

## Cour d'appel Bruxelles – 11 février 2009

### 1.- PARTIE A

Appelante au principal, Intimée sur incident,

### 2.- PARTIE B

Appelante au principal, Intimée sur incident,

Contre :

Partie C, société civile sous forme de société coopérative à responsabilité limitée,

(...)

### III. Les faits et antécédents de la procédure

1. La partie B est une filiale de la société F, appartenant au groupe D. Son activité essentielle consiste à revendre des produits finis fabriqués, pour près de 60 %, par sa maison mère et, pour le reste, par d'autres sociétés du groupe.

Compte tenu de la nature des relations entre la société mère et sa filiale, il y a une obligation de consolidation des comptes et de rapport de la part de la partie B à l'égard de la partie F.

2. L'administrateur délégué de la partie B, à l'époque, M. X. A partir du 1er octobre 1981, en cas d'empêchement de sa part, le pouvoir de signature est attribué conjointement à deux fondés de pouvoir, et notamment à M. Y., responsable du département comptable. Les parties sont en désaccord sur la dénomination de la fonction confiée à M. Y., à savoir "chef comptable" ou "directeur administratif et financier". Il n'est par contre pas contesté qu'il avait cette signature conjointe.

3. A partir de l'exercice social clôturé le 31 décembre 1985, le cabinet Z. est désigné comme Commissaire réviseur de la société. C'est M. O., membre de l'Institut des Réviseurs d'Entreprise, qui exerce cette mission.

Son offre de mission comporte les éléments suivants :

- le contrôle des comptes au 31 décembre 1985 comportant la certification en vue de la consolidation et le contrôle plénier du bilan uniquement;
- le commissariat aux comptes au 31 décembre 1986 comportant la certification des comptes sur base des normes de l'Institut des réviseurs, celle en vue de la consolidation et la revue des états financiers semestriels;
- *le temps d'une équipe de contrôle de deux personnes durant deux semaines et demie réparties sur l'année. Cette équipe travaille sous la supervision d'un directeur de mission et d'un réviseur associé ;*
- *Revue du contrôle interne, des procédures et systèmes comptables ;*
- *Présence à l'inventaire physique de fin d'année ;*
- *Contrôle de tous les postes du bilan par sondages ;*
- *Revue analytique de l'évolution des dépenses en liaison avec les prévisions budgétaires ;*
- *Rapport à la direction sur toute situation qui mériterait leur attention en vue d'augmenter*

*L'efficacité de l'entreprise.*

Suite à une absorption, les activités sont exercées par le cabinet Z., sans changement d'affectation dans le chef de M. O. quant à sa mission au sein de la partie B. A partir de l'exercice 1991, les activités de ce cabinet sont, à leur tour, reprises par la partie P. et O. continue d'exercer sa mission jusqu'à l'assemblée générale extraordinaire de la partie B du 21 février 1996.

Les activités sont ensuite transférées en 1998 à la SC sous forme civile partie C., Réviseurs d'Entreprises (en abrégé C.).

Le montant de la rémunération sera de 258.620 BEF en 1986 pour atteindre 300.000F en 1994.

Il résulte des éléments de la cause que M. Y. a organisé une fraude au préjudice de la partie B. Celle-ci a été commise suivant un *modus operandi* qui fut pratiqué de manière régulière et systématique pendant au moins une quinzaine d'années, et certainement de 1982 à 1995, par le biais de l'émission de chèques remis à l'encaissement au profit de comptes lui appartenant. Il ne conteste pas avoir agi de la sorte.

La partie C. et M. O. insistent sur le fait que, selon eux, la fraude est donc déjà enracinée dans les chiffres de la partie B. au moment de l'intervention du commissaire réviseur de sorte que les nouveaux prélèvements ne sont pas décelables, les chiffres comptables conservant leur cohérence d'une année à l'autre. Ils signalent qu'il y a eu, peu de temps avant leur entrée en fonction, un audit interne qui n'a lui-même décelé aucune anomalie.

4. Les retraits opérés par M. Y. attirent l'attention du banquier de la société qui prévient l'administrateur-délégué, ce qui permet de découvrir la fraude.

