



POUVOIR JUDICIAIRE

C/11803/2014

ACJC/89/2023

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 24 JANVIER 2023**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ [GE], appelant d'un jugement rendu par la 11^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 10 juin 2021, comparant par Me J. Potter Van LOON, avocat, Eardley Avocats, rue De-Candolle 16, 1205 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

B_____ **SA**, sise _____ [ZH], intimée, comparant par Me Michel BERGMANN, avocat, Poncet Turrettini, rue de Hesse 8, case postale, 1211 Genève 4, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 26 janvier 2023

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/7654/2021 du 10 juin 2021, reçu par toutes les parties le 17 juin 2021, le Tribunal de première instance a débouté A_____ des fins de sa demande (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 28'240 fr. et les a mis à la charge de A_____, compensé ces frais à due concurrence avec les avances de frais effectuées par les parties, condamné A_____ à payer 8'240 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire et 400 fr. à B_____ SA (ch. 2), condamné A_____ à payer à B_____ SA la somme de 38'000 fr. TTC à titre de dépens (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).
- B.**
- a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 18 août 2021, A_____ a appelé de ce jugement, dont il a sollicité l'annulation. Il a conclu à ce que la Cour condamne B_____ SA (ci-après : B_____) à lui payer 201'805 fr. 56, avec intérêts à 5% à compter du 9 décembre 2010, sous suite de frais judiciaires et dépens.
- b.** Dans sa réponse du 22 novembre 2021, B_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris et au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais judiciaires et dépens.
- c.** Par réplique du 24 janvier 2022 et duplique du 7 mars 2022, A_____ et B_____ ont respectivement persisté dans leurs conclusions.
- d.** Par avis du 7 mars 2022, la Cour a transmis la duplique à A_____ et informé les parties que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :
- a.** C_____ SA (ci-après : C_____), société anonyme dont le siège était à Genève, avait pour but l'exploitation de garages, ateliers de réparation et stations-services, le commerce de voitures neuves et d'occasion, de pièces de rechange et d'accessoires de tous genres, ainsi que la location de voitures en tous genres et d'emplacements de stationnement pour tous véhicules.
- Son réviseur était B_____ SA (ci-après : B_____), société anonyme ayant son siège à Zurich, active dans la fourniture de services au niveau national et international en qualité de fiduciaire, réviseur et société de conseil.
- b.** Dans son rapport de révision sur les comptes de l'exercice 2008/2009 (période du 1^{er} avril 2008 au 31 mars 2009), rendu le 25 mars 2010, B_____ a mentionné avoir effectué le contrôle des comptes annuels de C_____ selon la norme suisse relative au contrôle restreint (NCR), rappelant que cette norme requérait de planifier et réaliser le contrôle de manière que des anomalies significatives des comptes annuels puissent être constatées.

Selon le rapport, C_____ détenait des créances envers des sociétés du "groupe" totalisant 753'759 fr. 55, ce qui amenait l'organe de révision à formuler la réserve suivante : *"Il existe une incertitude importante concernant la solvabilité de ces débiteurs. S'il s'avérait que ces créances ne puissent être honorées, celles-ci devraient faire l'objet d'une provision équivalente entraînant un surendettement de la société. Les dispositions de l'art. 725 al. 2 CO seraient dès lors applicables à votre société"*.

c. A teneur du bilan, arrêté au 31 mars 2009, révisé par B_____ et joint au rapport, les actifs de C_____ s'élevaient à 19'475'227 fr. 86, les passifs étaient constitués de 19'121'401 fr. 51 de fonds étrangers et 353'826 fr. 35 de fonds propres. La différence entre la perte de l'exercice (1'685'928 fr.36) et le bénéfice reporté (1'664'754 fr. 71), désignée "Déficit au bilan", s'élevait à - 21'173 fr. 65.

d. A la fin du mois juin 2010, B_____ a entrepris les travaux de révision des comptes 2009/2010, lesquels et ont pris fin, pour l'essentiel, le 9 juillet 2010.

e. Par courrier du 20 juillet 2010 adressé au conseil d'administration de C_____, B_____ a fait savoir que les comptes arrêtés au 31 mars 2010 (au moyen notamment de la dernière balance des soldes remise le 8 juillet 2010) présentaient un surendettement manifeste d'un montant de 2'207'000 fr. au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Un délai au 13 août 2010 lui était imparti pour apporter la preuve d'une mesure d'assainissement complémentaire au versement d'un million d'euros effectué par un actionnaire au mois de mai 2010 (celui-ci ne permettait pas de couvrir l'insuffisance des actifs) ou du dépôt d'un avis au juge du surendettement.

f. Lors d'une séance tenue le 1^{er} septembre 2010, C_____ a fourni au réviseur les informations principales suivantes qui ressortent d'un mémo rédigé à cette occasion par B_____ :

