

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 2 octobre 2012

---

Présidence de M. GIROUD, vice-président  
Juges : M. Abrecht et Mme Kistler Vianin, juge suppléante  
Greffier : Mme Robyr

\*\*\*\*\*

**Art. 754 CO; 308 ss CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.Q.**\_\_\_\_\_, à Genève, et **W.**\_\_\_\_\_, à Pully, contre le jugement rendu le 25 août 2011 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause divisant les parties appelantes d'avec **G.**\_\_\_\_\_, à Paris, **A.N.**\_\_\_\_\_, à Essertines-sur-Rolle, **J.**\_\_\_\_\_, à Vevey, et **D.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 25 août 2011, dont le dispositif a été envoyé aux parties pour notification le 6 septembre 2011 et les motifs le 17 avril 2012, la Cour civile du Tribunal cantonal a dit que les défendeurs A.N.\_\_\_\_\_, A.Q.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_, solidairement entre eux, doivent payer aux demandeurs G.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_, solidairement entre eux, la somme de 575'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 27 avril 1995 (I), arrêté les frais de justice (II), fixé les dépens dus par les parties (III à VIII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IX).

En droit, les premiers juges ont considéré que les défendeurs A.N.\_\_\_\_\_, A.Q.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_ avaient engagé leur pleine et entière responsabilité au sens de l'art. 754 CO. Ils avaient commis des violations graves de leur devoir de diligence - et de surveillance pour A.Q.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_ -, lesquelles avaient causé un dommage à la société M.\_\_\_\_\_ SA qui se chiffrait très vraisemblablement à plus d'un million de francs. Si une faute intentionnelle grave était reprochée à A.N.\_\_\_\_\_ et une faute par négligence grave imputée à A.Q.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_, cette différence n'était pas de nature à interrompre ou affaiblir le lien de causalité naturelle et adéquate qui existait entre les violations des devoirs commises par ces derniers et le dommage subi par la société. Les défendeurs devaient donc en répondre solidairement entre eux. S'agissant de la responsabilité de l'organe de révision, les premiers juges ont estimé que D.\_\_\_\_\_ avait commis une faute par négligence légère mais que le lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui était reproché et le dommage subi par la société en raison de sa faillite était inexistant.

**B.** Par acte du 18 mai 2012, A.Q.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_ ont interjeté appel au Tribunal cantonal contre ce jugement en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que les chiffres I, V

et VI du dispositif du jugement sont annulés, l'action des demandeurs G. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_, selon leur demande du 2 avril 1997, étant rejetée.

Les intimés n'ont pas été invités à se déterminer.

**C.** La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

**a) M. \_\_\_\_\_ SA**

La société M. \_\_\_\_\_ SA a été inscrite au Registre du commerce le 22 avril 1992. Son siège était à l'adresse professionnelle d'W. \_\_\_\_\_ et son but était la gestion de fortune, les conseils en placements et les opérations financières. Son capital social, entièrement libéré, s'élevait à 100'000 fr. et était divisé en cent actions de 1'000 francs. Les actionnaires étaient notamment A.N. \_\_\_\_\_ pour soixante et une actions et A.Q. \_\_\_\_\_, pour trois actions. A.N. \_\_\_\_\_, A.Q. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_ étaient administrateurs de M. \_\_\_\_\_ SA de sa création à sa dissolution, chacun avec signature individuelle; A.N. \_\_\_\_\_ était administrateur président et délégué. L'organe de révision était D. \_\_\_\_\_.

Avant de s'occuper de la société M. \_\_\_\_\_ SA en tant que gestionnaire de fortune indépendant, A.N. \_\_\_\_\_ a été employé de banque à la [...] - devenue par la suite [...] - jusqu'en 1988. Puis, jusqu'au mois de février 1991, il a travaillé pour la [...]. Il n'a ni une formation de juriste, ni une formation de comptable. Il touchait des honoraires pour son activité au sein de M. \_\_\_\_\_ SA, en qualité de gérant. A.Q. \_\_\_\_\_, boucher charcutier de formation, ne connaît rien à la gestion de fortune. W. \_\_\_\_\_ est avocat. Il fonctionnait comme secrétaire lors des assemblées générales et effectuait, en sa qualité d'avocat, des démarches juridiques pour la société, notamment devant les autorités ou en réponse aux créanciers de M. \_\_\_\_\_ SA. D. \_\_\_\_\_ est à la tête d'un cabinet fiduciaire et fiscal qui porte son nom.

**b) L'investissement de G. \_\_\_\_\_**

Dans le courant de l'année 1993, A.N.\_\_\_\_\_ a proposé à S.\_\_\_\_\_, qu'il connaissait par le biais de relations familiales, de fonctionner en tant qu'apporteur d'affaires pour le compte de la société M.\_\_\_\_\_SA. S.\_\_\_\_\_ a accepté la proposition et recherché des investisseurs pour un montant de 500'000 USD, qui était la somme minimale pour la mise en route d'un projet de *roll-program*. Parmi les trois clients qu'il a mis en contact avec M.\_\_\_\_\_SA figurait G.\_\_\_\_\_.

Celui-ci a confié 250'000 USD en libre gestion à M.\_\_\_\_\_SA, selon une convention signée par les parties le 29 novembre 1993. M.\_\_\_\_\_SA devait placer ces fonds dans un *roll-program* "offrant toute garantie concernant le retour des fonds et une plus-value particulièrement attractive" (ch. 4 de la convention). G.\_\_\_\_\_ a également conféré à S.\_\_\_\_\_ le pouvoir de gérer ses affaires, notamment de donner des instructions à M.\_\_\_\_\_SA au sujet de ses fonds placés (procuration générale du 13 janvier 1995).

L'argent confié par G.\_\_\_\_\_ a été déposé sur un compte bancaire à Londres pour concrétiser le *roll-program*. Entre le mois de novembre 1993 et le mois de janvier 1994, S.\_\_\_\_\_ - qui s'occupait du *roll-program* - a assuré à M.\_\_\_\_\_SA, par l'intermédiaire de A.N.\_\_\_\_\_, que le *roll-program* allait débiter. Pourtant, au mois de janvier 1994, celui-ci n'avait toujours pas été lancé. M.\_\_\_\_\_SA a alors demandé que la somme investie soit restituée par un versement sur le compte dont elle était titulaire auprès du [...] à Lausanne, ce qui a été fait. Cette opération en dollars américains a causé une importante perte de change sur la somme initialement libellée en francs français, le dollar s'étant déprécié dans l'intervalle. Afin de tenter de récupérer une partie de cette perte, A.N.\_\_\_\_\_ a proposé à G.\_\_\_\_\_ de placer ses fonds sur le *money market* auprès de la banque [...]. G.\_\_\_\_\_ a signé les documents d'ouverture de compte auprès de cette banque mais le compte en question n'a jamais été ouvert.

Quelques mois plus tard, à une date indéterminée, G.\_\_\_\_\_ a prié S.\_\_\_\_\_ de s'enquérir du sort de ses fonds auprès de A.N.\_\_\_\_\_

car il ne recevait aucun relevé de compte ni aucune explication à ce sujet. S.\_\_\_\_\_ s'est régulièrement adressé à A.N.\_\_\_\_\_ pour obtenir des informations et ce dernier lui répondait qu'il y avait des placements d'argent fiduciaires d'un mois à l'autre, sans justificatif écrit d'aucune sorte. Le 29 septembre 1994, G.\_\_\_\_\_ a sommé A.N.\_\_\_\_\_ de transférer la totalité de ses fonds sur le compte de S.\_\_\_\_\_ ou sur celui de la société V.\_\_\_\_\_SA, créée et gérée économiquement par S.\_\_\_\_\_.

Les fonds investis par G.\_\_\_\_\_ dans la société M.\_\_\_\_\_SA ne lui ont pas été remboursés.

**c) P.\_\_\_\_\_ International S.L. et C.\_\_\_\_\_**

Le 21 mars 1994, [...] et [...] ont mandaté M.\_\_\_\_\_SA pour la vente d'un terrain en Espagne. Le contrat prévoyait notamment que la commission revenant à la société M.\_\_\_\_\_SA pour la vente du terrain se montait à 500'000 francs.

Peu après la signature de ce contrat, A.N.\_\_\_\_\_ s'est vu présenter un certain C.\_\_\_\_\_ qui, à cette époque-là, était administrateur de la société P.\_\_\_\_\_ International S.L.. C.\_\_\_\_\_ a signé une promesse de vente et d'achat avec [...] et [...], par laquelle il s'engageait à acheter le terrain en question. A.N.\_\_\_\_\_ a décidé d'investir les fonds de clients de M.\_\_\_\_\_SA, notamment ceux de G.\_\_\_\_\_, dans cette opération immobilière en Espagne. Les fonds des clients étaient nantis auprès de la banque [...] pour garantir une ligne de crédit en compte courant en faveur de M.\_\_\_\_\_SA; A.N.\_\_\_\_\_ bénéficiait de la signature individuelle sur ce compte courant.

A.N.\_\_\_\_\_ accordait du crédit à C.\_\_\_\_\_, de sorte qu'il a effectué différents versements en sa faveur en vue de concrétiser ce projet immobilier: le 30 mars 1994, il a avancé 11'000 fr. sur les comptes bancaires de P.\_\_\_\_\_ International S.L.; le 11 avril 1994, alors qu'il était en Espagne, A.N.\_\_\_\_\_ a fait virer 60'000 fr. du compte de M.\_\_\_\_\_SA vers son compte personnel auprès de la banque [...] et il a remis cette

somme cash à C.\_\_\_\_\_; le 21 juin 1994, il a encore retiré 250'000 fr. des comptes de M.\_\_\_\_\_<sub>SA</sub> et a chargé K.\_\_\_\_\_ de les apporter en Espagne à C.\_\_\_\_\_; le 13 juillet 1994, il en a fait de même avec un montant de 100'000 fr.; le 10 novembre 1994, A.N.\_\_\_\_\_ a remis 20'000 fr. à C.\_\_\_\_\_ alors qu'ils se trouvaient tous les deux en Italie; le 25 novembre 1994, c'est un montant de 40'000 fr. qui a été remis par A.N.\_\_\_\_\_ à C.\_\_\_\_\_ par l'entremise d'un ami de ce dernier, en Italie; le 30 novembre 1994, c'est un montant de 30'000 fr. qui a été remis à C.\_\_\_\_\_ de la même manière; entre décembre 1994 et janvier 1995, A.N.\_\_\_\_\_ a envoyé six mandats télégraphiques à C.\_\_\_\_\_ pour une somme totale de 16'622 fr. 20, alors que celui-ci se trouvait à Vienne, Luxembourg, Bruxelles ou Riccione en Italie; le 16 décembre 1994, A.N.\_\_\_\_\_ a également versé 13'110 fr. à C.\_\_\_\_\_ pour couvrir notamment des frais de notaire ou d'avocat de ce dernier; des frais de voyage et d'hôtel de C.\_\_\_\_\_ ont également été pris en charge par M.\_\_\_\_\_<sub>SA</sub> à hauteur de 13'769 fr. 50 le 28 décembre 1994. Les montants versés à C.\_\_\_\_\_ entre 1994 et 1995 ont ainsi totalisé 554'501 fr. 70.

C.\_\_\_\_\_ n'a finalement pas respecté l'engagement pris et la vente du terrain en Espagne n'a pas eu lieu, de sorte que M.\_\_\_\_\_<sub>SA</sub> n'a pas encaissé la commission de 500'000 fr. prévue par le contrat du 21 mars 1994.

#### **d) J.\_\_\_\_\_ et le contrat de leasing**

Le 27 mai 1992, J.\_\_\_\_\_ a signé un contrat de leasing avec la société BMW (Suisse) SA portant sur un véhicule BMW 740IA M60, d'une valeur à neuf de 98'300 francs Le contrat de leasing a été conclu pour une durée de 48 mois, à savoir du 3 juin 1992 au 2 juin 1996, avec des mensualités de 2'283 francs. J.\_\_\_\_\_ a pris possession du véhicule et a régulièrement servi les mensualités jusqu'au printemps de l'année 1994. A cette époque, en proie à des difficultés financières, il a décidé de se départir de la chose et des obligations du contrat de leasing du 27 mai

1992. Il s'est ouvert de son intention à K.\_\_\_\_\_, avec lequel il était copropriétaire du bâtiment dans lequel était exploitée [...].

A la même époque, à savoir au début de l'année 1994, C.\_\_\_\_\_ a informé K.\_\_\_\_\_ qu'il souhaitait bénéficier d'un véhicule de prestige en leasing, immatriculé en Suisse, pour son usage personnel dans la ville d'Alicante. K.\_\_\_\_\_ a ainsi mis en contact J.\_\_\_\_\_ avec A.N.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_. J.\_\_\_\_\_ a exigé que M.\_\_\_\_\_ SA garantisse de répondre du contrat de leasing. Le 28 mai 1994, sous la plume de A.N.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_ SA a écrit à J.\_\_\_\_\_ le courrier suivant:

"Cher Monsieur,

Nous avons l'avantage de vous confirmer par la présente que nous sommes mandataires d'un client dont les sièges des sociétés se situent dans différents pays européens.

Nous avons été sollicités par ses soins pour trouver un véhicule représentatif pour son usage.

Nous vous remercions de bien vouloir conserver la titularisation du leasing en cours à votre nom.

