E 9b).
- 154 St. Galler Gerichts- und Verwaltungspraxis-2000-42, S. 117 ff. E 4.b.
- 155 Mais que se passe-t-il lorsque l'OR conteste une créance dont le demandeur n'est pas le titulaire? Qui doit défendre le bien-fondé matériel de cette créance?
- 156 Parce que la perte totale qui a été réduite à CHF 497 500 (552 500 ./ 55 000) excède toujours la somme de CHF 60 000.
- 157 Art. 260, al. 2, LP, je ne tiens pas compte des frais de procédure.
- 158 Faut-il modifier d'office l'état de collocation si l'OR p. ex. en fait communication?
- 159 Gauch, Peter/Schluep, Walther L'OR/Schmid, Jörg/Rey, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht Band II, 7. A. (Zurich 1998) N 2790.
- 160 Dans la doctrine également, les avis sont tout aussi évidents: p. ex. Forstmoser, Peter; Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. (Zurich 1987) p. 73 ss, en particulier N 157 ss; Forstmoser Revisor, N 50 s.; BSK OR II-Widmer/Banz, art. 754 N 21; Ruoss Sorgfalt, p. 131 s.; Eggmann, p. 210 s.; Hasenböhler, p. 51 ss.
- 161 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.3.2.
- 162 Le Tribunal fédéral a jugé de la même façon dans un autre arrêt du 18 décembre 2001, 4C.160/2001 consid. 2.d) bb).
- 163 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 100 ss; BSK OR II-Widmer/Banz, art. 754 N 51; Forstmoser Revisor, N 57 ss; Eggmann, p. 212 ss.
- 164 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.2.1; 4C.117/1999; Luterbacher, p. 1267 ss, p. 1269.
- 165 Luterbacher, p. 1270.
- 166 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.4; Pra 2001 n° 179.
- 167 Pra 2001 n° 179 p. 1090 s.; ATF 127 III 459.
- 168 Pra 2001 n° 179, p. 1091; ATF 127 III 459 s.
- 169 Pour l'exposé des faits, voir chiff. 2.1.2.7; 4C.198/2000.
- 170 4C.198/2000, consid. 5. b).
- 171 Eggmann, p. 179 ss en particulier p. 184 ss; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 91; Forstmoser Verantwortlichkeit, p. 390; Böckli Verantwortlichkeit, p. 21 ss; Böckli, N 2012c ss; Forstmoser p. 501 s.; BSK OR II-Widmer/Banz, art. 754 N 43 ss et art. 755 N 19 ss; Groner/Vogt, p. 263; généralités sur le lien de causalité: Brehm, Roland: Commentaire bernois VI/1/3/1. 2.A., CO 41 N 103 ss.
- 172 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.3.2.
- 173 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.3.2.
- 174 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.6; Frey, p. 294.
- 175 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.3.6; 4C.200/2002.
- 176 4C.200/2002 consid. 8.
- 177 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.3.3; arrêt 4C.53/2003; NZZ du 21 juillet 2003, p. 14.
- 178 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.4; Pra 2001 n° 179.
- 179 Pour l'exposé des faits, voir supra chiff. 2.1.2.3.4; 4C.506/1996.
- 180 Hütte, p. 208.
- 181 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 75 ss.
- 182 Eggmann, p. 224; Forstmoser Revisor, N 222f; Böckli, N 2020 ss.
- 183 Eggmann, p. 226 ss; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 107 ss; Forstmoser Verantwortlichkeit, p. 391 s.; Forstmoser Revisor, N 224 ss; Böckli Verantwortlichkeit, p. 17 ss et p. 24; Forstmoser, p. 503; Böckli, N 2022 ss; Böckli, Peter: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, dans: SZW 6/93, p. 267 ss; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 759 N 3 ss.
- 184 Voir aussi SZW 5/96, p. 234 ss.; confirmé par l'ATF du 14 décembre 1999 dans RJJ-2000-142.
- 185 BSK OR II-Widmer/Banz, en préambule à l'art. 754 N 3.
- 186 Dans la cause Moore & Co. c/ Banque cantonale du Jura dans RJJ-2000-135 ss.
- 187 RJJ-2000-143 ss consid. 7.a).
- 188 L'exposé des faits ne parle pas des rapports de révision pour les années 1983 à 1985. Il y a tout lieu d'admettre qu'ils ont été rédigés de manière analogue. Aucun rapport n'a été établi pour l'exercice 1986.
- 189 RJJ-2000-145; j'ai attiré l'attention, sous chiff. 1.2, sur la réglementation légale contradictoire: selon la loi, le conseil d'administration occupe dans la société anonyme une position beaucoup plus importante que l'organe de révision, mais n'a pas à faire preuve de ses capacités. De ce fait, ses erreurs ont beaucoup moins de conséquences dans une action en responsabilité.
- 190 RJJ-2000-143.
- 191 RJJ-2000-146.
- 192 Pour les faits, voir chiff. 2.1.2.7; 4C.198/2000 consid. 5.a).