- le surendettement au 31 mars 2010 était nouvellement estimé à un montant nettement inférieur, à savoir 571'000 fr. suite aux ajustements et calculs exposés dans une annexe à un courriel du 3 septembre 2010 adressé par B_____ à C_____ ;
- C_____ était en négociations avec un investisseur et très confiante qu'elle pourrait obtenir un apport d'un million de francs dans le mois suivant, dont le remboursement serait soumis à une convention de post-position;
- si le budget (prévisionnel 2010/2011) remis par C_____, établi fin août 2010, faisait état d'une perte réelle de 347'000 fr. pour les mois d'avril à juillet 2010, il projetait un bénéfice annuel de 374'000 fr. au 31 mars 2011 en tenant compte de la reprise de la société par l'investisseur dont il avait été question.

g. Au vu de ces éléments, l'organe de révision a renoncé à exiger l'avis au juge considérant que la société était en bonne voie de trouver un assainissement rapidement. Il était attendu de C_____ qu'elle obtienne l'apport susmentionné à la fin du mois de septembre 2010 au plus tard.

h. Le 4 octobre 2010, A_____ a conclu avec C_____ un contrat d'achat et vente, ayant pour objet un véhicule de marque D_____ d'une valeur de 210'000 fr.

i. Le même jour - voire le lendemain -, A_____ a remis à C_____ un véhicule de marque E_____ d'une valeur de 200'000 fr. au titre d'avance.

j. Dans le rapport de révision du 9 novembre 2010 sur le contrôle des comptes annuels 2009/2010 adressé à l'assemblée générale de C_____, B_____ a recommandé de renvoyer au conseil d'administration les comptes annuels soumis dès lors que ceux-ci n'auraient pas dû être établis dans l'optique d'une continuation de l'exploitation. En effet, les valeurs de continuation faisaient ressortir que la société était surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Un bilan intermédiaire établi au 30 septembre 2010 - non encore audité - faisait également ressortir ce surendettement aux valeurs de liquidation. Le conseil d'administration de C_____ avait annoncé le 3 novembre 2010 ne pas avoir réussi à obtenir un assainissement durable, de sorte qu'il avait décidé d'aviser le juge. Il était précisé que ce contrôle avait été réalisé selon les normes d'audit suisses (NAS).

k. A teneur du bilan, arrêté au 31 mars 2010, révisé par B_____ et joint au rapport, les actifs s'élevaient à 15'014'728 fr. 99. Les passifs étaient composés de 16'865'622 fr. 28 de fonds étrangers et - 1'850'893 fr. 29 de fonds propres négatifs, la perte de 2'225'893 fr. 29 dépassant le capital social de 250'000 fr. et la réserve légale de 125'000 fr. (surendettement).

l. Dans un courrier du 9 novembre 2010 au conseil d'administration de C_____, B_____ a constaté que des mesures d'assainissement immédiates n'étaient pas envisageables et lui a imparté un délai au 19 novembre 2010 pour aviser le juge.

m. B_____ a prolongé ce délai au 23 novembre 2010, après que C_____ l'avait informée de l'existence de pourparlers sérieux pour sa reprise par la société F_____ SA, assurant qu'une réponse définitive serait donnée le lundi 22 novembre 2010.

n. Le 24 novembre 2010, C_____ a informé B_____ de l'échec des négociations avec F_____ SA et fait savoir que la requête informant du surendettement était prête à être déposée, sous réserve de disposer du bilan intermédiaire au 30 septembre 2010 révisé.

o. Dans son rapport adressé le 25 novembre 2010 au conseil d'administration de C_____, relatif aux comptes et bilan intermédiaires au 30 septembre 2010, B_____ a constaté que les dettes sociales de la société n'étaient plus couvertes que ce soit aux valeurs de continuation ou aux valeurs de liquidation. Le surendettement étant manifeste, l'attention du conseil d'administration était attirée sur le fait qu'il devait impérativement aviser le juge.

p. A teneur du bilan intermédiaire au 30 septembre 2010, révisé et joint au rapport, les actifs de C_____ s'élevaient à 13'409'691 fr. 74 (valeur de continuation) et à 10'168'187 fr. 90 (valeur de liquidation), tandis que les fonds étrangers s'élevaient à 16'270'138 fr. 19 (valeur de continuation) et à 16'520'138 fr. 10 (valeur de liquidation). Les fonds propres étaient négatifs (surendettement) aux deux valeurs : - 2'860'446 fr. 45 à la valeur de continuation et - 6'351'950 fr. 29 à la valeur de liquidation. La perte était de 6'726'950 fr. 29 à la valeur de liquidation.

q. Le 29 novembre 2010, le conseil d'administration de C_____ a avisé le juge de l'état de surendettement de C_____.

r. Le 9 décembre 2010, C_____ a été déclarée en faillite. Elle n'a pas été en mesure d'honorer la livraison du véhicule vendu à A_____, initialement prévue pour le mois de janvier 2011.

s. Selon l'état de collocation du 7 février 2012, A_____ a été admis en qualité de créancier de 3^{ème} classe pour un montant de 201'805 fr. 56.