Nous avons enregistré que le solde à payer est de Frs. 54'792.-- environ, se décomposant en mensualités de Frs. 2'283.--.

En fonction du décompte interne ci-joint, un montant de Frs. 18'000.-- est à régler au plus tard le 31 août 1994 en vos mains. Cette somme représente la plus value entre le solde dû actuellement à la banque et la valeur du véhicule à ce jour.

Notre société, par la signature de son administrateur, M. A.N.\_\_\_\_\_, s'engage à prendre à sa charge, d'une part la somme de Frs. 18'000.-- à vous payer le 31 août 1994 et d'autre part, si nécessaire, à première réquisition, d'assumer le paiement du leasing de Frs. 2'283.--, au plus tard le 14ème jour de chaque mois. Il en va de même pour les taxes de circulation et assurances diverses, selon contrats en vigueur.

Notre société présente toutes les garanties de solvabilité pour supporter un tel engagement.

(...)"

Le 28 mai 1994, le demandeur J.\_\_\_\_\_ a remis le véhicule BMW à K.\_\_\_\_\_, qui l'a livré en Italie à C.\_\_\_\_\_. Il n'est pas établi qu'un contrat écrit entre ces parties ait été signé au sujet de ce véhicule.

M. \_\_\_\_\_ SA a servi quatre mensualités du leasing de 2'283 fr. et deux mensualités de 2'431 fr. entre le mois de mai 1994 et le mois de février 1995 inclus, à savoir 13'994 fr. au total. M. \_\_\_\_\_ SA a également payé la prime de l'assurance responsabilité civile et casco du véhicule le 22 novembre 1994 par 3'528 fr. 70, pour la période allant du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 1994.

Selon un décompte établi le 16 juin 1996 par la société BMW (Suisse) SA, c'est un montant de 19'448 fr. que celle-ci réclamait à J. \_\_\_\_\_ pour les mensualités de leasing impayées.

### **e) Exercices comptables, assemblées générales et révision**

A.N. \_\_\_\_\_ tenait la comptabilité de M. \_\_\_\_\_ SA sur la base d'un logiciel que lui avait fourni D. \_\_\_\_\_. Il effectuait la saisie de la comptabilité dans ses bureaux. D. \_\_\_\_\_ ne s'occupait pas du travail de comptabilité de M. \_\_\_\_\_ SA.

Selon l'art. 28 des statuts de M. \_\_\_\_\_ SA, l'année sociale commençait le 1<sup>er</sup> avril et se terminait le 31 mars de chaque année, la première fois le 31 mars 1993. D. \_\_\_\_\_ a révisé les comptes de l'exercice de M. \_\_\_\_\_ SA du 14 avril 1992 au 31 mars 1993. Le compte d'exploitation pour ce premier exercice faisait état d'une perte de 127'192 francs 58. Malgré ces pertes, M. \_\_\_\_\_ SA a poursuivi ses activités. Le rapport de l'organe de contrôle mentionnait ce qui suit: "Je recommande d'approuver les comptes annuels qui vous sont soumis représentant un déficit résultant du bilan de Fr. 127'192.58. Celui-ci ferait également apparaître, selon toute vraisemblance, un surendettement. Etant donné qu'il existe une postposition de créance de Fr. 55'153.05, le Conseil d'administration a renoncé à informer le juge, conformément à l'article 725 alinéa 2 CO."

Une assemblée générale extraordinaire de M. \_\_\_\_\_ SA a été tenue le 7 décembre 1993. Le procès-verbal de cette séance mentionnait notamment ce qui suit:

" Le président expose que les comptes tels que révisés par D.\_\_\_\_\_ font état d'une perte excédant la moitié du capital-actions de la société, mais qu'en raison d'un important abandon de créances de la part du président et actionnaire principal de la société, cette perte a pu être ramenée dans des limites acceptables.

Le président informe au surplus l'assemblée que les pertes enregistrées par la société tiennent à des opérations malheureuses. Le président informe encore l'assemblée que la société a décidé de concentrer ses activités sur des opérations moins risquées, d'une part, et, d'autre part, qu'il est déterminé à effectuer de toute manière dans la société d'importants apports de fonds.

Dans ces circonstances, l'assemblée décidé à l'unanimité d'approuver les comptes, selon rapport de l'organe de révision."

Une autre assemblée générale extraordinaire de M.\_\_\_\_\_SA s'est tenue le 16 mars 1995 dans les locaux du cabinet fiduciaire de D.\_\_\_\_\_, lequel était présent, ainsi qu'W.\_\_\_\_\_. Les administrateurs et l'organe de révision connaissaient à ce moment-là la situation financière de la société. Le procès-verbal de cette séance précisait ce qui suit:

"(...) Il est passé à l'ordre du jour. Celui-ci est le suivant et ne comporte qu'un seul point:

- Mesures d'assainissement au vu de la situation créée par l'affaire P.\_\_\_\_\_International S.L. / SBS.

(...)

La société M.\_\_\_\_\_SA, en relation d'affaires avec la société P.\_\_\_\_\_International S.L. pour une importante opération immobilière en Espagne, a accepté, à des fins commerciales, d'effectuer en Suisse certains paiements pour le compte de la société P.\_\_\_\_\_International S.L., respectivement son administrateur, M. C.\_\_\_\_\_.

A la suite de diverses erreurs bancaires, sur lesquelles toute la lumière n'a pas encore été faite à ce jour, il s'avère que la [...] a faussement donné à croire à la société que les chèques remis par la société P.\_\_\_\_\_International S.L. avaient pu être encaissés.

Pensant disposer des liquidités suffisantes, la société a alors effectué les paiements requis par P.\_\_\_\_\_International S.L., respectivement M. C.\_\_\_\_\_. En réalité, il s'est avéré en fin de compte que les chèques remis à l'encaissement par la société P.\_\_\_\_\_International S.L. n'avaient pas été honorés.

Au vu des explications qui précèdent, l'assemblée décide les mesures suivantes:

1. Consulter un avocat avec pour mission de procéder à l'invalidation, pour cause d'erreur essentielle, de la reconnaissance de dette signée en faveur de la [...].
2. S'opposer à la procédure de mainlevée intentée par la [...], cas échéant en soutenant une procédure en libération de dette.
3. Provisionner, au titre de pertes sur débiteurs, les sommes dues par la société P. \_\_\_\_\_ International S.L. à M. \_\_\_\_\_ SA, par Frs 600'000.-.
4. Par prudence, provisionner à 100 % la prétention de la [...] à l'encontre de M. \_\_\_\_\_ SA.

Vu les mesures ci-dessus, l'assemblée constate que la société se trouve dans la situation prévue à l'art. 725 du Code des obligations.

Il est donc décidé, sans opposition, de donner mandat à l'avocat consulté par la société:

- A. Aviser le Juge qu'en cas d'admission de la requête de mainlevée présentée par la [...], la société devra déposer son bilan,
- B. En cas de retrait de la procédure de mainlevée ou de refus de mainlevée, aviser le Juge au sens de l'art. 725 du Code des obligations."

D. \_\_\_\_\_ n'a pas révisé les comptes de l'exercice 1993-1994. Le 21 avril 1995, après l'assemblée générale extraordinaire du 16 mars 1995, il a établi les bilans comparés provisoires ainsi que les comptes de pertes et profits comparés provisoires de M. \_\_\_\_\_ SA pour les exercices comptables au 31 mars 1993 et au 31 mars 1994. Il en ressort que le déficit d'exploitation s'élevait à 71'270 fr. 59 au 31 mars 1994. A la même date, un abandon de créances par 97'088 fr. 55 au total avait été comptabilisé dans les produits d'exploitation sous la rubrique "produits exceptionnels". Le défendeur A.N. \_\_\_\_\_ était le titulaire de ces créances abandonnées.

Au final, les déficits d'exploitation des deux premiers exercices de M. \_\_\_\_\_ SA, soit 1992-1993 et 1993-1994, se sont élevés au total à 198'463 fr. 17 (127'192 fr. 58 + 71'270 fr. 59).

#### **f) Faillite de M. \_\_\_\_\_ SA**

La société M. \_\_\_\_\_ SA a déposé le bilan au printemps de l'année 1995. Sa faillite a été prononcée le 27 avril et close le 5

décembre de la même année.

L'état de collocation dressé par l'Office des faillites de Lausanne fait état de créances admises à concurrence de 1'007'345 fr. 61. Les actifs de la masse en faillite de M. \_\_\_\_\_ SA consistent en une créance contre P. \_\_\_\_\_ International S.L. de 767'059 fr. 61 - portée en compte pour 1 fr., la société débitrice n'ayant plus d'activité et l'administrateur C. \_\_\_\_\_ étant sans domicile connu -, en une créance contestée de 7'500 fr. ainsi qu'en diverses créances en espèces pour un total encaissé de 5'558 fr. 85. Les créances produites par G. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_, de respectivement 398'781 fr. 95 et 155'000 fr., ont été admises par l'office, la créance d'J. \_\_\_\_\_ étant colloquée en cinquième classe.

Par courrier du 25 septembre 1995, l'Office des faillites de Lausanne a informé le conseil de G. \_\_\_\_\_ qu'aucun dividende ne pourrait être accordé aux créanciers. Dans ce même courrier, il a précisé que l'administration de la masse ne voulait pas engager de procès, vu les frais qu'il entraînerait.

Par courrier du 18 octobre 1995, l'Office des faillites de Lausanne a cédé les droits de la masse en faillite de M. \_\_\_\_\_ SA, au sens de l'art. 260 LP, à G. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_, ainsi qu'à la [...]; un délai échéant au 31 octobre 1996 leur a été imparti pour procéder en justice, notamment pour agir contre les personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle de la société faillie. La [...] a expressément renoncé à exercer l'action.

**g) Faillite de A.N. \_\_\_\_\_**

A.N. \_\_\_\_\_ a été déclaré en faillite le 19 octobre 1995. Trois actes de défauts de bien ont été délivrés à son encontre entre le 8 août 1997 et le 12 mars 1998, pour un montant total de 25'341 fr. 05. G. \_\_\_\_\_ a produit une créance dans le cadre de cette faillite, admise pour un montant de 398'781 fr. 95. L'Office des poursuites et faillites de

Rolle-Aubonne lui a délivré un acte de défauts de biens après faillite le 10 juin 1998, précisant qu'une somme de 2'322 fr. 95 avait été payée au créancier.

Dans le cadre de cette faillite, J.\_\_\_\_\_ a également produit une créance admise à l'état de collocation en cinquième classe à concurrence de 154'582 fr. 90. Un montant de 912 fr. lui a été payé. Le 10 juin 1998, l'Office des poursuites et faillites de Rolle-Aubonne lui a délivré un acte de défaut de biens après faillite pour un découvert de 153'670 fr. 90. Cet acte mentionne, au titre de la créance, "Dommages-intérêts dus par le failli en vertu de l'art. 754 CO pour négligence dans l'administration de M.\_\_\_\_\_SA".

Les actes de défauts de biens après faillite délivrés aux demandeurs mentionnent que A.N.\_\_\_\_\_ a contesté leurs créances.

#### **h) Procédures pénales**

G.\_\_\_\_\_ a déposé une plainte pénale contre A.N.\_\_\_\_\_ pour gestion déloyale, voire abus de confiance, dans le cadre du contrat conclu avec M.\_\_\_\_\_SA le 29 novembre 1993. Il faisait valoir que M.\_\_\_\_\_SA n'était pas autorisée à placer ses fonds ailleurs que dans un *roll-program*. Par ordonnance du 6 janvier 1997, le Procureur général de la République et Canton de Genève a classé la plainte, au motif que la convention passée en date du 29 novembre 1993, loin de viser exclusivement un *roll program* aux contours imprécis, autorisait M.\_\_\_\_\_SA à effectuer "toutes les opérations susceptibles de générer une plus-value, sauf limitation contractuelle expresse."

A.N.\_\_\_\_\_ s'est constitué partie civile dans une procédure pénale genevoise dirigée contre C.\_\_\_\_\_. Par arrêt du 6 février 1997, la Cour correctionnelle genevoise, siégeant avec jury, a acquitté ce dernier du chef d'accusation d'escroquerie, pour les motifs suivants:

"La partie civile se présente comme un banquier professionnel avec de nombreuses années d'expérience,

La partie civile affirme que l'accusé lui aurait montré un acte attestant d'un dépôt dans une banque d'un pays de l'est à hauteur de 350 mio de dollars, selon sa plainte, à hauteur de 32 mio selon ses déclarations à l'audience,

La partie civile n'a procédé à aucune vérification concernant la réalité de ce dépôt,

La partie civile a été présentée par l'accusé au directeur de sa banque, mais n'a pris aucun renseignement auprès de celui-ci au sujet de la surface financière de l'accusé ou de sa société,

Le jury considère dans ces circonstances que la remise de plusieurs sommes d'argent par la partie civile à l'accusé n'a pas été obtenue par une tromperie astucieuse, dès lors que la partie civile n'a procédé à aucune des vérifications qui lui auraient permis de connaître la situation financière réelle de l'accusé,

Le jury considère également que la garantie relative à la voiture a été obtenue dans le cadre du même complexe de faits et que par conséquence la condition de l'astuce n'est pas non plus réalisée."