La partie C. est chargée d'une mission de contrôle et de révision des opérations diverses et des journaux comptables sur la base de l'examen des paiements par chèques et des virements internes entre 1982 et fin mai 1995. Pour cette période, le contrôle aboutit à la conclusion que le montant qui aurait été détourné s'élève à : [...] 71.289.000 BEF

Au mois de juillet 1995, la partie B. dépose plainte entre les mains du procureur du Roi de Bruxelles du chef de détournement et d'abus de confiance à l'encontre de M. Y. Il est condamné par le tribunal de première instance de Bruxelles, par jugement prononcé le 27 mai 1998, à une peine correctionnelle de 4 ans avec sursis. Le jugement constate que la partie B *ne formule aucune demande*.

La partie B. fait appel à son assureur, la partie A. (ci-après A.) en vue de l'indemnisation des dommages subis en raison des détournements commis. Une somme de 5.247.900 FRF est payée et ensuite un solde de 2.398.398 FRF, soit au total 7.646.298 FRF.

Le 30 octobre 1997, la partie A. met en demeure la partie C. et M. O. de lui rembourser la somme de 5.247.900 FRF, correspondant au montant qui avait alors été versé par elle à son assuré.

Le 27 janvier 1999, la partie A. et la partie B. citent la partie C. et M. O. devant le tribunal de commerce de Bruxelles.

Aux termes de leurs conclusions, ils demandent leur condamnation solidaire à leur payer, en ce qui concerne la partie A., la somme de 1.165.670,99 €, et, en ce qui concerne la partie B., la somme de 494.670,46 €, augmentées des intérêts légaux à dater du 30 octobre 1997.

Il est reproché à M. O., le fait qu'en sa qualité de commissaire réviseur, il aurait pu, et dû, mettre à jour les nombreux détournements opérés par M. Y.. En ne le faisant pas, il a commis une faute grave engageant sa responsabilité professionnelle tant sur la base du droit commun de la responsabilité aquilienne et contractuelle que sur la base des lois coordonnées sur les sociétés commerciales

A l'égard de la partie C., c'est sur l'article 33 § 2 de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'entreprises, que la partie A. et la partie B. fondent leur action en responsabilité, estimant qu'elle a aussi engagé sa responsabilité.

Le 9 août 1999, la partie C. et M. O. citent en intervention forcée et garantie les intimés 3 à 13, anciens administrateurs de la partie B.

Le 1er septembre 2003, le tribunal de commerce de Bruxelles décide que:

- la demande de la partie A. est irrecevable;
- la demande de la partie B. est recevable;
- avant dire droit, désigne un expert avec pour mission de *rechercher si, compte tenu du contexte de la mission de révision, des caractéristiques de l'entreprise et des circonstances de l'espèce, les défendeurs ont procédé aux contrôles, vérifications et sondages appropriés; déterminer si ces travaux ont été exécutés dans les régies de l'art, et si le mécanisme de fraude mis en place par M. Y. était, ou n'était pas, par sa nature, son ampleur et son degré de visibilité, détectable par le commissaire réviseur dans l'exercice normal de sa mission.*

Le 30 août 2004, la partie A. et la partie B. interjettent appel.

Le 23 août 2005, la partie C. et M. O. citent M. R., Me S. et Me T., en intervention forcée et en désaveu.

(...)

#### **IV. Discussion**

*1. Sur la recevabilité de la demande originaire à défaut de décision régulière de l'assemblée générale et défaut de mandat ad litem dans le chef des conseils des demandeurs originaires.*

14. Partie C et M. O. soutiennent que:

- la décision d'agir à l'encontre d'un commissaire appartient, selon l'article 66bis § 1er LCSC (article 561 du Code des sociétés), à l'assemblée générale des actionnaires et que faute de celle-ci, l'action est irrecevable et le mandat *ad litem* non valable. Ils déduisent cette absence, d'une part, de la lettre du 20 juillet 1995 de B à C, signée par le président du conseil d'administration et un administrateur et qui déclarent être *dans l'obligation de mettre la responsabilité [de la partie C.] en cause*, sans faire aucune référence à une décision préalable de l'assemblée générale, et, d'autre part, de la lettre du 30 octobre 1997 du conseil de la partie A. qui précise que sa cliente a décidé de mettre en œuvre leur responsabilité professionnelle.

- si une telle décision avait été prise par une assemblée générale dûment convoquée, La partie B. n'aurait pas manqué de la produire. Ils arguent du fait qu'aucun plaideur ne peut se retrancher dans le silence et l'abstention, sous le prétexte que la charge de la preuve incombe à son adversaire. Ils en infèrent que l'absence de production spontanée de cette décision équivaut donc à une reconnaissance implicite de l'inexistence de la tenue de l'assemblée générale.