Le véhicule E_____, remis en paiement à l'époque par l'intéressé, ne figure pas dans l'inventaire de la faillite.

t. Par décision du 28 juin 2012, l'administration de la faillite a renoncé à faire valoir les prétentions fondées sur la responsabilité des organes de C_____ pour la somme totale de 14'213'227 fr. 79 correspondant au dommage (prévisible) subi par l'ensemble des créanciers ayant produit dans la faillite.

u. Plusieurs créanciers, dont A_____, se sont fait céder les droits de la masse en faillite et impartir un délai, prolongé au 30 juin 2014, pour agir en justice.

D. a. Le 16 juin 2014, A_____ et quatre autres créanciers-cessionnaires ont déposé au greffe du Tribunal une demande contre B_____ tendant au paiement d'un montant correspondant à leurs créances colloquées. Non conciliée le 1^{er} octobre 2014, ladite demande a été introduite le 18 décembre 2014 par A_____ et deux autres consorts, lesquels ont par la suite abandonné leurs conclusions avec désistement de l'action.

b. Dans la demande du 18 décembre 2014, A_____ a conclu au paiement de 201'805 fr. 56, plus intérêts à 5% l'an dès le 9 décembre 2010, correspondant au montant de sa créance colloquée.

Il a notamment fait valoir que le rapport de révision des comptes de l'exercice 2008/2009, rendu le 25 mars 2010, était tardif et aurait dû prendre en compte des éléments postérieurs à la date du bilan du 31 mars 2009 jusqu'à la date de ce rapport, ce qui aurait permis de dévoiler le surendettement à la date dudit bilan. Le juge aurait dû être averti de cette situation au plus tard en avril 2010 et non le 29 novembre 2010. B_____ avait donc violé son obligation d'aviser le juge du surendettement et avait ainsi retardé de manière fautive le prononcé de la faillite. L'organe de révision devait en conséquence répondre du dommage de 5'973'197 fr. 74 au minimum qui en résultait pour la société faillie, montant qui correspondait à la différence entre le montant du patrimoine de C_____ au moment de l'ouverture de la faillite et celui qui existait au moment où la faillite aurait dû être prononcée, selon le calcul suivant : 6'726'950 fr. 29 "*défaut de liquidation selon le bilan intermédiaire du 30 septembre 2010*" - 753'759 fr. 55 "*découvert selon les comptes du 31 mars 2009*".

c. Dans sa réponse du 16 novembre 2015, B_____ a conclu au déboutement de son adverse partie, sous suite de frais judiciaires et dépens. La société contestait avoir commis une quelconque violation des règles applicables. A teneur des comptes 2008/2009, C_____ n'était pas en état de surendettement, encore moins manifeste, dès lors que ses fonds propres s'élevaient à 353'826 fr. Ce n'était que lorsqu'elle avait mené des travaux de révision des comptes 2009/2010 que B_____ avait pu prendre connaissance pour la première fois de la situation de surendettement manifeste de C_____, soit en juillet 2010. Aussi, c'était conformément à ses obligations qu'elle avait informé le conseil d'administration de C_____ de la situation et l'avait sommé de prendre des mesures d'assainissement. Les informations et documents reçus le 1^{er} septembre 2010 sur des mesures d'assainissement, justifiait également de renoncer, dans l'immédiat, à exiger l'avis au juge. Une fois informée de l'échec des négociations en cours concernant l'assainissement envisagé, le 4 novembre 2010, B_____ n'avait pas tardé à remettre le rapport de révision des comptes 2009/2010 en impartissant au conseil d'administration un nouveau délai au 19 novembre 2010 pour informer le juge du surendettement, ce qui avait finalement été fait. B_____ estimait ne pas avoir tardé dans le dépôt du rapport de révision des comptes 2009/2010 et ne pas avoir eu à réagir plus rapidement qu'elle ne l'avait fait.

d. Par réplique du 8 avril 2016, A_____ a persisté dans ses conclusions. Il a notamment plaidé que le juge aurait dû être avisé en avril 2010 ou dans les semaines qui avaient suivi, voire - et en tous les cas - dans le délai échéant au 13 août 2010 impartit par B_____ elle-même. Ce faisant, la faillite aurait pu être

prononcée avant octobre 2010. Rien ne justifiait que B_____ renonce à aviser le juge du surendettement entre le 13 août 2010 et le 1^{er} septembre 2010.