Le 18 avril 1995, J.\_\_\_\_\_ a déposé plainte pénale contre C.\_\_\_\_\_ auprès du Juge d'instruction du canton de Vaud pour "escroquerie et détournement d'usage".

Le 2 juin 2003, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Côte a condamné A.N.\_\_\_\_\_ pour abus de confiance qualifié à une peine d'emprisonnement de 18 mois avec sursis pendant cinq ans.

### **i) Procédure**

Par demande du 2 avril 1997, les demandeurs J.\_\_\_\_\_ et G.\_\_\_\_\_ ont conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que A.N.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_, A.Q.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, débiteurs solidaires, doivent prompt paiement aux demandeurs, créanciers solidaires, de la somme de 575'000 fr., plus intérêt à 5% l'an dès le 29 novembre 1993 sur 398'781 fr. 95 et dès le 27 avril 1995 sur le surplus.

Le 20 juin 1997, les défendeurs W.\_\_\_\_\_ et A.Q.\_\_\_\_\_ ont requis l'appel en cause de S.\_\_\_\_\_, lequel a conclu à son rejet. Par jugement incident du 25 septembre 1997, le juge instructeur a rejeté cette requête.

Par réponse du 12 août 1998, A.N. \_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises dans la demande.

Le 16 novembre 1999, le juge instructeur a autorisé D. \_\_\_\_\_ à se réformer à la veille du délai de réponse. Ce dernier a requis l'appel en cause de S. \_\_\_\_\_ le 17 janvier 2000. Par jugement incident du 6 avril 2000, cette requête a été rejetée. La Chambre des recours a confirmé ce jugement par arrêt du 27 octobre 2000.

Dans sa réponse du 15 décembre 2000, D. \_\_\_\_\_ a principalement conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que les demandeurs soient déboutés en toutes leurs conclusions (I). Subsidiairement, il a conclu à ce que A.N. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ et A.Q. \_\_\_\_\_ soient tenues de le relever, solidairement, subsidiairement dans la mesure que justice dira, de toute condamnation en capital, intérêts et dépens qui pourrait être prononcée contre lui en faveur de G. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_ (II). Plus subsidiairement encore, il a conclu à ce que son recours contre A.N. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ et A.Q. \_\_\_\_\_ soit déterminé selon ce que justice dira (III).

G. \_\_\_\_\_ a déposé une réplique le 3 juillet 2002 dans laquelle il a déclaré s'en remettre à justice sur les conclusions II et III de D. \_\_\_\_\_.

Les parties ont passé une convention de réforme lors de l'audience du 22 novembre 2004 autorisant W. \_\_\_\_\_ et A.Q. \_\_\_\_\_ à introduire de nouveaux allégués. Séance tenante, ces deux défendeurs ont déposé une écriture comprenant ces allégués et concluant, avec suite de frais et dépens, à libération des conclusions de la demande du 2 avril 1997 et des conclusions II et III de la réponse du 15 décembre 2000.

## **j) Expertise**

En cours de procès, une expertise a été ordonnée et confiée à André Donzé, expert-comptable et fiscal diplômé, à Lausanne.

L'expert a rendu son rapport le 15 août 2006. Il a précisé qu'il n'avait pas eu accès aux pièces comptables proprement dites. D.\_\_\_\_\_ avait été en possession des pièces relatives aux exercices 1993-1994 et 1994-1995 et les avait restituées à A.N.\_\_\_\_\_ le 18 janvier 1996 contre quittance; elles demeuraient introuvables. L'expert a ainsi établi son rapport sur la base des documents que lui a remis D.\_\_\_\_\_, à savoir essentiellement les comptes de profits et pertes, les bilans et les fiches comptables.

Les exercices comptables de M.\_\_\_\_\_SA allaient du 1<sup>er</sup> avril au 31 mars de l'année suivante, à l'exception du premier exercice qui a débuté le 22 avril 1992. Les comptes de la société étaient tenus par A.N.\_\_\_\_\_. Y apparaissent tous les avoirs de M.\_\_\_\_\_SA, qu'ils soient individualisés, fiduciaires ou sous forme de créances.

L'expert rapporte notamment ce qui suit:

Premier exercice social (du 22 avril 1992 au 31 mars 1993)

**1.1)** Durant le premier exercice social de M.\_\_\_\_\_SA, les opérations apparentes dans les comptes ont été relativement peu nombreuses. Le travail de révision a été effectué correctement, mais une certaine assistance comptable a été rendue nécessaire pour que les comptes présentés soient conformes aux règles du Code des obligations. En matière de tenue de comptes, il faut relever en particulier le manque de clarté des libellés et le manque de maîtrise apparent du système d'enregistrement des opérations en monnaies étrangères.

La comptabilité de cet exercice fait ressortir une perte de 127'192 fr. 58 et un total au bilan de 117'302 fr. 67. Les comptes pour cette période ont été révisés par D.\_\_\_\_\_ dès le 2 septembre 1993 et ont fait l'objet d'un rapport daté du 8 octobre 1993. Ils ont été approuvés par l'assemblée générale des actionnaires du 7 décembre

1993. Si l'on se réfère purement à la situation financière de la société M. \_\_\_\_\_ SA au 31 mars 1993, celle-ci présentait un surendettement de 27'192 fr. 58 (soit 127'192 fr. 58 - 100'000 fr. de capital social). La perte de cet exercice est due à un chiffre d'affaires insuffisant (48'000 francs environ) qui n'a pas permis de couvrir les charges (134'666 fr. 15) et la perte de change subie sur les opérations en devises (44'397 fr. 90). Il est donc probable, au vu de ces chiffres, que les produits espérés par A.N. \_\_\_\_\_ étaient surestimés par rapport à la réalité. Dès la constitution de la société, A.N. \_\_\_\_\_ et ses co-administrateurs auraient dû se renseigner avant de proposer aux clients de la société des *roll programs* qui ne sont accessibles qu'aux banques. Il ne semble pas que A.N. \_\_\_\_\_ ait consulté les autres administrateurs et ceux-ci n'avaient probablement même pas connaissance de cette opération.

**1.2)** Aucun rapport du Conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires n'a été établi. Il semble qu'il n'y ait jamais eu de séance du Conseil d'administration convoquée et tenue formellement.

Lors de la révision des comptes, l'organe de révision a demandé au Conseil d'administration de prendre les mesures qui lui éviteraient l'avis au juge au sens de l'art. 725 CO. C'est ainsi qu'une convention de postposition a été signée le 8 novembre 1993 par M. \_\_\_\_\_ SA et A.N. \_\_\_\_\_ pour un montant de 55'153 fr. 05. Le solde non couvert par cette convention s'élevait donc à 72'039 fr. 53. L'organe de révision a de plus pu constater que A.N. \_\_\_\_\_ avait apporté des liquidités à raison de 10'000 fr. le 14 mai 1993, de 100'000 fr. le 17 septembre 1993 et de 10'000 fr. le 20 septembre 1993, à savoir avant la date d'établissement de son rapport de révision relatif au premier exercice social (rapport daté du 8 octobre 1993). Compte tenu du début d'activité de la société, l'organe de révision n'avait pas à s'inquiéter outre mesure de la situation au 31 mars 1993. Il est en effet fréquent qu'une société présente des résultats déficitaires dans la phase de démarrage. Mais il est regrettable qu'aucun budget n'ait été

établi par le Conseil d'administration pour surveiller les écarts éventuels entre ledit budget et la réalité des chiffres.

La postposition proposée par l'organe de révision était une mesure suffisante pour que le Conseil d'administration n'ait pas à aviser le juge du surendettement de la société. Même si l'on avait établi un bilan aux valeurs de liquidation, l'avis au juge aurait été évité. Le réviseur n'avait donc pas à prendre d'autres mesures qui étaient alors de la responsabilité du Conseil d'administration. Le contenu du procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires du 7 décembre 1993 démontre par ailleurs un grand optimisme de la part de A.N.\_\_\_\_\_. La poursuite de l'activité de la société ne semblait donc pas problématique étant donné que l'actionnaire principal semblait être à même d'apporter les liquidités nécessaires au financement de la perte subie. En outre, les créanciers "clients" ne représentaient que 18'806 fr. 10 selon le bilan au 31 mars 1993.

Les administrateurs n'avaient pas à déposer le bilan de M.\_\_\_\_\_SA à la fin du premier exercice, compte tenu de la convention de postposition signée par A.N.\_\_\_\_\_. De même, l'organe de révision n'était pas non plus tenu de le faire en application de l'art. 729b CO, le surendettement n'étant pas manifeste au 31 mars 1993 et le Conseil d'administration n'ayant pas omis d'aviser le juge, puisque, comme déjà dit, il n'avait pas à le faire à ce moment-là.

**1.3)** Dès le premier exercice, la société était toutefois en situation précaire; elle nécessitait des mesures énergiques pour le futur, surtout de surveillance de la part du Conseil d'administration, puisqu'elle était à la limite d'un surendettement. Au moment de la signature de la postposition de créance (8 novembre 1993), celle-ci ne couvrait déjà peut-être plus le surendettement effectif de la société compte tenu des pertes subies durant l'exercice suivant.

La question de la survie de la société devait se poser, en particulier pour A.N.\_\_\_\_\_ qui en connaissait parfaitement la situation.

Il devait être conscient du problème puisqu'il a réalisé des opérations financières sur le marché des changes pour tenter d'améliorer le résultat de la société, opérations qui se sont révélées très mauvaises. En l'absence de procès-verbaux de séances du Conseil d'administration, l'expert ignore quelle a été la réaction des autres administrateurs. En tout état de cause, il aurait été souhaitable que A.N. \_\_\_\_\_ cesse ces opérations de change.

D. \_\_\_\_\_ n'avait pas une vue suffisamment précise et à long terme de la marche de la société pour réagir différemment de ce qu'il a fait. L'absence d'un bilan intermédiaire, par exemple au 30 septembre 1993, n'a pas permis d'interpréter la situation d'une manière exacte.

Deuxième exercice social (du 1<sup>er</sup> avril 1993 au 31 mars 1994)

**2.1)** Les comptes de l'exercice n'ont pas fait l'objet d'un rapport de révision et ils n'ont pas été formellement approuvés par le Conseil d'administration et l'assemblée générale des actionnaires. La perte du deuxième exercice s'est élevée à 71'270 fr. 59. Ajouté à la perte reportée de l'exercice précédent, le déficit au bilan s'élève à 198'463 fr. 17. Ce montant ne tient pas compte de la provision enregistrée ultérieurement sur le prêt accordé à P. \_\_\_\_\_ International S.L. à raison de 11'101 fr. 65. Apparaissent dans les comptes des frais liés à l'affaire P. \_\_\_\_\_ International S.L. pour un montant de 7'336 fr. 70. Au 31 mars 1994, les comptes de la société comprenaient des créanciers-clients pour un montant de 833'750 fr. 94. Ces fonds étaient comptabilisés d'une manière peu conforme à la pratique usuelle et à la doctrine en matière de gestion de fortune et n'auraient pas dû être mélangés à la fortune propre de la société. Apparaissent également dans les comptes de la société deux comptes ouverts au nom de S. \_\_\_\_\_ pour respectivement un solde débiteur de 11'153 fr. 50 et un solde créancier de 68'997 fr. 80. A la même date, A.N. \_\_\_\_\_ a renoncé à ses honoraires d'administrateur pour un total de

44'740 francs.

Durant cet exercice, le chiffre d'affaires a diminué de 14'000 fr. environ. Les pertes nettes sur les opérations financières se sont élevées à 114'799 fr. 14 et la perte totale de l'exercice représente 168'359 fr. 14. Sur le plan comptable, cette perte a été compensée par un abandon définitif de créances de A.N.\_\_\_\_\_, par 97'088 fr. 55 au total. Après enregistrement de ces abandons de créances, la perte de l'exercice représentait encore un montant de 71'270 fr. 59 qui, ajouté à la perte reportée du premier exercice social par 127'192 fr. 58, représentait une perte totale au 31 mars 1994 de 198'463 fr. 17. Cette perte aurait été plus importante si l'on avait tenu compte de la provision pour perte sur débiteur concernant la créance contre P.\_\_\_\_\_ International S.L., par 11'101 fr. 65.

**2.2)** A.N.\_\_\_\_\_ a soutenu la société financièrement durant cet exercice par un apport complémentaire de 22'482 fr. 79, que l'expert considère toutefois comme indirect car il a eu lieu par des opérations correctives de caisse et des abandons de créances.

**2.3)** La somme de 250'000 USD qui fait l'objet de la convention du 29 novembre 1993 entre M.\_\_\_\_\_ SA et G.\_\_\_\_\_ a été enregistrée dans les comptes de la société. M.\_\_\_\_\_ SA procédait régulièrement à des opérations sur monnaies étrangères dès le début de son activité. Celles-ci se sont souvent révélées déficitaires puisque les pertes pour les deux premiers exercices liées à ces opérations se sont respectivement élevées à 44'400 fr. et à 57'700 fr. environ. L'expert n'a toutefois pas pu se prononcer sur les opérations sur monnaies durant la période allant du 1<sup>er</sup> avril 1994 à la mise en faillite de M.\_\_\_\_\_ SA, faute de pièces comptables y relatives. Il n'a ainsi pas pu confirmer qu'un investissement spécifique de l'avoir de G.\_\_\_\_\_ dans les marks allemands s'était avéré contre-productif. Faute de pièces comptables, l'expert n'a pas pu vérifier quels étaient les destinataires réels des montants débités du compte de G.\_\_\_\_\_.