- c'est à tort que leurs adversaires invoquent l'article 440, alinéa 2 du Code judiciaire, et le mandat *ad litem* de leur avocat, pour ne pas devoir justifier de la tenue de cette assemblée. Selon eux, il faut distinguer, d'une part, la décision d'introduire une action en justice - laquelle appartient à la sphère interne de la personne morale et est régie par les principes du droit des sociétés - et, d'autre part, la mise en œuvre de cette décision qui implique la représentation de la personne morale en justice - laquelle relève de sa sphère externe - et est gouvernée par les principes de droit judiciaire.

La partie C. et M. O. précisent aussi que c'est à titre subsidiaire, qu'ils ont cité en intervention forcée en désaveu les conseils de la partie B., en application de l'article 848 du Code judiciaire, aux fins d'entendre déclarer non avenue la citation introductive d'instance ainsi que tous les actes de procédure subséquents.

15. L'article 561 du Code des sociétés dispose que l'assemblée générale décide s'il y a lieu d'exercer l'action sociale contre les administrateurs ou les commissaires. Elle peut charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette décision.

Les articles 440, alinéa 2, et 848 du Code judiciaire disposent respectivement que, l'avocat comparaît comme fondé de pouvoirs sans avoir à justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial et que, dans le cas où un acte de procédure aurait été accompli au nom

d'une personne en l'absence de toute représentation légale sans qu'elle l'ait ordonné, permis ou ratifié, même tacitement, elle pourra demander au juge de le déclarer non avenu. Il en sera de même des actes d'instruction accomplis et décisions rendues ensuite de l'acte ainsi déclaré non avenu. Les autres parties litigantes peuvent introduire les mêmes demandes à moins que la personne au nom de laquelle l'acte a été accompli ne le ratifie ou ne le confirme en temps utile.

16. Sauf lorsque la loi exige un mandat spécial, l'avocat qui, devant une juridiction de l'ordre judiciaire, accomplit un acte de procédure et se borne, dans cet acte, à déclarer agir au nom d'une personne morale dûment identifiée par l'indication de sa dénomination, de sa nature juridique et de son siège social est légalement présumé avoir reçu à cette fin un mandat régulier d'un organe compétent de cette personne morale (Cass. 9 février 1978, R.W., 1978-79, 31; J.T., 1978, 361). Il ne lui incombe pas de prouver que la décision a été régulièrement prise (cf. Renard, «*Action et représentation des personnes morales*», J.T., 2002, p. 234).

Cette présomption s'étend donc à la sphère interne de la société (Delvaux «*Représentation et comparution devant les juridictions de l'ordre judiciaire*», Act. Dr., 2002, liv. 4, p. 481, n° 48).

17. Cette présomption n'est pas irréfragable, ainsi que le prévoit l'article 848 du Code judiciaire qui dispose qu'un acte de procédure accompli au nom d'une personne sans qu'elle l'ait ordonné, permis ou ratifié, même tacitement, peut être déclaré non avenu, à la demande d'une partie litigante. Cependant, la charge de la preuve incombe à la partie qui émet cette contestation et elle ne peut se borner à alléguer qu'il lui est impossible de vérifier la régularité de l'acte (Cass. 9 février 1978, op. cit, Cass, 17 avril 1997, Pas, 1997, I, 472).

Le fait que ce soit deux administrateurs qui s'adressent à C et M. O., ou le conseil de la partie B au nom de sa cliente, n'exclut pas qu'un organe compétent de celle-ci ait pu décider d'agir à leur rencontre. Ces éléments ne suffisent pas, dès lors, à renverser la présomption légale de l'article 440 du Code judiciaire.

18. En l'espèce, C. et M. O. restent en défaut de rapporter une telle preuve. En effet, les courriers des 20 juillet 1995 et du 30 octobre 1997 n'établissent pas que l'autorisation n'a pas été prise par l'organe compétent.

19. Il ne peut être conclu à l'inexistence de la décision *ad hoc* par le seul fait que la partie B n'en dépose pas la preuve, d'initiative.

Comme précisé ci-avant, la charge de la preuve incombe à la partie C. et M. O. Vainement la partie C. et M. O. invoquent-ils le principe de la collaboration loyale à l'administration de la preuve qui imposerait de la communiquer.

Cette collaboration, qui s'impose en effet, ne peut cependant aboutir à dispenser celui qui est en charge de la preuve de prouver les faits qu'il allègue.