A l'appui de cette écriture, il a produit un bordereau de pièces (numérotées de 23 à 29 dem.) et a notamment renvoyé à la pièce 29 - sans toutefois en préciser le contenu – pour affirmer que les créances de C_____ envers les sociétés du groupe avaient été irrécupérables en fin de compte. Ladite pièce 29 est constituée de deux documents soit le "*Compte des frais et tableau de distributions des deniers*" et la "*Liste des répartitions et des actes de défaut de biens*" établis par l'Office des faillites le 3 octobre 2014, dont il ressort notamment qu'un acte de défaut de biens a été délivré à A_____ pour 201'805 fr. 56, que le montant du découvert final de la faillite s'élevait à 13'951'801 fr. 81 [total des actes de défauts de biens distribués aux créanciers des trois classes], et que les dividendes de la faillite étaient de 26.4816% pour les créanciers de 1^{ère} classe et 0% pour les créanciers de 2^{ème} et 3^{ème} classe.

e. Par duplique du 15 juin 2016, B_____ a persisté dans ses conclusions. Elle a notamment soutenu qu'au vu des perspectives d'assainissement et de continuation de l'exploitation exposées, la faillite n'aurait pas été prononcée avant octobre 2010, même si le juge avait été avisé en août 2010. En outre, les pourparlers entamés mi-novembre 2010 en vue de la reprise de C_____ par F_____ SA montraient que des perspectives d'assainissement et de continuation d'exploitation étaient possibles, de sorte que même avisé en août 2010, la faillite n'aurait pas été prononcée par le juge avant octobre 2010.

f. Le Tribunal a tenu une audience le 13 décembre 2016, lors de laquelle A_____ a pris position sur les éléments ressortant de la duplique précitée.

g. Par ordonnance du 21 février 2018, le Tribunal a désigné G_____, expert-comptable diplômé, en qualité d'expert afin de répondre aux questions des parties relatives à la situation financière et comptable de C_____ lors des deux exercices avant sa faillite, aux travaux de révision des comptes de C_____ par le réviseur, aux mesures d'assainissement envisagées, ainsi qu'aux actions entreprises par B_____ dans le cadre du contrôle annuel des comptes.

h. Le 13 juillet 2018, l'expert judiciaire a rendu son rapport, dont il ressort notamment que les comptes de C_____ pour l'exercice 2008/2009, certifiés par B_____, ne présentaient pas de surendettement manifeste. En revanche, les comptes de C_____ pour l'exercice 2009/2010, certifiés par B_____ le 9 novembre 2010, présentaient un surendettement manifeste au 31 mars 2010 d'un montant de 1'850'893 fr. (correspondant à la différence entre les actifs en 15'014'729 fr. et les fonds étrangers en 16'865'822 fr.). Au 30 septembre 2010, le bilan intermédiaire révisé par B_____ le 25 novembre 2010, montrait que les fonds étrangers n'étaient couverts ni aux valeurs de continuation (découvert de

2'860'446 fr.) ni aux valeurs de liquidation (découvert de 6'351'950 fr.). B_____ ne disposait pas à la date du 25 mars 2010 des éléments nécessaires pour faire le constat d'un surendettement dans le cadre de la révision des comptes et 2008/2009 et n'avait donc pas à inviter le conseil d'administration à avertir le juge ou à s'en charger en cas de défaut. B_____ avait "vraisemblablement" pu constater le surendettement manifeste en juin 2010 au plus tard, lors de la remise des premiers comptes annuels provisoires au 31 mars 2010 par C_____. La NAS applicable préconisait un délai de 4 à 6 semaines pour aviser le juge à partir de la constatation du surendettement manifeste (NAS 290 08 let HH). B_____ avait suivi la procédure en s'adressant par courrier du 20 juillet 2010 au conseil d'administration et en lui impartissant un délai au 13 août 2010, soit pour prendre des mesures d'assainissement supplémentaires, concrètes et immédiates (le versement d'un million d'euros en mai 2010 n'apparaissant pas suffisant) soit pour aviser le juge du surendettement. En revanche, il n'y avait pas d'arguments (découlant des mesures d'assainissement évoquées par C_____) pour différer l'avis au juge au-delà du 13 août 2010. L'avis donné au magistrat le 29 novembre 2010 était donc tardif. Il était "vraisemblable" qu'un avis au juge en août 2010 aurait eu pour conséquence que la faillite de C_____ soit prononcée dans un délai (de 10 jours), soit avant octobre 2010, sous réserve de l'appréciation du juge de la situation (éventuellement l'examen d'une demande de sursis) et de la célérité dans le traitement du dossier.

i. Le Tribunal a entendu les parties, des témoins et l'expert précité lors des audiences des 28 août et 30 novembre 2018. Il a clos les débats principaux et impartit un délai aux parties pour déposer leurs plaidoiries finales écrites par ordonnance du 27 août 2019.

j. Dans ses plaidoiries finales du 6 janvier 2020, B_____ a soutenu que A_____ devait être débouté de ses conclusions, faute d'avoir prouvé son dommage. Elle a notamment soutenu que A_____ n'avait pas fourni de bilan à la valeur de liquidation à ces dates où - selon lui - la faillite aurait dû être prononcée simultanément ou encore aux dates évoquées ensuite par l'expert, à savoir fin août/début septembre 2010. Il n'avait pas plus établi cette valeur de liquidation au moment où la faillite avait effectivement été prononcée.