**2.4)** D.\_\_\_\_\_ a reçu les comptes du deuxième exercice social probablement lors d'une séance qui s'est tenue le 29 août 1994 avec A.N.\_\_\_\_\_. L'expert n'a toutefois pas pu confirmer que c'est bien à cette date que les documents comptables ont été remis à l'organe de révision; en revanche, il a pu constater que la révision à proprement parler a commencé le 17 octobre 1994. La révision s'est terminée, selon les notes de révision mises à disposition de l'expert, en date du 10 mars 1995. Les premiers contacts téléphoniques avec l'administration de la société semblent avoir été pris à la fin du mois d'octobre 1994. La situation définitive au 31 mars 1994 n'a été présentée que le 21 avril 1995, après la tenue de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 16 mars 1995.

Durant cet exercice, le nombre des écritures a considérablement augmenté. Le temps consacré par D.\_\_\_\_\_ à la révision de cet exercice comptable (150 heures environ) démontre que la situation devant laquelle il s'est trouvé était complexe en raison du manque de connaissances comptables de l'administrateur A.N.\_\_\_\_\_ dans la saisie des opérations et dans l'intégration dans les comptes de la société des avoirs de ses clients. En raison du système comptable utilisé pour les opérations en monnaies étrangères dit "avec comptes de compensation de change", qui ne tient compte des résultats sur opérations de change qu'en fin d'exercice, l'organe de révision s'est trouvé devant une situation difficile. Lors de la réception des comptes arrêtés au 31 mars 1994, l'organe de révision ne pouvait pas réellement avoir une vue claire de la situation et il a dû mettre un certain temps à s'en rendre compte.

L'expert considère que les comptes de cet exercice ont été corrigés de manière adéquate par l'organe de révision et la situation au 31 mars 1994 a été présentée de manière conforme aux règles du Code des obligations en la matière, mais aux valeurs de continuation (*going concern*). Si un bilan aux valeurs de liquidation avait été établi à cette date, le découvert se serait élevé approximativement à 122'800 fr.; la société était donc en situation de faillite. C'est en tenant compte des

abandons de créances de l'actionnaire A.N.\_\_\_\_\_ et de l'apport de fonds indirect résultant du remboursement d'investisseurs durant l'exercice suivant que l'organe de révision a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'informer le Conseil d'administration - voire le juge - du surendettement de la société. L'absence d'une situation intermédiaire au 30 septembre 1994 n'a pas permis une vision réelle de la situation de la société. Si une situation avait été établie, les organes de la société auraient pu constater que la société avait octroyé des prêts et avances importantes à P.\_\_\_\_\_International S.L. et auraient pu s'inquiéter de la raison de ces avances, des relations contractuelles et finalement de la solvabilité de cette dernière société.

Si le Conseil d'administration avait agi avec diligence dans la conduite des affaires de la société (en surveillant les actions de A.N.\_\_\_\_\_), essentiellement depuis l'assemblée générale du 7 décembre 1993 au moins, M.\_\_\_\_\_SA aurait été en mesure de remplir son obligation de restitution des fonds à G.\_\_\_\_\_. Un tel devoir d'action ne compète cependant pas à l'organe de révision qui n'est pas chargé de la gestion de la société mais uniquement de la vérification des comptes annuels.

**2.5)** A priori, D.\_\_\_\_\_ n'avait pas de raison majeure d'être préoccupé par la situation de la société à la fin du deuxième exercice social. Le remboursement des investisseurs par A.N.\_\_\_\_\_ durant l'exercice suivant, savoir après le 1<sup>er</sup> avril 1994, l'a probablement rassuré sur le fait que l'actionnaire majoritaire avait toujours les moyens de faire face aux obligations de la société et que la survie de cette dernière n'était pas mise en péril. Au 31 mars 1994, la situation des liquidités de la société semblait bonne, ce qui a probablement trompé l'appréciation du réviseur. Malheureusement, cette situation était due à la détention par la société de fonds de clients.

L'organe de révision aurait pu prendre des mesures formelles rapidement en avertissant le Conseil d'administration des difficultés rencontrées dans ses travaux (sur le plan comptable et en

raison de l'enregistrement dans la société des avoirs des clients investisseurs). Au lieu de cela, il a accordé des délais à A.N. \_\_\_\_\_ pour régulariser les problèmes relevés, ceci sur la base de son appréciation (incomplète) de la situation. Il n'a pas tenu compte, dans cette appréciation, probablement par ignorance, des prêts accordés à P. \_\_\_\_\_ International S.L. et qui présentaient un danger potentiel pour la société.

Dans un contexte plus formel, D. \_\_\_\_\_ aurait dû aviser par écrit le Conseil d'administration de la situation constatée à la réception des comptes au 31 mars 1994 et lui fixer un délai raisonnable (par exemple deux mois) pour régulariser les problèmes constatés. Passé ce délai et sans réaction du Conseil, il aurait dû convoquer une assemblée générale pour l'informer de la situation, en délivrant un rapport de circonstance et rappeler ses devoirs au Conseil d'administration en matière de surendettement.

C'est au plus tôt à fin septembre 1994 compte tenu de la remise tardive des comptes de l'exercice 1993-1994 pour la révision et du délai de six mois fixé légalement pour la présentation des comptes à l'assemblée générale des actionnaires, qu'il aurait pu imposer sa ligne de conduite au Conseil d'administration.

Troisième exercice social (du 1<sup>er</sup> avril 1994 au 31 mars 1995)

**3.1)** Comme dans les exercices antérieurs, les libellés des opérations enregistrées, voire les intitulés des comptes, sont peu précis et certaines écritures de transferts sont incompréhensibles. Le problème lié au système comptable en matière d'opérations en monnaies étrangères compliquait singulièrement la lecture des comptes. Certaines opérations figurant dans les comptes ont en effet été mélangées.

Les comptes de l'exercice comptable se terminant le 31

mars 1995 n'ont pas été finalisés. D.\_\_\_\_\_ a établi un bilan approximatif afin d'étayer l'avis de surendettement au juge mais les comptes n'ont été ni ajustés, ni vérifiés. Le bilan au 31 mars 1995 fait apparaître un découvert de plus de 1'035'000 fr., dont une somme de 767'058 fr. 61 comptabilisée à titre de provision pour la perte subie sur l'affaire P.\_\_\_\_\_ International S.L.. Apparaissent des frais à hauteur de 2'490 fr. 70 liés à cette affaire. Entre le 1<sup>er</sup> avril et le 14 juillet 1994, LBI a avancé à P.\_\_\_\_\_ International S.L. un montant d'environ 360'000 francs. Une situation comptable au 30 septembre 1994 aurait permis à l'organe de révision et au Conseil d'administration d'avoir une vision plus réaliste de la situation de la société, notamment de ces dysfonctionnements.

La comptabilité de la société montre également qu'ont été versés à S.\_\_\_\_\_ les montants de 3'800 fr. le 30 juin 1994, 10'000 USD le 2 septembre 1994, 25'000 USD le 7 septembre 1994 et 4'836.89 USD le 6 octobre 1994. Le solde du compte de S.\_\_\_\_\_ présentait, après ces opérations, un solde en sa faveur de 13'174.16 USD. Au 31 mars 1995, il devait à M.\_\_\_\_\_ SA un montant de 15'000 francs.

Les avoirs de certains clients ont été transférés sur des comptes ouverts à leur nom auprès des banques; certains autres clients ont été remboursés puisque le solde des créances ouvertes au 31 mars 1995 ne représente plus qu'une somme totale de 289'118 fr. 50, contre 833'750 fr. 94 au 31 mars 1994. L'expert n'a toutefois pas pu vérifier le détail de ces opérations, faute de pièces justificatives.

Au 31 mars 1995, la dette de M.\_\_\_\_\_ SA envers G.\_\_\_\_\_ s'élevait à 264'674 fr. 05.

**3.2)** Le 24 octobre 1994, soit peu après le début de la révision (17 octobre 1994) du deuxième exercice, A.N.\_\_\_\_\_ a consenti des abandons de créances à concurrence de 97'088 fr. 55. Il est vraisemblable, selon l'expert, que l'organe de révision se soit rapidement rendu compte de la situation de surendettement de la

société et ait voulu éviter que le créancier-actionnaire prélève ses avoirs dans la société. Malgré ces abandons de créances, la société se trouvait à cette époque-là en surendettement manifeste car les abandons de créances comprenaient le solde ayant fait l'objet de la postposition du 31 mars 1993 par 55'153 fr. 05.

En outre, lorsque ce surendettement a été constaté en automne 1994, A.N.\_\_\_\_\_ a informé D.\_\_\_\_\_ du fait qu'il avait remboursé le 14 juillet 1994, par des fonds privés, deux créanciers investisseurs par 57'466.14 USD et 86'973.04 USD, soit 173'847 francs au total. A.N.\_\_\_\_\_ a en outre versé un montant de 20'000 fr. à M.\_\_\_\_\_ SA le 22 septembre 1994. Sur la base de ces constatations, il apparaît ainsi que A.N.\_\_\_\_\_ a injecté 193'847 fr. dans la société, directement ou indirectement, durant l'exercice 1994-1995, avant même la réception des comptes de l'exercice 1993-1994. Cette somme n'a pas fait l'objet d'un abandon de créance ou d'une postposition. Ces opérations ont pu faire croire à l'organe de révision que A.N.\_\_\_\_\_ avait les moyens financiers de supporter la société et ont pu le convaincre de ne pas demander au Conseil d'administration d'aviser le juge, ni de le faire lui-même. L'expert admet que, dans une telle situation, l'avenir de la société n'était pas en péril immédiat.

**3.3)** Interrogé sur la capacité de M.\_\_\_\_\_ SA à assumer, au mois de mai 1994, l'engagement pris vis-à-vis d'J.\_\_\_\_\_, l'expert a considéré que la société n'aurait pas dû lui donner une telle garantie puisqu'elle se trouvait déjà dans une situation financière très difficile. La perte au 31 mars 1994 se montait déjà à 198'500 fr., pour un capital de 100'000 fr., ce qui correspond à une situation de surendettement manifeste. De plus, des prêts à hauteur de 137'800 fr. avaient déjà été accordés à P.\_\_\_\_\_ International S.L.. Selon l'expert, si l'administration de la société avait suivi sa situation d'une manière correcte dès 1993, surtout par des mesures organisationnelles, il est probable que cette garantie n'aurait pas été signée.

Le 15 décembre 1994, un montant de 20'695 fr. a été débité

du compte intitulé "Prêt P. \_\_\_\_\_ International S.L.", qui correspond, par calcul, à neuf mensualités de leasing de 2'283 francs. L'expert n'a toutefois pas pu confirmer que ce montant a bien servi à payer les mensualités de leasing, faute de pièces justificatives. Il en va de même d'une somme de 18'000 fr. débitée du même compte.

Les mensualités de leasing représentent, pour les mois d'octobre 1995 à mai 1996, 19'448 fr., soit huit mensualités de 2'431 francs. Si l'on compte les mensualités qu'J. \_\_\_\_\_ a dû payer du mois de mars au mois de septembre 1995, par 17'017 fr., c'est une somme de 36'465 fr. au total que M. \_\_\_\_\_ SA lui devrait si elle n'avait pas fait faillite.

#### Remarques générales de l'expert

**4.1)** Interrogé sur la qualité de la gestion et de la comptabilité de M. \_\_\_\_\_ SA, l'expert a analysé la situation financière et bilancielle de la société pour chaque exercice.

- i) Pour le premier exercice social, l'expert considère que la comptabilité de M. \_\_\_\_\_ SA a été tenue correctement, bien qu'avec certaines lacunes corrigées par l'organe de révision. Les opérations étaient simples, peu nombreuses et sans complication sur le plan de la technique comptable si bien que D. \_\_\_\_\_ a pu suppléer relativement facilement aux carences comptables de l'administrateur A.N. \_\_\_\_\_ qui enregistrait les écritures. Elle a été contrôlée sérieusement et dans des délais raisonnables par l'organe de révision. Les mesures prises en vue d'éviter l'avis au juge étaient également adéquates.

Il ne semble pas qu'un bilan aux valeurs de liquidation ait été établi, le conseil d'administration ayant vraisemblablement estimé que la poursuite de l'activité était possible. Si ce bilan avait été établi, il aurait fait apparaître

une perte maximale de l'ordre de 143'400 fr. au total, savoir 127'000 fr. pour la perte selon les comptes au 31 mars 1993, 7'000 fr. pour la perte sur les immobilisations corporelles (estimation), 4'400 fr. pour l'annulation de l'actif des frais de fondation et 5'000 fr. pour les frais de liquidation. Aussi la postposition a permis au Conseil d'administration d'éviter d'aviser le juge dans la situation telle qu'elle se présentait au 31 mars 1993, aussi bien aux valeurs de continuation qu'aux valeurs de liquidation.

- ii) Dès le 1<sup>er</sup> avril 1993, début du deuxième exercice social, la situation sur le plan comptable n'a plus été maîtrisée totalement. Les opérations ont été enregistrées d'une manière non systématique; par exemple, les comptes de compensation de change enregistrent des opérations diverses n'ayant rien à y faire, notamment des intérêts, qui rendent très difficile une analyse ultérieure des résultats sur monnaies.