La partie C. et M. O. ne peuvent en effet se borner à objecter qu'il leur est impossible de vérifier la régularité de l'acte (Cass. 9 février 1978, loc.cit.) et il ne peut être déduit de l'attitude de la partie A. et la partie B. à ce propos, un quelconque défaut à cette participation.

20. C'est aussi vainement que la partie C. et M. O. se prévalent de la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle, en cas de contestation, la preuve de la tenue d'une assemblée régulière est exigée dès lors qu'il s'agit de la comparution d'une personne morale. Comme l'a considéré la Cour d'arbitrage (actuellement Cour constitutionnelle), il doit être opéré une distinction entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celle du Conseil d'Etat: *La différence d'interprétation s'explique par la spécificité du contentieux objectif confié au Conseil d'Etat: celui-ci applique une procédure inquisitoire; il reçoit les recours qui sont introduits en vue de la défense d'intérêts collectifs; il peut annuler avec effet rétroactif, par des arrêts qui ont l'autorité absolue de chose jugée, des actes et des règlements d'autorités administratives. Ces caractéristiques propres au contentieux confié au Conseil d'Etat justifient qu'il interprète différemment l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire et qu'il contrôle si l'organe compétent de la personne morale, fût-elle représentée par un avocat, a pris, dans le délai prévu et dans le respect des règles de représentation qui la concernent, la décision d'introduire le recours. Interprété par le Conseil d'Etat de manière telle qu'il établit une différence de traitement selon que l'avocat représente une personne physique ou une personne morale (...)* (Arr. CA. n° 42/98, 22 avril 1998, M.B. 2 juillet 1998, 21.732).

21. Il se déduit de ce qui précède que le grief articulé par la partie C. et M. O. n'est pas établi. En ce qui concerne la demande - formée à titre subsidiaire - en intervention forcée en désaveu fondée sur l'article 848 du Code judiciaire, à l'égard de Monsieur R., Me S. et M. V., il y a lieu de rappeler que *le désaveu est étranger à la vérification de la réalité ou de la régularité de la décision d'agir en justice à apprécier dans le chef de la partie* (A. Fettweiss, «Manuel de procédure civile», 2ème ed. Faculté de droit de Liège, 1987, p. 435, n° 626).

*Lorsqu'une personne morale intente une action en justice il faut distinguer deux compétences, à savoir celle de décider d'introduire une instance au nom de la personne morale et celle de représenter la personne morale de l'instance. Le Code judiciaire ne précise pas lui-même les organes par lesquels les personnes morales agissent en justice. Lorsqu'il n'est pas prouvé que l'acte introductif d'instance été posé en dehors de toute représentation légale de la personne morale, l'art. 848 C.Jud. ne trouve pas à s'appliquer (C. trav. Gand, 8 février 2000, J.T.T. 2000, p. 39).*

Cette demande qui vise précisément à contester cette régularité est en conséquence non fondée.

(...)

### 3. Quant à la décharge

23. La partie C. et M. O. invoquent l'article 19 LCSC (554 alinéa 2 du Code des sociétés) qui dispose qu'après l'approbation des comptes annuels, l'assemblée générale se prononce par un vote spécial sur la décharge des administrateurs et commissaires. Dès lors que la décharge leur a été donnée à chaque assemblée générale - de 1986 à celle du 2 mai 1995, relative à l'exercice clôturé au 31 décembre 1994 -, ils soutiennent que la partie A. et la partie B. ne sont plus fondées à mettre en cause leur responsabilité.

24. Les fautes des administrateurs et commissaires d'une société anonyme sont couvertes à l'égard de la société par la décharge donnée en connaissance de cause par l'assemblée générale ; les omissions ou indications fausses constatées dans les bilans ne rendent pas la décharge non valable, lorsqu'elles n'ont pas eu pour effet d'induire l'assemblée générale en erreur. Cependant, il faut que l'assemblée générale soit en possession de tous les éléments d'appréciation (Cass, 12 février 1981, Pas. I, 640).

25. En l'espèce, tel n'était pas le cas puisque les bilans masquaient en fait la réalité. Les comptes ne reflétaient en effet pas la situation réelle des charges de la société et ne faisaient pas apparaître cette distorsion plus qu'importante due aux détournements effectués sous couvert de paiement de chèques passés en compte de frais. L'assemblée générale, en donnant *quitus*, ignorait cette circonstance.

Elle n'a donc pu donner décharge en étant au fait de la situation. Celle-ci perd dès lors toute efficacité puisqu'elle n'est pas intervenue de manière éclairée.

(...)