k. Dans ses plaidoiries finales du 3 février 2020, A_____ a persisté dans ses conclusions. Il a notamment fait valoir que si l'avis au juge avait été déposé suite au premier délai fixé au conseil d'administration de C_____, à savoir dans la semaine du 16 août 2010, le prononcé de la faillite de la société serait intervenu avec une "quasi-certitude" au plus tard au cours de la première quinzaine de septembre 2010, soit avant la conclusion du contrat de vente non honoré par la société faillie. Tout en réitérant le calcul du dommage dont B_____ répondait, tel qu'exposé dans ses écritures précédentes, à savoir, à tout le moins, 5'973'190 fr. 74, A_____ a nouvellement allégué que l'aggravation de la situation

financière de C_____ entre le 30 septembre 2010 et le 9 décembre 2010 s'élevait à 7'222'851 fr. 51. Son calcul était le suivant : différence entre la perte au bilan établie à la valeur de liquidation selon le bilan intermédiaire du 30 septembre 2010 (6'726'950 fr. 29) et le découvert final au moment de la faillite selon le compte des frais et tableau de distribution des deniers établis par l'Office des faillites le 3 octobre 2014 (13'951'801 fr. 81).

l. Dans ses déterminations spontanées du 23 mars 2020, B_____ a souligné que A_____ faisait désormais un nouveau calcul du montant du dommage subi par la société en se référant non seulement à des montants évoqués pour la première fois dans ses plaidoiries finales mais aussi en se référant à d'autres dates que celles alléguées dans ses précédentes écritures. B_____ a souligné que A_____ alléguait ainsi pour la première fois que le montant du découvert à la date faillite s'élevait à 13'951'801 fr. 81. Si ce montant ressortait des pièces produites, il n'avait jamais été allégué auparavant. Il en allait de même du montant de 6'726'950 fr. 29 qui, bien que cité dans les écritures précédentes, n'avait nullement été retenu par l'intéressé pour arrêter le montant du découvert à la date à laquelle la faillite aurait dû être prononcée. Faute d'avoir établi - ou du moins avoir apporté des éléments permettant d'établir - la date à laquelle la faillite aurait dû être prononcée, le montant du découvert à la valeur de liquidation à cette date et celui à la date où la faillite avait été prononcée, la preuve d'un éventuel dommage faisait défaut.

m. Dans ses écritures spontanées du 25 mai 2020, A_____ a notamment affirmé que le bilan intermédiaire de C_____ au 30 septembre 2010 aux valeurs de liquidation correspondait avec une très haute vraisemblance au bilan que la société aurait présenté au moment où la faillite aurait été prononcée si B_____ n'avait pas manqué à ses obligations de diligence.

n. Par ordonnance du 26 mai 2020, le Tribunal a informé les parties que la cause était gardée à juger.

E. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a retenu dans sa partie "En fait" que la faillite avait été prononcée le 9 décembre 2010 (cf. ch. 3 p. 2 et ch. 31 p. 6). Il a notamment considéré que B_____ n'avait pas manqué à sa mission en lien avec l'établissement des états financiers 2008/2009 et que la société n'était pas surendettée au 31 mars 2009. En revanche, la société auditée était en situation de surendettement manifeste au 31 mars 2010, ce que B_____ avait pu constater le 9 juillet 2010. Cette dernière aurait dû en aviser le juge le 13 août 2010, soit à l'issue du délai fixé à C_____. Elle avait violé ses obligations en accordant un délai supplémentaire à C_____ pour aviser le juge au-delà du 13 août 2010. L'avis de surendettement au juge n'ayant été déposé que le 29 novembre 2010, alors qu'il aurait dû l'être à compter du 13 août 2010, le retard pris dans le dépôt du bilan était donc imputable à la seule faute - présumée - de B_____. La date à

laquelle la faillite aurait pu être prononcée si B_____ n'avait pas manqué à ses devoirs se situait entre le début et la mi-septembre 2010 en retenant qu'un délai de 15 à 30 jours est usuel pour traiter une requête de dépôt de bilan. La question qui se posait dès lors était de savoir si C_____ avait aggravé son surendettement entre la mi-septembre 2010 (hypothèse la plus favorable à la défenderesse) et le 9 décembre 2010. A_____ n'avait pas apporté la preuve exacte du dommage, faute d'avoir établi, par pièce ou par expertise, le surendettement aux valeurs de liquidation arrêté à la date à laquelle la faillite aurait dû être prononcée et à celle à laquelle elle avait effectivement été prononcée. Toutefois, en application de l'art. 42 al. 2 CO, il y avait lieu d'admettre qu'à la mi-septembre 2010 la société était surendettée, puisque 15 jours plus tard, selon le bilan intermédiaire au 30 septembre 2010, le surendettement s'élevait à 6'351'950 fr. (montant arrondi) en valeur de liquidation, ce dernier chiffre faisant partie du complexe de faits dont le Tribunal pouvait tenir compte pour estimer le dommage. En revanche, le Tribunal ne disposait d'aucun élément de fait ni d'indice probant lui permettant de reconstituer le surendettement de C_____ au moment du prononcé de sa faillite le "9 septembre 2010" (sic). Le montant du découvert définitif de la faillite, arrêté au mois d'octobre 2014 en 13'951'801 fr. 81 auquel se référait A_____ (la question de la validité de cette allégation pouvant rester indécise) ne constituait pas la preuve de l'état du patrimoine de la société au moment de la faillite. Ainsi, A_____ n'avait pas apporté les éléments de preuves requis permettant d'estimer si le surendettement de C_____ s'était, *a minima*, accru du montant réclamé (201'805 fr. 56) entre mi-septembre 2010 et le "9 septembre 2010" (sic).