C'est durant le contrôle des comptes du deuxième exercice que l'insolvabilité de la société est apparue. La situation définitive de l'exercice a été établie au mois de mars 1995 seulement. Jusqu'au moment de la découverte du risque de perte sur les opérations P.\_\_\_\_\_International S.L., l'insolvabilité pouvait sembler couverte par les opérations de remboursement des prêts aux investisseurs et les apports de fonds de A.N.\_\_\_\_\_. Quand la situation finale au 31 mars 1994 a été connue, il est apparu également que des prêts et avances avaient été octroyés à concurrence de 767'000 fr. environ à la société P.\_\_\_\_\_International S.L. ou à ses proches. Ces prêts se sont révélés perdus, et c'est ce qui a incité le Conseil d'administration à aviser le juge du surendettement et à demander la mise en faillite de la société.

Si le conseil d'administration avait suivi l'évolution de la situation plus assidûment, il apparaîtrait peu probable que celle-ci eût pu se détériorer ainsi durant l'exercice sous revue et des mesures auraient vraisemblablement pu éviter que les prêts et paiements, effectués par le débit des comptes de M. \_\_\_\_\_ SA en faveur de P. \_\_\_\_\_ International S.L. durant la période du 12 avril 1994 au 5 janvier 1995, aient été accordés.

- iii) La situation dans la tenue des comptes s'est encore détériorée durant le troisième exercice, certainement du fait que l'organe de révision n'avait pas encore pu exécuter son mandat pour ledit exercice et n'avait pas procédé aux ajustements comptables auxquels il a procédé pour les exercices antérieurs. D. \_\_\_\_\_ s'est contenté d'établir une situation approximative au 31 mars 1995 pour que l'administration de la société puisse effectuer l'avis au juge.

Même si l'expert n'a pas pu analyser complètement les comptes de cet exercice étant donné qu'ils n'ont fait l'objet ni d'un bouclage, ni d'une révision, il a néanmoins pu relever que, durant la période du 12 avril 1994 au 5 janvier 1995, A.N. \_\_\_\_\_ a octroyé des prêts ou effectués des paiements pour le compte de P. \_\_\_\_\_ International S.L. ou de son actionnaire C. \_\_\_\_\_ pour un total de 759'000 fr. environ; ce montant, perdu, a causé la faillite de M. \_\_\_\_\_ SA.

- iv) Au vu de ce qui précède, l'expert a estimé qu'il était inexact de dire que la société a été d'emblée administrée avec légèreté. Au départ de son activité, le conseil d'administration a pris les mesures nécessaires à une gestion administrative adéquate en s'adjoignant les services de professionnels qualifiés. A.N. \_\_\_\_\_ n'a toutefois pas démontré les qualités de gestionnaire que la société

attendait de lui et les pertes du deuxième exercice le démontrent clairement, aussi bien sur le plan de l'acquisition de la clientèle que sur le plan de la gestion financière pour le compte de la société.

Dès le moment où il a eu connaissance de la situation de la société au 31 mars 1993, savoir au plus tard le 8 octobre 1993 lorsque l'organe de révision a rendu son rapport, le conseil d'administration aurait dû prendre des mesures pour suivre l'évolution de la société d'une manière beaucoup plus stricte en exigeant des situations comptables régulières. Ces mesures n'ont pas été prises. Ainsi, à partir de cette époque-là (novembre 1993), la société a été administrée avec légèreté en raison du manque de suivi du conseil d'administration.

L'expert précise toutefois que les apports de fonds de A.N. \_\_\_\_\_ par 100'000 fr. le 16 septembre 1993 et par 10'000 fr. les 14 mai et 17 septembre 1993, qui ont eu lieu avant la tenue de l'assemblée générale du 7 décembre 1993, pouvaient laisser penser qu'il avait la surface financière suffisante pour refinancer la société en tout temps.

**4.2)** L'expert n'a pas été en mesure de confirmer, faute de pièces comptables l'établissant, que A.N. \_\_\_\_\_ a investi au total un montant de 379'572 fr. 86 dans la société au cours de son existence. Il a en revanche pu constater que A.N. \_\_\_\_\_ payait parfois personnellement les charges de la société, ce qui démontre un manque de rigueur dans la gestion et la tenue de la comptabilité.

**4.3)** Sans les opérations financières liées à l'affaire P. \_\_\_\_\_ International S.L., l'exercice au 31 mars 1995 se serait soldé, sur la base des comptes provisoires établis par l'organe de révision, par une perte en capital de 71'972 fr. 09 et la société M. \_\_\_\_\_ SA n'aurait donc pas été en état de surendettement. La situation financière se

serait améliorée durant l'exercice 1994-1995, le découvert se réduisant par hypothèse de 98'463 fr. 17 à 28'027 fr. 91. Les avances faites à P.\_\_\_\_\_ International S.L. ou à ses proches "sont la cause essentielle" (*n.d.r.: termes mis en évidence par l'expertise*) de la perte irrémédiable de la société lorsque la créance en résultant s'est révélée irrécupérable. Il s'agit en tout cas de l'élément déclenchant le dépôt de bilan de la société. Au total, ces avances se sont élevées à 767'000 fr. environ entre le 31 mars 1994 (date de comptabilisation des premières avances) et le 5 janvier 1995. Si le conseil d'administration avait pris des mesures adéquates dès la fin du premier exercice social, il est vraisemblable que l'essentiel des problèmes ayant entraîné la faillite de la société auraient été évités.

Au 31 mars 1995, le découvert de la société s'élevait à 1'035'000 fr. environ. A.N.\_\_\_\_\_ détenait à ce moment-là une créance de 282'000 fr. environ contre la société. Dès lors, s'il avait postposé ou abandonné sa créance pour assainir la société, même si l'on tient compte des frais de liquidation et de la perte vraisemblable sur la liquidation du mobilier, la société n'aurait pas été en situation de faillite. Restent réservés cependant les engagements de garantie pris par la société envers le demandeur J.\_\_\_\_\_ qui ne figurent pas au bilan. Cette créance a été inventoriée à raison de 155'000 fr. dans la faillite de M.\_\_\_\_\_ SA par l'Office des faillites de Lausanne. Si cette créance est justifiée, la société aurait alors été en situation de faillite.

**4.4)** Les fiches de contrôle de D.\_\_\_\_\_ pour toute la période concernée font apparaître que M.\_\_\_\_\_ SA a remis à cette fiduciaire des disquettes de données comptables les 16 avril 1993 et le 26 mai 1993. En outre, des transferts automatiques de données saisies par M.\_\_\_\_\_ SA et l'émission de listings pour le client ont eu lieu sur le système informatique du cabinet de D.\_\_\_\_\_ le 9 juillet 1992, les 15 avril, 4 mai, 30 juin, 1er septembre, 2 septembre, 8 octobre, 13 octobre, 11 novembre et 19 novembre 1993, les 9 septembre, 27 septembre, 8 novembre, 11 novembre, 16 novembre, 17 novembre, 1er décembre, 12 décembre, 13 décembre, 21 décembre, 22 décembre et 24

décembre 1994, ainsi que les 2 mars, 4 avril, 13 mai et 28 décembre 1995. Ceci s'est fait en conformité avec le système ordinairement mis en place sur le plan comptable par D.\_\_\_\_\_, savoir installer chez ses clients un logiciel de saisie des informations qui permet une correction des imputations faites par ceux-ci et un transfert automatique dans le fichier informatique installé dans les bureaux de la fiduciaire. L'expert a pu vérifier qu'il n'y a plus eu de débit sur la fiche de contrôle de l'activité entre le 9 juillet 1992 et le 15 avril 1993, ainsi qu'entre le 19 novembre 1993 et le 9 septembre 1994 et entre le 24 décembre 1994 et le 2 mars 1995. La mise à jour des comptes sur le système informatique de la fiduciaire était irrégulière dès l'exercice 1993-1994. Les pièces comptables justificatives étaient fournies pour la révision des comptes.

**4.5)** Interrogé sur le point de savoir si D.\_\_\_\_\_ a fonctionné comme comptable et contrôleur de M.\_\_\_\_\_SA, l'expert a répondu par la négative. L'organe de révision a certes dû faire corriger ou corriger des écritures saisies par la société lors de l'analyse de la clôture des comptes au 31 mars 1993, mais il n'y a plus eu de contact concernant la société entre D.\_\_\_\_\_ et A.N.\_\_\_\_\_ durant la période du 31 janvier 1994 au 29 août 1994. Une assistance comptable lors du bouclage a été fournie par D.\_\_\_\_\_ afin de permettre une présentation des comptes conforme aux règles en la matière, car A.N.\_\_\_\_\_ ne semble pas avoir eu les compétences comptables nécessaires pour le faire. D.\_\_\_\_\_ a probablement voulu trop bien faire en remettant en ordre les comptes de la société, dont les écritures comptables étaient saisies initialement par A.N.\_\_\_\_\_, et en s'ingérant dans la gestion en demandant à la société de régulariser la situation de ses investisseurs qui représentaient plus de 800'000 fr. au 31 mars 1994.

#### **k) Complément d'expertise**

Le 11 décembre 2006, un complément d'expertise a été ordonné et confié à André Donzé, qui a rendu son rapport

complémentaire le 15 août 2007. Il en ressort ce qui suit:

**1)** Interrogé sur le détail des opérations de change en marks allemands, l'expert a expliqué que ce sont de nombreuses opérations d'achats et de ventes de dollars américains contre des marks allemands (et vice-versa) qui ont été effectuées durant les premier et deuxième exercices sociaux de M. \_\_\_\_\_ SA, de même que quelques opérations d'achats et de ventes de dollars américains contre des francs suisses. Il s'agit donc de plusieurs opérations sur devises, qualifiées de spéculatives, que A.N. \_\_\_\_\_ a réalisées. Selon les comptes de M. \_\_\_\_\_ SA, les pertes sur ces opérations durant l'exercice 1992-1993 se sont élevées à 44'397 francs 90 et celles de l'exercice 1993-1994 à 75'634 fr. 20; elles ont été compensées en partie par des bénéfices s'élevant à 17'960 fr. 05; la perte nette s'est ainsi élevée à 57'674 fr. 15.

**2)** La lettre d'engagement de M. \_\_\_\_\_ SA adressée à J. \_\_\_\_\_ le 28 mai 1994 et les mensualités de leasing des mois de mai 1994 à janvier 1995 remboursées à A.N. \_\_\_\_\_ concernent l'exercice 1994-1995.

**3)** Les mensualités de leasing réglées par A.N. \_\_\_\_\_ pour le compte de la société ont représenté un total de 23'126 fr., pour les mois de mai 1994 à février 1995. Les paiements enregistrés par l'institut de leasing sont identiques. L'opération en question a été enregistrée au débit du compte ouvert au nom de P. \_\_\_\_\_ International S.L. Les paiements de mensualités de leasing dues à BMW (Suisse) SA ont été effectués par J. \_\_\_\_\_ du 24 avril 1995 au 21 septembre 1995, pour les mois de mars à septembre 1995, pour 17'017 fr. au total. Les mensualités de leasing d'octobre 1995 à mai 1996, de 2'431 fr. par mois, n'ont pas été payées. Dès le mois de janvier 1995, en raison de la facturation de la TVA par l'institut de leasing (6,5%), les mensualités sont passées de 2'283 fr. à 2'431 francs.

**4)** Les prêts de M. \_\_\_\_\_ SA à P. \_\_\_\_\_ International S.L. ne

pouvaient provenir que de comptes bancaires de la société. Si des enregistrements comptables conformes avaient été effectués, une situation intermédiaire établie au 30 septembre 1994 aurait fait apparaître un compte débiteur P. \_\_\_\_\_ International S.L. de 388'607 fr. 61 (somme des montants ci-dessus). Si l'on additionne les sommes avancées à P. \_\_\_\_\_ International S.L. entre le 1<sup>er</sup> octobre 1994 et le 3 janvier 1995, on obtient une somme de 339'004 fr. 50. Ce sont les liquidités provenant de l'encaissement des "chèques en bois" auprès des diverses banques concernées qui ont financé, notamment, les prêts accordés à P. \_\_\_\_\_ International S.L. entre le 9 décembre 1994 et le 3 janvier 1995.

Les difficultés rencontrées par M. \_\_\_\_\_ SA ne sont pas liées à la marche ordinaire de la société, mais ont été causées par l'enregistrement des fonds des clients dans ses comptes, ce qui a permis à A.N. \_\_\_\_\_ d'accorder des avances et prêts à P. \_\_\_\_\_ International S.L. Ces deux éléments démontrent qu'il y a eu un manque de surveillance de la comptabilité de la société par les deux autres administrateurs. L'insolvabilité de la société au 31 mars 1995 ne semble en effet résulter que de l'affaire P. \_\_\_\_\_ International S.L.. Au 31 mars 1994, l'organe de révision n'avait pas de raison particulière de penser qu'une créance de 11'101 francs 65 au bilan allait déboucher sur une importante affaire d'escroquerie.