6. Quant à la responsabilité de la partie C. et des administrateurs,

32. Pour la partie A. et la partie B., le rôle du commissaire réviseur est de vérifier et de certifier qu'à la suite de ses contrôles, il est en mesure (ou non) d'attester que les comptes annuels donnent une image fidèle de la situation financière, du patrimoine et des résultats de la société et qu'ils sont établis conformément aux dispositions légales régissant la matière.

Ils reprochent à partie C. et M. O. de ne pas avoir mis en œuvre les moyens auxquels ils s'étaient engagés à recourir et de ne pas avoir exercé leur contrôle en effectuant les diligences normales.

Pour eux, si les contrôles avaient été effectués convenablement - le mécanisme de la fraude étant, en outre, relativement simple -, ils n'auraient pas manqué de la déceler. Ils mettent en cause tant la responsabilité contractuelle que quasi délictuelle de la partie C. et de M. O.

Ils reprochent également aux administrateurs de l'époque, appelés en intervention, de ne pas avoir exercé la surveillance - qui était de leur responsabilité - sur ceux à qui ils déléguaient cette mission de vérification.

33. La cour ne dispose pas des éléments et de la compétence technique permettant de déterminer si la mission impartie à la partie C. et M. O. a été exercée dans les règles de l'art et conformément tant aux prescriptions légales en la matière qu'à celles prévues contractuellement entre parties.

Il s'impose donc de désigner un expert selon la mission reprise en termes de dispositif.

[...]

POUR CES MOTIFS, LA COUR,

1. Prend acte du décès de Messieurs M., N., et J.
2. Dit la demande en désaveu formée à l'encontre de Monsieur R. et Me S.. et V., recevable mais non fondée.
3. Dit les appels, principal et incident, recevables.

Réforme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a reçu la demande de la partie B., et réserve les dépens.

Statuant à nouveau,

Dit nulle la citation dirigée à l'encontre de Messieurs M. et N.

Constata que feu M. A. est hors de cause. Reçoit l'action mue par la partie A.

Reçoit la procédure en intervention forcée menée à l'encontre des intimés *sub* 3, 5, 8 à 13.

Dit fondée la demande de la partie A. et de la partie B., relative à la production de documents.

Avant dire droit, ordonne, conformément aux articles 877 et suivants du Code judiciaire, la production, par la société civile sous forme de coopérative à responsabilité limitée de la partie C. et M. O., de l'ensemble des documents de travail ainsi que tout autre document relatif à la révision des comptes de la partie B. en ce compris ceux ayant servi à la rédaction du rapport du 25 juin 1995 ainsi que les relevés de prestations identifiant celles-ci, le temps presté et les prestataires désignés.

Fixe le délai pour cette production à un mois à dater de la signification de l'arrêt. Dit que celle-ci se fera par dépôt au greffe de la cour.

Avant dire droit également, désigne en qualité d'expert Monsieur Q., réviseur d'entreprise, [...], qui aura pour mission, conformément aux articles 962 et suivants du Code judiciaire de:

- prendre connaissance des explications des parties ;
- se faire remettre leurs dossier par les parties ;
- examiner ceux-ci et rechercher si, compte tenu du contexte de la mission de révision, des caractéristiques de l'entreprise et des circonstances de l'espèce, la société civile sous forme de société coopérative C., Réviseurs d'entreprises, et Monsieur M. O., Réviseur d'entreprises, ont procédé aux contrôles, vérifications et sondages appropriés ;
- déterminer si ces travaux ont été exécutés dans les règles de l'art, et si le mécanisme de fraude mis en place par Monsieur Y. était, ou n'était pas, par sa nature, son ampleur et son degré de visibilité, détectable par le commissaire dans l'exercice normal de sa mission;
- fournir au tribunal tout élément utile à la solution du litige ;
- tenter de concilier les parties, si faire se peut ;
- à défaut, déposer son rapport motivé au greffe de la cour, après en avoir communiqué aux parties les préliminaires contenant un relevé des opérations effectuées ainsi que des rapports de réunions dressés et des pièces reçues, ses constatations ainsi que son avis provisoire, et avoir répondu à leurs observations éventuelles.

Fixe la réunion d'installation de l'expertise, en présence de l'expert le 21 avril 2009 [...]

Désigne pour le suivi de cette expertise, Monsieur le conseiller F.,

4. Statuant sur la demande nouvelle formée par la société civile sous forme de coopérative à responsabilité limitée la partie C. et M. O., la dit recevable mais non fondée.

[...]