EN DROIT

1. **1.1** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 et 2 CPC).

En l'espèce, devant le Tribunal, l'appelant a conclu en dernier lieu au paiement d'une somme de 201'805 fr. 56. La voie de l'appel est dès lors ouverte.

- 1.2** Interjeté dans le délai de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi, l'appel est en l'espèce recevable (art. 130, 131, 145 al. 1 let. b, 311 al. 1 CPC).

- 1.3** L'appel peut être formé pour violation du droit et/ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen. Elle applique la maxime des débats et le principe de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

En l'espèce, l'appelant fait grief au Tribunal d'avoir constaté les faits de manière inexacte au motif que ce dernier aurait indiqué de manière erronée à deux reprises dans la partie "En droit" de son jugement que la faillite de C_____ avait été

prononcée le 9 septembre 2010 au lieu du 9 décembre 2010 (cf. partie "En droit", consid. E, p. 30 §2 et §4). Il allègue que cette erreur aurait conduit le premier juge à retenir à tort que la société n'avait pas aggravé son surendettement au moment où elle a contracté avec lui. Il est vrai que le jugement comporte manifestement une erreur de plume; il ne s'agit pas d'une constatation inexacte des faits. Dans la partie "En fait" du jugement, le Tribunal a indiqué de manière correcte que la faillite de C_____ avait été prononcée le 9 décembre 2010. Dans la partie "En droit", le Tribunal a correctement indiqué la date de la faillite lorsqu'il a soulevé la question de "savoir si C_____ a[vait] aggravé son surendettement entre la mi-septembre 2010 (hypothèse la plus favorable à la défenderesse) et le 9 décembre 2010" (cf. p. 29 §4). Enfin, dans son raisonnement "En droit", le Tribunal a repris le montant de 13'951'801 fr. 81 allégué par l'appelant comme valeur de liquidation de la société au moment de la faillite pour considérer que ce dernier n'avait pas apporté la preuve de l'état du patrimoine de la société au moment de la faillite, de sorte que cette erreur de plume n'emporte aucune conséquence sur la solution retenue par le Tribunal.

Au vu de ce qui précède, le grief de l'appelant n'est pas fondé.

- 2. 2.1** Lorsqu'il est soutenu qu'un administrateur, un réviseur ou un tiers, en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs, a causé un dommage à une société, la créance en réparation appartient à la société (ATF 136 III 148 consid. 2.3; 132 III 564 consid. 3.2.2).

Lorsque la société tombe en faillite - comme c'est le cas en l'espèce -, la créance que la société pouvait faire valoir contre la personne responsable est remplacée par une créance de la communauté des créanciers (ATF 136 III 148 consid. 2.3; 132 III 564 consid. 3.2.2 ; 117 II 432 consid. 1b/dd).

Il appartient en priorité à l'administration de la faillite de faire valoir cette créance (art. 757 al. 1 CO), mais si elle y renonce (art. 757 al. 2 CO), un créancier social peut réclamer à sa place la réparation du dommage subi directement par la société; il exerce alors l'action de la communauté des créanciers (ATF 132 III 564 consid. 3.2.2 et les arrêts cités). En matière de poursuite et faillite, ce mécanisme est réglé par l'art. 260 LP et le créancier social qui a obtenu la cession des droits de la masse agit sur la base d'un mandat procédural; il est ainsi légitimé à actionner la personne responsable pour réclamer la réparation du dommage subi par la société (ATF 136 III 148 consid. 2.3; 132 III 564 consid. 3.2.2 p. 570).

2.2 En l'espèce, il est établi que l'appelant, créancier de C_____ à hauteur de 201'805 fr. 56, a obtenu la cession des droits de la masse en faillite de C_____, conformément aux dispositions et principes rappelés ci-dessus. Agissant sur cette base, il ne se prévaut pas d'un dommage que l'intimée lui aurait causé directement, mais uniquement d'un dommage que celle-ci aurait causé en premier lieu à la

société C_____, et entraînant pour lui-même un dommage indirect. Conformément aux dispositions et principes rappelés ci-dessus, l'appelant est légitimé à faire valoir de telles prétentions.

3. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir considéré que les conditions de la responsabilité de l'intimée n'étaient pas réunies, soit en particulier qu'il n'avait pas suffisamment établi le dommage pouvant être imputé à cette dernière.