Au 31 mars 1994, le nantissement des actifs de M. \_\_\_\_\_ SA - qui comprennent en réalité les liquidités appartenant aux clients - par A.N. \_\_\_\_\_ auprès de la banque [...] est mentionné dans l'annexe aux comptes à concurrence d'un montant de 1'614'985 fr. 28. C'est cette ligne de crédit qui a été exploitée pour faire des avances à la société P. \_\_\_\_\_ International S.L., mais après le 31 mars 1994 seulement, puisqu'à cette date les fonds empruntés étaient détenus essentiellement sous forme de liquidités et de placement à terme dans la société. Une situation comptable correctement établie au 30 septembre 1994 aurait fait apparaître une dette envers la banque [...]. L'octroi et l'utilisation d'un tel crédit aurait certainement attiré

l'attention du conseil d'administration, les banques n'ayant pas pour habitude d'octroyer des prêts sans garantie.

Vu la situation financière où se trouvait la société après la perte subie durant le premier exercice social, des situations comptables intermédiaires fiables auraient permis de déceler rapidement les insuffisances comptables constatées ultérieurement. Les administrateurs W.\_\_\_\_\_ et A.Q.\_\_\_\_\_, par un suivi attentif de la société, auraient pu constater que A.N.\_\_\_\_\_ mélangeait dans les comptes les fonds de clients avec les fonds de la société. Ils auraient pu réagir immédiatement pour demander que ces fonds de clients soient gérés conformément à la doctrine en matière de gestion de fortune. L'Association suisse des gérants de fortune prévoit à cet égard notamment:

- que les valeurs patrimoniales du client et celles du membre soient strictement séparées,
- que les transactions où les intérêts du client sont en conflit avec ceux du membre soient menées de telle sorte que le client ne puisse subir aucun préjudice,
- que le gérant de fortune informe le client de sa propre initiative de la structure particulière de certains types de transactions dont le potentiel de risque dépasse la mesure habituelle liée à l'achat, à la vente et à la détention de valeurs mobilières,
- que le gérant de fortune exerce la gestion de valeurs patrimoniales déposées en banque en s'appuyant sur un pouvoir limité aux actes de gestion (le gérant ne doit pas pouvoir disposer des fonds confiés par le client).

Ainsi, si les administrateurs W.\_\_\_\_\_ et A.Q.\_\_\_\_\_ avaient été plus attentifs à la marche de la société, M.\_\_\_\_\_ SA n'aurait certainement pas connu les problèmes générés par A.N.\_\_\_\_\_, même si celui-ci ne donnait pas de renseignements ou en donnait de faux. Ces lacunes auraient été décelées plus rapidement, permettant ainsi de prendre des mesures. Si ces deux administrateurs

ont pu être trompés par A.N.\_\_\_\_\_, il n'en demeure pas moins que c'est l'ensemble du conseil d'administration qui était responsable de l'établissement des comptes de la société.

Or, le procès-verbal de l'assemblée générale du 7 décembre 1993 ne mentionne pas que des instructions précises aient été données à A.N.\_\_\_\_\_ en vue de cesser des opérations de change risquées. Si des instructions orales ont été données à A.N.\_\_\_\_\_, les administrateurs W.\_\_\_\_\_ et A.Q.\_\_\_\_\_ auraient dû procéder à la vérification du respect de leurs instructions ou de celles de l'assemblée générale, selon les principes usuels de gestion (commander, coordonner, contrôler). Il n'a de plus pas été établi de règlement d'organisation du conseil d'administration (art. 716b al. 1 CO), si bien que la gestion de la société devait être exercée conjointement par tous ses membres (art. 716b al. 3 CO).

**5)** Parmi les mesures organisationnelles que le conseil d'administration aurait pu prendre, l'expert cite notamment: l'établissement d'un business plan et d'un budget annuel, l'établissement de situations comptables régulières (par exemple tous les trimestres ou semestres), la rédaction d'un règlement du conseil d'administration fixant les obligations de chaque administrateur et la reddition de situations comptables régulières. Pour la gestion de la société, il aurait été judicieux de limiter les pouvoirs de A.N.\_\_\_\_\_ en lui accordant seulement une signature collective à deux avec un autre administrateur. Pour la gestion de la fortune des clients de la société, A.N.\_\_\_\_\_ aurait dû bénéficier d'un pouvoir de gestion uniquement accordé par les clients de M.\_\_\_\_\_SA, sans droit de disposition des fonds investis par et pour eux. Ce pouvoir de gestion aurait très bien pu être exercé par A.N.\_\_\_\_\_ uniquement, mais en limitant son droit de signature, les contrats de mandat de gestion auraient dû être munis de la signature sociale de M.\_\_\_\_\_SA, ce qui aurait permis aux deux autres administrateurs d'en vérifier le contenu. Ces mesures auraient permis à la société, d'une part, d'empêcher A.N.\_\_\_\_\_ de prélever des fonds dans les comptes des clients et, d'autre part, au conseil

d'administration d'obtenir des informations sur les comptes de ses clients dont elle avait la gestion, même si A.N.\_\_\_\_\_ en exerçait la gestion au jour le jour. La gestion collective des fonds de la société n'aurait pas eu d'influence sur les opérations avec les fonds des clients.

Les fonds des clients de M.\_\_\_\_\_SA n'auraient pas dû entrer dans la comptabilité de la société mais auraient dû figurer sur des comptes ouverts à leur nom. C'est d'ailleurs ce qui semble avoir été fait, durant le troisième exercice, à la demande de l'organe de révision. Puisque M.\_\_\_\_\_SA ne s'est pas bornée à administrer les fonds de ses clients, mais les a englobés dans ses propres actifs, elle aurait dû, selon l'expert, être soumise formellement aux dispositions de la loi fédérale sur les banques. Si les fonds des clients avaient été séparés des avoirs de M.\_\_\_\_\_SA, une double signature des administrateurs de cette société n'aurait pas été nécessaire pour les opérations de gestion. A.N.\_\_\_\_\_, comme gestionnaire des fonds des clients et représentant de la société, aurait pu gérer les fonds des clients en toute célérité. Il est d'ailleurs habituel, en matière de gestion de fortune, qu'un contrat de mandat soit établi entre le gestionnaire de fortune et son client qui définit les droits et obligations dudit gestionnaire mais également définit le profil de risque admis par le client. Le manque de rigueur en matière de gestion de fortune a engendré les problèmes de la société, car elle s'est retrouvée avec des liquidités qui ne lui appartenaient pas. De ce fait, la vision de la situation de la société ne pouvait plus être claire (sur le plan des liquidités disponibles) pour les administrateurs et l'organe de révision; c'est ce qui a permis à A.N.\_\_\_\_\_ d'accorder des prêts à P.\_\_\_\_\_International S.L..

Le conseil d'administration de M.\_\_\_\_\_SA n'avait donc pas mis en place une structure adéquate en raison de la confiance accordée à A.N.\_\_\_\_\_. Il n'était effectivement pas possible que les administrateurs W.\_\_\_\_\_ et A.Q.\_\_\_\_\_ connaissent la situation financière de la société dans de telles conditions. Un système de gestion adéquat pour la société, comprenant notamment un système de contrôle interne et une comptabilité tenue à jour assortie de situations

comptables régulières, aurait permis de déceler très rapidement les opérations sur devises poursuivies en 1993-1994, l'incorporation des fonds de clients dans les comptes de la société et les prêts accordés à P.\_\_\_\_\_International S.L..

Il est possible que les administrateurs W.\_\_\_\_\_ et A.Q.\_\_\_\_\_ aient été rassurés par la situation de la société au 31 mars 1994 sur le plan de la trésorerie, favorable à première vue. Les opérations avec P.\_\_\_\_\_International S.L. qui se sont déroulées entre le 12 avril 1994 et le 30 septembre 1994 ont représenté une sortie de fonds totale de 380'789 fr. 55 de sorte que, au 31 mars 1994, les liquidités étaient encore abondantes. Toutefois, alors que l'organe de révision intervenait ponctuellement et sur la base des comptes remis par A.N.\_\_\_\_\_, le conseil d'administration était chargé de l'établissement des comptes dont la qualité dépendait de la surveillance qu'il exerçait sur son administrateur-délégué. Le conseil d'administration n'a pas joué son rôle en fournissant à l'organe de révision des comptes qui ne remplissaient pas les exigences légales relatives à la comptabilité commerciale. S'il n'était pas à même de le faire, il aurait dû prendre des mesures pour que les comptes soient établis correctement. Le plus grand, et probablement le seul, reproche que l'on pourrait faire à l'organe de révision est de ne pas avoir averti rapidement et officiellement, par écrit, le conseil d'administration de la mauvaise tenue de la comptabilité et des difficultés rencontrées dans ses travaux, mais d'avoir cherché à ajuster la situation lui-même.

**6)** Si le conseil d'administration avait pris les mesures adéquates dès le mois de décembre 1993, l'organe de révision n'aurait pas eu à rétablir entièrement la situation comptable de la société au 31 mars 1994. D.\_\_\_\_\_ n'a en effet pas été sollicité d'une manière suivie par A.N.\_\_\_\_\_ pour l'établissement des comptes de la société. Les comptes de l'exercice 1993-1994 tels que remis à l'organe de révision souffraient de graves lacunes. Ils ne permettaient pas de procéder à une clôture sans des travaux importants de redressement. Le délai de trois à quatre mois nécessaire à l'organe de révision pour boucler les

comptes est exagéré. C'est en septembre 1994 au plus tôt que l'organe de révision aurait pu se rendre compte de la mauvaise présentation des comptes de la société au 31 mars 1994.

Si les travaux de mise en conformité des comptes avaient été entrepris dès le mois de septembre 1994, une situation provisoire aurait pu être présentée dans le courant du mois d'octobre 1994, au plus tard. Le rapport de révision aurait pu être délivré en novembre ou décembre 1994. Cependant, s'agissant des comptes au 31 mars 1994, seule une créance de 11'101 fr. 65 contre P. \_\_\_\_\_ International S.L. apparaissait à l'actif du bilan. Pour avoir une vue réelle de la situation en octobre ou novembre 1994, il aurait fallu que les comptes de l'exercice 1994-1995 aient été correctement tenus à jour. Dans ces circonstances, si l'organe de révision avait attendu la mise à jour des comptes de l'exercice 1994-1995 pour délivrer son rapport, il n'aurait probablement pas pu le faire avant le début de l'année 1995. C'est seulement à ce moment-là, lors de la délivrance des comptes de l'exercice 1994-1995 mis à jour à fin septembre 1994, qu'il aurait pu constater l'opération P. \_\_\_\_\_ International S.L.. Même si l'organe de révision avait voulu ou dû mettre en demeure le conseil d'administration ou solliciter une assemblée générale, les prêts accordés par A.N. \_\_\_\_\_ auraient déjà quasiment tous été effectués puisque, au 30 septembre 1994, le total dû s'élevait à 388'607 fr. 61 et, au 18 octobre 1994, à 403'607 fr. 61.

Si les comptes avaient été d'emblée présentés à l'organe de révision, à fin août 1994, d'une manière conforme aux principes comptables, ils auraient fait apparaître - notamment - la perte cumulée de 198'463 fr. 17, pour un capital de 100'000 fr. nominal (soit un découvert de 98'463 fr. 17), et le nantissement d'une partie des actifs de la société auprès de la banque [...]. Dans une telle hypothèse, le conseil d'administration aurait vraisemblablement fait établir une situation comptable au 30 septembre 1994. A ce moment-là, les problèmes réels rencontrés par la société seraient apparus, en particulier les avances et prêts à P. \_\_\_\_\_ International S.L., qui

s'élevaient, au 30 septembre 1994, à 388'607 fr. 61.

L'organe de révision n'avait pas à faire une remarque concernant la tenue de la comptabilité à la fin du premier exercice comptable, les manquements constatés n'ayant pas une importance majeure pour la société et le principe de clarté n'étant pas mis en péril parce que le nombre d'opérations était réduit. En revanche, le conseil d'administration, chargé de la gestion de la société, n'a pas pris son rôle assez au sérieux, faisant trop confiance à A.N.\_\_\_\_\_ en le laissant gérer la société à sa guise. A la fin du premier exercice social, la société ayant déjà subi une perte de l'ordre de 127'000 fr., le conseil d'administration aurait dû prendre des mesures organisationnelles (signature collective à deux, situations comptables périodiques, notamment) afin d'éviter qu'une telle chose ne se reproduise durant l'exercice comptable suivant.

**7)** Les disquettes permettant le transfert automatique des écritures comptables de M.\_\_\_\_\_SA sur le système informatique du cabinet fiduciaire de D.\_\_\_\_\_ étaient adressées périodiquement à ce dernier. Selon le relevé des dates mentionnées dans le rapport d'expertise, la transmission des données s'est faite irrégulièrement. L'expert n'a pas pu déterminer si les pièces comptables justificatives étaient fournies à l'organe de révision en même temps que les disquettes, mais cela ne devait pas être le cas, vu le temps extrêmement court consacré à ces opérations. Les opérations comptables n'étaient pas contrôlées par la fiduciaire lors de ces transferts; il s'agissait d'une opération purement technique et automatique de mise à jour de la comptabilité de M.\_\_\_\_\_SA par adjonction des nouvelles écritures aux écritures existantes.

Même si les opérations avaient été vérifiées au fur et à mesure, les premières avances importantes de M.\_\_\_\_\_SA à P.\_\_\_\_\_International S.L. ont été faites aux mois d'avril et de mai 1994. Elles se sont poursuivies jusqu'au 28 décembre 1994. Or, d'après les dates de transferts des disquettes dans le système informatique du

cabinet fiduciaire de D.\_\_\_\_\_, la première disquette de l'année 1994 a été remise par M.\_\_\_\_\_SA le 9 septembre 1994 et la deuxième le 27 septembre 1994; d'autres disquettes ont été fournies par la suite entre le 8 novembre 1994 et le 24 décembre 1994. Les deux premières disquettes devaient concerner, compte tenu de la chronologie, des écritures relatives à l'exercice se terminant le 31 mars 1994 seulement. Il est donc vraisemblable que D.\_\_\_\_\_ n'aurait pas pu constater les opérations relatives aux avances à P.\_\_\_\_\_ International S.L. faites à partir du 12 avril 1994 par M.\_\_\_\_\_SA avant le mois de novembre 1994. Son rôle d'organe de révision n'obligeait D.\_\_\_\_\_ à intervenir qu'à la fin de l'exercice comptable, pour effectuer sa mission.

## **En droit :**

### **1.**

**1.1** Le dispositif du jugement attaqué a été communiqué aux parties le 6 septembre 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 CPC; ATF 137 III 127; ATF 137 III 130 ; Tappy, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, nn. 5 et ss ad art. 405 CPC).

**1.2** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al.1 let. a CPC), dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est supérieure à 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). En particulier, il est recevable contre les jugements de la Cour civile qui ont été rendus en instance cantonale unique selon l'ancien droit et dont le dispositif a été communiqué après le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (cf. Colombini, Quelques questions de droit transitoire, in JT 2011 III 109, ch. 4, p. 112 et références). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

Formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable à la forme.

## **2.**

**2.1** L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office, conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, sp. p. 134). Elle n'est toutefois pas tenue d'examiner, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent si elles ne sont pas remises en cause devant elle, ni de vérifier que tout l'état de fait retenu par le premier juge est exact et complet si seuls certains points de fait sont contestés devant elle.

**2.2** Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC ; Tappy, op. cit., p. 128). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement les faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (Tappy, op. cit., pp. 136-137).

**2.3** L'appel est principalement réformatoire. L'autorité d'appel peut toutefois à titre exceptionnel renvoyer la cause en première instance si un élément essentiel de la demande n'a pas été examiné ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (Tappy, op. cit, p. 148).

**3.** L'action des demandeurs, fondée sur l'art. 754 CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220), est dirigée contre les trois administrateurs de la société faillie et contre l'organe de révision de celle-ci. La responsabilité de l'organe de révision a été écartée par les premiers juges, sans que cela soit contesté en appel, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir. Avant d'examiner si les conditions de la responsabilité des administrateurs sont réalisées, il y a lieu de préciser, au regard de la jurisprudence récente, la nature de l'action intentée par les demandeurs.

**3.1** L'action dont dispose un créancier social envers les organes d'une société dépend du type de dommage subi. A cet égard, trois situations sont envisageables.

**3.1.1** Premièrement, le créancier peut être lésé à titre personnel par le comportement des organes, à l'exclusion de tout dommage causé à la société. Il subit alors un dommage direct (ATF 132 III 564 c. 3.1.1 p. 568).

**3.1.2** Deuxièmement, le créancier peut encourir une perte, car le comportement d'un administrateur a appauvri la société, de sorte qu'il ne parvient pas à récupérer ou seulement de manière incomplète ses prétentions envers celle-ci. Son dommage n'est alors qu'indirect, car il découle de l'insolvabilité de la société. Dans ce cas très fréquent, les manquements des organes causent en premier lieu un dommage à la société, le créancier n'étant lésé que par ricochet (Reflexschaden). Pour qualifier ce dommage, la pratique utilise indifféremment les termes de dommage ou préjudice réfléchi, indirect ou par ricochet. Tant que la société demeure solvable, c'est-à-dire qu'elle est en mesure d'honorer ses engagements, le dommage reste dans sa seule sphère, sans toucher les créanciers sociaux, qui pourront obtenir le plein de leurs prétentions. C'est seulement lorsque les manquements des organes entraînent l'insolvabilité de la société, puis sa faillite, que le créancier subit une perte qui constitue un dommage par ricochet (ATF 132 III 564 c. 3.1.2 p.

568).

**3.1.3** En troisième lieu, il existe encore des situations, plus rares, dans lesquelles on discerne à la fois un dommage direct pour le créancier et un dommage direct pour la société. En d'autres termes, le comportement de l'organe porte directement atteinte au patrimoine de la société et du créancier social, sans que le préjudice causé à ce dernier ne dépende de la faillite de la société (ATF 132 III 564 c. 3.1.3 p. 569).

**3.2** La qualité pour agir du créancier lésé à l'encontre de l'organe de la société varie en fonction des trois situations précitées. Les distinctions qui suivent sont dictées par le respect des règles générales du droit de la responsabilité civile. Parmi celles-ci figure le principe selon lequel seul le lésé direct peut demander réparation de son dommage, celui qui ne subit qu'un dommage par ricochet en raison d'une relation particulière avec le lésé direct ne disposant d'aucune action en réparation contre l'auteur du dommage (ATF 132 III 564 c. 3.2 p. 569).

**3.2.1** Lorsque le comportement d'un organe de la société cause un dommage direct à un créancier, alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice, le créancier lésé peut agir à titre individuel et réclamer des dommages-intérêts au responsable. Son action est régie par les règles ordinaires de la responsabilité civile et, à condition qu'elle repose sur un fondement juridique valable, elle n'est soumise à aucune restriction. Les limitations posées par la jurisprudence quant à la possibilité pour le créancier social d'agir individuellement contre un organe ne sont pas applicables. La réparation de ce dommage peut être invoquée en tout temps par l'intéressé, peu importe que la société ait été mise en faillite ou non (ATF 132 III 564 c. 3.2.1 p. 569).

**3.2.2** En cas de dommage par ricochet du créancier, la qualité de lésé appartient à la société qui se trouve directement appauvrie par le comportement de l'organe. En vertu des principes généraux de la

responsabilité, c'est la société qui est en première ligne légitimée à réclamer des dommages-intérêts à l'organe responsable. Le créancier social ne dispose lui-même d'aucune action individuelle pour obtenir réparation du dommage qu'il a subi par ricochet. Lorsque la société tombe en faillite, la créance que celle-ci pouvait faire valoir contre l'organe responsable est remplacée par une créance de la communauté des créanciers, qu'il appartient en priorité à l'administration de la faillite de faire valoir (cf. art. 757 al. 1 CO). Toutefois, si l'administration de la faillite renonce à exercer l'action sociale (art. 757 al. 2 CO), un créancier social peut réclamer la réparation du dommage subi directement par la société. Il exerce alors l'action de la communauté des créanciers, mais le produit éventuel de l'action servira d'abord à couvrir ses propres prétentions telles que colloquées. En matière de poursuite et faillite, ce mécanisme est réglé à l'art. 260 LP (Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1) (sur les liens entre cette disposition et l'art. 757 CO, voir TF 4C.263/2004 du 23 mai 2005, c. 1.2 non publié in ATF 132 III 222). Le créancier social qui a obtenu la cession des droits de la masse en application de l'art. 260 LP agit alors sur la base d'un mandat procédural. Il est ainsi légitimé à actionner l'organe responsable pour réclamer la réparation du dommage subi par la société (ATF 132 III 564 c. 3.2.2 p. 570).

**3.2.3** Enfin, dans les cas où tant la société que le créancier social se trouvent directement lésés, il faut appliquer les règles posées par la pratique, afin d'éviter que l'action individuelle du créancier entre en concurrence avec les prétentions de la société. C'est uniquement dans cette hypothèse et pour parer au risque d'une compétition entre les actions en responsabilité exercées respectivement par la société ou l'administration de la faillite et par les créanciers directement touchés que la jurisprudence a limité le droit d'agir de ces derniers, afin de donner une priorité à l'action sociale. Ainsi, lorsque la société est aussi lésée, un créancier social peut agir à titre individuel contre un organe en réparation du dommage direct qu'il a subi seulement s'il peut fonder son action sur un acte illicite (art. 41 CO), une *culpa in contrahendo* ou une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger

les créanciers. L'importance pratique de cette règle restrictive a souvent été exagérée par la doctrine. En effet, comme déjà indiqué, ces principes ne valent que dans les cas où l'on discerne un dommage direct à la fois pour la société et pour le créancier. Ils ne sont pas applicables lorsque seul le créancier social est lésé (cf. supra chiffre 3.2.1). Quant au cas le plus fréquent dans lequel le créancier subit un dommage par ricochet découlant de l'insolvabilité de la société, ces limitations ne s'appliquent pas davantage. Elles n'ont du reste aucun intérêt dans ce cas, puisque le créancier social lésé par ricochet ne dispose précisément d'aucune action individuelle contre l'organe responsable, ce qui exclut tout risque de concurrence avec l'action de la société (ATF 132 III 564 c. 3.2.3 pp. 570 s.).

**3.3** En l'espèce, G.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_ ont produit, dans la faillite de la société M.\_\_\_\_\_SA, des créances - de respectivement 398'781 fr. 95 et 155'000 fr. - admises par l'office des faillites. Le premier invoque un dommage résultant essentiellement du non-remboursement des fonds qu'il a remis à M.\_\_\_\_\_SA en rapport avec le *roll-program*. Le second fait valoir un dommage résultant du non-paiement par M.\_\_\_\_\_SA des mensualités de leasing à BMW (Suisse) SA. Les demandeurs n'ont reçu aucun dividende. Ils ont donc été lésés, dans la mesure où ils n'ont pas pu récupérer le montant de leurs créances à la suite de la faillite de M.\_\_\_\_\_SA, ce qui est le propre du dommage par ricochet. Dès lors que les demandeurs se sont fait céder les droits de la masse en faillite de M.\_\_\_\_\_SA pour agir en responsabilité contre les administrateurs de la société, leur légitimation active doit être admise. Ils exercent ainsi l'action de la société, de sorte qu'il faut déterminer si le comportement des administrateurs était de nature à engager leur responsabilité vis-à-vis de la société M.\_\_\_\_\_SA.

#### **4.**

**4.1.** Les appelants reprochent aux premiers juges d'avoir violé l'art. 754 CO en tenant les conditions de cette disposition pour réunies.

En premier lieu, ils contestent avoir fautivement manqué à leurs devoirs d'administrateurs. Ils expliquent qu'ils avaient délégué la gestion et la représentation à A.N.\_\_\_\_\_, président du conseil d'administration, lors de la fondation de la société le 22 avril 1992. Comme cette délégation est antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau droit, c'est l'ancien droit, en particulier l'art. 717 al. 2 aCO, qui s'appliquerait et ce serait à tort que les premiers juges leur auraient reproché de ne pas avoir établi un règlement d'organisation (art. 716b CO).

En second lieu, les appelants s'en prennent au lien de causalité. Ils prétendent que les mesures préconisées par l'expert n'auraient pas empêché la réalisation du dommage. Ainsi, les informations complémentaires qu'ils auraient pu demander à A.N.\_\_\_\_\_ auraient de toute façon été inutiles, car celui-ci leur aurait menti. Une situation comptable intermédiaire au 30 septembre 1994 aurait révélé des avances à P.\_\_\_\_\_ International S.L. à hauteur de seulement 388'607 fr., que A.N.\_\_\_\_\_ aurait justifiées par l'affaire de la commission de 500'000 francs. Des situations comptables régulières, soit tous les trois ou six mois, auraient révélé qu'en contrepartie de ses engagements, C.\_\_\_\_\_ avait remis à A.N.\_\_\_\_\_, au début de l'année 1994, deux billets à ordre pour quelques 750'000 fr. qui seront protestés au 27 décembre 1994 faute de paiement et, entre le 13 et 23 décembre 1994, neuf chèques à hauteur de quelques 1'300'000 fr., au reste sans provision. Les appelants contestent également l'utilité de la double signature, qui fût revenue à révoquer la délégation de A.N.\_\_\_\_\_. Enfin, ils font valoir que celui-ci avait créé des apparences favorables, en apportant à M.\_\_\_\_\_ SA des fonds, ce qui a pu faire croire qu'il avait les moyens financiers de supporter la société.

**4.2** Le droit de la responsabilité des organes de la société anonyme a été révisé et la nouvelle est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 1992 (RO 1992 733; FF 1983 II 757). Les actions et omissions à raison desquelles les fondateurs, administrateurs et réviseurs sont recherchés

restent soumises à l'ancien droit si elles sont intervenues avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Après cette date, la nouvelle est applicable (ATF 128 III 180 c. 2b, JT 2004 I 367).

En l'espèce, même si la fondation de M. \_\_\_\_\_ SA est intervenue avant le 1<sup>er</sup> juillet 1992, les actions ou omissions reprochées aux organes de la société se sont produites après cette date. C'est donc à la lumière du nouveau droit qu'il faut examiner les prétentions des demandeurs à l'encontre des administrateurs.

**4.3** Selon l'art. 754 al. 1 CO, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.

La responsabilité des administrateurs envers la société fondée sur cette disposition est subordonnée à la réunion de quatre conditions générales, à savoir la violation d'un devoir, une faute (intentionnelle ou par négligence), un dommage et l'existence d'un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et la survenance du dommage. Il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver la réalisation de ces conditions (art. 8 CC), qui sont cumulatives.