3.1.1 Toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe, de la fondation ainsi que de l'augmentation ou de la réduction du capital-actions répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs (art. 755 al. 1 CO).

La responsabilité des organes envers la société, dont celle des réviseurs aux comptes, est subordonnée à la réunion de quatre conditions générales, soit 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, la notion de faute se confondant pratiquement avec celle de violation des devoirs (ATF 132 III 564 consid. 4.2; 127 III 453 consid. 5a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.200/2002 du 13 novembre 2002 consid. 6 non publié dans ATF 129 III 129).

Il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver la réalisation de ces conditions (art. 8 CC), qui sont cumulatives (ATF 128 III 180 consid. 2d; arrêt du Tribunal fédéral 4C.281/2004 consid. 2.3 in SJ 2005 I 221; WIDMER/BANZ, Commentaire bâlois, OR, 2ème éd., n. 32 ad art. 754 CO).

3.1.2 Dans la détermination du dommage causé à la société par les administrateurs et/ou les réviseurs en raison d'un avis tardif au juge (cf. art. 725 al. 2, 728c al. 3 et 729c CO), la théorie de la différence commande de comparer le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_214/2015 du 8 septembre 2015 consid. 3.2).

Le dommage de la société consiste ainsi dans l'augmentation du découvert entre le moment où la faillite aurait été prononcée si le défendeur n'avait pas manqué à ses devoirs et le moment (impliquant une perte supérieure) où la faillite a effectivement été prononcée. On parle de "dommage de poursuite d'exploitation" (ATF 136 III 322 consid. 3.2, JdT 2011 II 537; 132 III 342 consid. 2.3.3, JdT 2007 I 51; arrêts du Tribunal fédéral 4A_373/2015 du 26 janvier 2016 consid. 3.4.1; 4A_214/2015 cité consid. 3.2.1).

Il ne suffit donc pas au demandeur de présenter l'évolution des fonds étrangers de la société faillie, en particulier en se fondant sur les créances admises à l'état de

collocation (ATF 136 III 322 consid. 3.3; 132 III 342 consid. 2.3.3, JdT 2007 I 51; arrêts du Tribunal fédéral 4A_505/2007 du 8 février 2008 consid. 4.2.5; 4C_58/2007 du 25 mai 2007 consid. 4.3). L'ensemble des créances admises à l'état de collocation entré en force peut toutefois constituer un indice d'une détérioration de la situation, en particulier lorsque le dividende de faillite est déjà proche de 0% à la première date de comparaison (ATF 136 III 322 consid. 3.3, arrêts du Tribunal fédéral 4A_214/2015 cité consid. 3.2.1; 4A_373/2015 cité consid. 3.4.1). Dans cette dernière affaire, notre haute Cour a retenu que la preuve de l'état du patrimoine de la société au jour de la faillite n'avait pas été apportée car il ne suffisait pas de se référer au découvert ressortant de l'état de collocation; les biens de la société auraient dû être évalués à leur valeur de liquidation au jour de la faillite (arrêt précité 4A_373/2015 consid. 3.2.1 et 4.2.3; SAUERWEIN, Le dommage, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs de sociétés en faillite ? in Vers les sommets du droit, 2019, p. 207-222, p. 217 et réf. citées).

Dans le calcul du dommage, seule la valeur de liquidation des biens entre en ligne de compte, puisque l'ouverture de la faillite entraîne la dissolution de la société (art. 736 ch. 3 CO) et sa liquidation en conformité des règles de la faillite (art. 740 al. 5 CO). La valeur de liquidation est déterminante non seulement pour fixer le montant du découvert à la date où la faillite a effectivement été prononcée, mais également pour fixer le montant du découvert à la date où la faillite aurait été prononcée si le défendeur n'avait pas manqué à ses devoirs. En effet, dans les deux cas, la valeur d'exploitation n'a plus aucune pertinence dans l'optique de la liquidation de la société (ATF 136 III 322 consid. 3.2.1, JdT 2011 II 537; arrêts du Tribunal fédéral 4A_373/2015 cité consid. 3.4.2; 4A_214/2015 cité consid. 3.2.2; 4C.58/2007 cité consid. 2.5).

Concrètement, le dommage peut être établi en comparant le dividende de faillite effectif avec celui qui aurait pu être obtenu en avisant le juge à temps. Dans la plupart des cas, les demandeurs sollicitent toutefois des tribunaux de mandater un expert qui aura pour tâche d'établir les valeurs de liquidation aux deux moments déterminants (arrêts du Tribunal fédéral 4A_373/2015 cité consid. 3.4.2; 4A_214/2015 cité consid. 3.2.3; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4e éd. 2009, n. 369a ad § 18). Ce n'est qu'ainsi qu'il est possible de dire si le dommage total (subi par la société) est au moins équivalent aux conclusions prises par le demandeur. Il n'importe à cet égard que le dossier contienne tous les documents et les pièces disponibles (pièces comptables, etc.); il n'incombe pas au juge de reconstituer l'état du patrimoine de la société, seul un expert disposant des connaissances techniques nécessaires pouvant le faire (arrêts du Tribunal fédéral 4A_97/2017 précité; 4A_611/2015 du 19 avril 2016 consid. 3.2.1).