#### **4.4**

**4.4.1** Selon l'art. 716a CO, le conseil d'administration détient les attributions inaliénables et intransmissibles suivantes: exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires (ch. 1), fixer l'organisation (ch. 2), fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société (ch. 3), nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation (ch. 4), exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les

règlements et les instructions données (ch. 5), établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter les décisions (ch. 6) ainsi qu'informer le juge en cas de surendettement (ch. 7). Le conseil d'administration a la possibilité de répartir entre ses membres la charge de préparer ou d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires. Il veille en outre à ce que ses membres soient convenablement informés (716a al. 2 CO).

Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers conformément au règlement d'organisation (art. 716b al. 1 CO), dont le contenu minimal est prévu par la loi (art. 716b al. 2 CO). Celui qui, d'une manière licite, délègue à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances (art. 754 al. 2 CO). La doctrine admet que cette disposition s'applique dans les cas admissibles de délégation, que celle-ci soit faite en faveur d'un autre organe ou d'un tiers (Corboz, Commentaire romand, Code des obligations II, n. 34 ad art. 754 CO; Peter/Cavadini, Commentaire romand précité, n. 6 ad art. 717 CO). En ce qui concerne le devoir de surveillance, le conseil d'administration n'est pas obligé de vérifier à chaque instant et isolément les opérations déléguées, mais il peut limiter son examen à l'activité générale du délégataire et à la marche des affaires dans son ensemble. Cela implique qu'il lise d'un oeil critique les rapports qui lui sont soumis, exige au besoin des informations complémentaires et intervienne s'il constate des erreurs ou des irrégularités (pour l'ancien droit: ATF 114 V 219 c. 4a p. 223; ATF 97 II 403 c. 5b p. 411, JT 1973 I 66).

La loi met à la charge des administrateurs et de toute personne qui s'occupe de la gestion de la société un devoir de diligence (art. 717 al. *in initio* CO) et un devoir de fidélité (art. 717 al. 1 *in fine* CO). Selon la jurisprudence, l'administrateur doit, d'une manière générale, faire preuve de toute la diligence nécessaire à la gestion des

affaires sociales (ATF 122 III 195); il ne suffit pas qu'il observe la *diligentia quam in suis* (ATF 113 II 52 c. 3a). L'étendue du devoir de diligence se détermine de manière objective, en fonction des circonstances concrètes. Des excuses purement subjectives, telles que l'absence, le manque de temps, la maladie, la sénilité ou des connaissances insuffisantes sont sans pertinence (Corboz, op. cit., n. 19 ad art. 754 CO).

A côté des activités prescrites par la loi ou les statuts, l'administrateur s'occupe, dans le cadre général de la notion de gestion, de tout ce qui concerne la conduite de la société. En raison de son devoir de diligence, il doit s'efforcer de remplir au mieux sa mission, que celle-ci soit dictée expressément par la loi ou résulte des circonstances. Ainsi, il doit s'abstenir de dépenses qui n'ont aucune justification commerciale ou qui apparaissent excessives, compte tenu des ressources de la société; il ne doit pas non plus se lancer dans des opérations sans espoir ou exagérément risquées (Corboz, op. cit., n. 22 ad art. 754 CO).

**4.4.2** En l'espèce, les appelants ont violé les devoirs suivants:

a) Ils n'ont pas établi, pour le premier exercice, le rapport de gestion (art. 716a ch. 6 CO), qui se compose du rapport annuel (art. 662 al. 2 CO) et des comptes annuels (art. 662a CO).

b) Ils n'ont pas convoqué l'assemblée générale en vue de l'approbation des comptes du deuxième exercice social (art. 716a ch. 6 CO), de sorte que ceux-ci n'ont jamais été approuvés (art. 716 al. 1 ch. 6, art. 698 al. 1 ch. 4 et 699 al. 1 CO). En outre, les comptes du deuxième exercice n'ont pas fait l'objet d'un rapport de révision (art. 728b al. 2 CO), si bien que l'assemblée générale n'aurait pas pu valablement approuver les comptes (art. 731 CO).

c) Pendant les trois ans d'existence de M.\_\_\_\_\_SA (notamment entre le mois d'avril 1992 et le mois de mars 1995), ils ont omis de tenir des séances, de délibérer et de transcrire leurs décisions et leurs discussions dans des procès-verbaux (cf. art. 713 CO). Dès lors que M.\_\_\_\_\_SA se trouvait déjà dans une situation financière précaire à la fin du premier exercice social, la diligence requise aurait commandé que les administrateurs s'inquiètent de cette constatation et prennent des mesures efficaces; or, de telles mesures auraient nécessité que le conseil d'administration tienne séance.

d) A.N.\_\_\_\_\_ a violé son devoir de diligence (art. 717 CO), en investissant, après l'échec du *roll-program* londonien, les avoirs de G.\_\_\_\_\_ dans le marché spéculatif des devises. Il a également pris des risques inconsidérés - et sans contrôle - dans sa relation d'affaires avec P.\_\_\_\_\_International S.L. ou C.\_\_\_\_\_; c'est ainsi qu'il a versé, sans justification apparente, un montant de 767'000 fr. à C.\_\_\_\_\_ dépassant largement la commission de courtage de 500'000 fr. qu'il pouvait compter obtenir. Il n'est pas établi que les appelants étaient au courant des investissements de A.N.\_\_\_\_\_ sur le marché monétaire et des avances effectuées en faveur de P.\_\_\_\_\_International S.L. ou de C.\_\_\_\_\_. Le procès-verbal de l'assemblée générale du 7 décembre

1993 mentionne que les opérations monétaires malheureuses menées par A.N.\_\_\_\_\_ devaient être arrêtées. Rien ne démontre que cette instruction ait été suivie d'effets et que les deux autres administrateurs aient vérifié l'obéissance de A.N.\_\_\_\_\_. Ils se sont au contraire fiés aux dires de ce dernier, et ce malgré les comptes bouclés du premier exercice montrant que la société était dans une situation précaire, à la limite du surendettement. L'optimisme affiché de A.N.\_\_\_\_\_ lors de l'assemblée générale du 7 décembre 1993 a suffi à satisfaire les appelants, sans aucune autre forme de contrôle ou de demande d'informations. Cette lacune dénote une grave inconscience des administrateurs, voire une incompétence aveugle, assurément illicite.

e) De manière générale, les appelants ont négligé de contrôler la comptabilité de M.\_\_\_\_\_ SA (art. 716a al. 1 ch. 3 CO). Dès la fin du premier exercice social, vu la situation de surendettement évitée de justesse, il aurait fallu établir des situations comptables régulières. Celles-ci auraient permis de constater le mélange comptable des fonds de la société avec les investissements des clients. Le conseil d'administration aurait dû établir un business plan et un budget annuel (art. 716a al. 1 ch. 3 CO). Un système de contrôle comptable interne et une comptabilité tenue à jour auraient permis de constater rapidement les graves lacunes comptables, notamment dès le deuxième exercice social, et de constituer si nécessaire des provisions pour risques et charges (art. 669 al. 1 CO).

L'absence totale de surveillance de la part des appelants constitue un manquement grave à leurs devoirs, quelle que soit leur connaissance effective des agissements de A.N.\_\_\_\_\_. Contrairement à ce que soutiennent les appelants, les premiers juges ne leur reprochent pas d'avoir violé le nouveau droit faute d'avoir fait établir un règlement d'organisation, mais en raison de l'absence de toute surveillance de l'administrateur délégué. Or, que ce soit sous l'ancien ou le nouveau droit, l'administrateur doit exercer une surveillance sur le délégataire (pour l'ancien droit: ATF 122 III 195 c. 3a p. 198).

**4.5** Pour qu'il y ait responsabilité selon l'art. 754 CO, la violation des devoirs doit être fautive; une négligence, même légère, suffit (Corboz, La responsabilité des organes en droit des sociétés, 2005, n. 36-39 ad art. 754 CO; Widmer/Banz, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2<sup>e</sup> éd., 2002, n. 32 ad art. 754 CO). La faute s'apprécie selon des critères objectifs, et elle est toujours donnée lorsque le défendeur n'a pas agi comme un organe ayant les compétences requises l'aurait fait dans les mêmes circonstances (ibidem). Dès lors, seules des circonstances exceptionnelles pourraient conduire à la conclusion que celui qui a failli à ses devoirs est exempt de faute (Corboz, op. cit., n. 40 ad art. 754 CO).

En l'espèce, les appelants ont violé leurs devoirs de diligence et de surveillance en laissant A.N.\_\_\_\_\_ libre de tout contrôle, et ce sur tous les plans. Ils ne se sont tout simplement pas inquiétés de la marche des affaires de la société et ont aveuglément fait confiance à l'administrateur délégué. Un tel comportement ainsi que les autres violations formelles des obligations du conseil d'administration constituent une négligence grave des appelants.

**4.6** Lorsqu'un créancier social ayant obtenu la cession des droits de la masse en application de l'art. 260 LP agit en réparation du dommage subi par la société, il faut que la violation fautive d'un devoir ait causé un dommage à la société (cf. c. 3.2.2 *supra*). Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 132 III 564 c. 6.2 et les arrêts cités).

En l'espèce, si les avances à P.\_\_\_\_\_ International S.L. ou à C.\_\_\_\_\_ n'avaient pas été effectuées, M.\_\_\_\_\_ SA n'aurait pas dû déposer le bilan; il s'agit là de la cause essentielle ayant conduit à la faillite de la société. Ces avances se sont élevées au total et en chiffres ronds à 767'000 francs. Le dommage de la société est donc au moins

équivalent à cette somme, puisque celle-ci a été définitivement perdue. Les demandeurs sont dès lors fondés à réclamer 575'000 fr. à titre de réparation du dommage social.

**4.7** Pour que la responsabilité des administrateurs soit engagée, il faut qu'il existe un rapport de causalité naturelle et adéquate entre, d'une part, la violation fautive du devoir et, d'autre part, le dommage invoqué. Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions *sine qua non* (ATF 128 III 174 c. 2b, JT 2003 I 28, SJ 2002 I 410; ATF 128 III 180 c. 2d, JT 2004 I 367, SJ 2002 I 595). Pour qu'il y ait causalité adéquate, il faut que le fait générateur de la responsabilité soit propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (ATF 129 II 312 c. 3.3, JT 2006 IV 35, SJ 2003 I 437 et les arrêts cités). Il faut au préalable qu'un lien de causalité naturelle soit établi (TF 4C.118/2005 du 8 août 2005 c. 4.3). Le rapport de causalité adéquate est une clause générale qui doit être concrétisée par le juge selon les règles du droit et de l'équité, comme le prescrit l'art. 4 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210).

En l'espèce, les appelants ont commis de nombreuses violations de leurs devoirs d'administrateurs. En particulier, ils ont négligé leur devoir de surveillance en ne prenant aucune mesure malgré les signaux évidents de la situation précaire de M. \_\_\_\_\_ SA à la fin du premier exercice, qui leur ont été révélés lors de l'assemblée générale du 7 décembre 1993. C'est en vain que les appelant soutiennent que les mesures préconisées par l'expert (à savoir notamment un système de contrôle interne et une comptabilité tenue à jour assortie de situations comptables régulières) auraient été inefficaces, voire inutiles. En effet, le mélange des fonds des clients dans les comptes de M. \_\_\_\_\_ SA a permis à A.N. \_\_\_\_\_ d'accorder des avances et prêts à P. \_\_\_\_\_ International S.L.. Or, l'établissement de situations comptables intermédiaires fiables aurait permis aux appelants de constater ce mélange et d'empêcher ces versements. De plus, une situation

comptable intermédiaire au 30 septembre 1994 leur aurait révélé les montants considérables versés par A.N. \_\_\_\_\_ à P. \_\_\_\_\_ International S.L. et leur aurait permis de demander des explications; contrairement à ce que les appelants soutiennent, la seule commission escomptée de 500'000 fr. ne constituait pas une justification suffisante. Dans ces conditions, les négligences des appelants sont bien à l'origine du dommage subi par la société.

**4.8** En conclusion, les conditions de l'art. 754 CO sont réunies, de sorte que c'est à juste titre que les appelants, solidairement entre eux et avec A.N. \_\_\_\_\_, doivent être condamnés à payer aux demandeurs, en tant que cessionnaires des droits de la masse, des dommages intérêts qui correspondent au montant du préjudice subi par la société M. \_\_\_\_\_ SA.

**5.** Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC.

Les appelants, qui succombent, supporteront les frais judiciaires de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC), qui doivent être arrêtés à 6'750 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) et sont compensés avec l'avance de frais fournie (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens, dès lors que les intimés n'ont pas été invités à se déterminer sur l'appel et n'ont donc pas encouru de frais pour la procédure de deuxième instance (art. 95 al. 3 CPC).

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,  
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 6'750 fr. (six mille sept cent cinquante francs), sont mis à la charge des appelants, solidairement entre eux.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le vice-président :

La greffière :

Du

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Jean-Pierre Moser (pour A.Q. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_),
- Me Luc Recordon (pour G. \_\_\_\_\_),
- Me Alain Thevenaz (pour J. \_\_\_\_\_),
- Me Charles-Henri De Luze (pour A.N. \_\_\_\_\_),
- Me Daniel Pache (pour D. \_\_\_\_\_).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est de 575'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Cour civile du Tribunal cantonal.

La greffière :