3.1.3 Le demandeur qui exerce l'action sociale en réparation du dommage causé à la société elle-même a la charge de démontrer l'aggravation de la situation

financière de la société, soit d'établir, à la valeur de liquidation, l'état du patrimoine de cette société aux deux dates déterminantes. Si le demandeur ne parvient pas à établir le dommage, le juge doit, en application de l'art. 8 CC et de l'art. 42 al. 1 CO, statuer à son détriment (ATF 132 III 689 consid. 4.5; 126 III 189 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 4A_214/2015 cité consid. 3.3).

Lorsqu'une preuve stricte est impossible ou lorsque le montant du dommage ne peut pas être établi de manière précise, le juge statue en équité en se fondant sur l'art. 42 al. 2 CO; pour que cette disposition soit applicable, il faut que la partie qui avait le fardeau de la preuve ait apporté tous les éléments que l'on pouvait attendre d'elle et que le juge puisse se convaincre qu'un dommage est effectivement survenu (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471; 132 III 379 consid. 3.1 p. 381).

Si, dans les circonstances particulières de l'espèce, le demandeur n'a pas entièrement satisfait à son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation, l'une des conditions dont dépend l'application de l'art. 42 al. 2 CO n'est pas réalisée. Le demandeur est alors déchu du bénéfice de cette disposition; la preuve du dommage n'est pas apportée et, en conséquence, conformément au principe de l'art. 8 CC, le juge doit refuser la réparation (arrêts du Tribunal fédéral 4A_97/2017 du 4 octobre 2017 consid. 4.1.3; 4A_214/2015 cité consid. 3.3; 4A_691/2014 du 1er avril 2015 consid. 6).

3.2 En l'espèce, l'appelant allègue que la situation financière de C_____ s'est dégradée de 7'224'851 fr. 51 entre le 30 septembre 2010 et le 9 décembre 2010. Il calcule l'aggravation financière de la manière suivante : différence entre la perte au bilan établie à la valeur de liquidation selon le bilan intermédiaire du 30 septembre 2010 (6'726'950 fr. 29) et le découvert final au moment de la faillite selon le compte des frais et tableau de distribution des deniers établis par l'office des faillites le 3 octobre 2014 (13'951'801 fr. 81). La question de la validité de cette allégation, soulevée par l'intimée, peut rester indécise, comme l'a relevé le Tribunal à juste titre. L'appelant ne pouvait se contenter de se référer au montant du découvert définitif de la faillite en 13'951'801 fr. 81 ressortant du tableau de distribution des deniers du 3 octobre 2014 pour apporter la preuve de l'état du patrimoine de la société au jour de la faillite, dès lors qu'il ne suffit pas de se fonder sur les créances admises à l'état de collocation au vu de la jurisprudence précitée (cf. not. ATF 136 III 322; 132 III 342). Par ailleurs, si l'on peut observer dans le tableau de distribution auquel l'appelant fait référence que les dividendes de faillite effectifs, le précité n'a fourni aucune indication quant au dividende de faillite hypothétique qui aurait été versé au jour où la faillite aurait dû être prononcée. Dès lors, le découvert définitif de la faillite ne constitue pas non plus un indice d'une augmentation du surendettement, conformément à la jurisprudence susmentionnée (cf. not. ATF 136 III 322; arrêt du Tribunal fédéral 4A_373/2015 précité). Ainsi, pour pouvoir reconstituer le surendettement de la société au

moment de la faillite le 9 décembre 2010, les biens de la société auraient dû être évalués à leur valeur de liquidation au jour de la faillite. L'appelant n'a cependant pas fourni de bilan aux valeurs de liquidation à la date de la faillite. Il n'a pas non plus requis de l'expert judiciaire qu'il établisse la valeur de liquidation à la date de la faillite, ni à celle à laquelle la faillite aurait dû être prononcée si l'intimée n'avait pas failli à ses devoirs.

Par ailleurs, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, il n'y a pas lieu de faire application de l'art. 42 al. 2 CO, dès lors que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'appelant, qui avait obtenu une expertise judiciaire, qu'il demande à l'expert d'évaluer l'état du patrimoine de la société au moment du prononcé de la faillite. La date de la faillite étant connue au moment où l'expertise a été ordonnée par le Tribunal, il ne s'agissait pas d'une preuve impossible à apporter.

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que l'appelant avait échoué à apporter la preuve que le surendettement de C_____ ne s'était pas accru *a minima* de 201'805 fr. 56 entre mi-septembre 2010 et le 9 décembre 2010, étant encore relevé qu'il n'incombait pas au premier juge de reconstituer l'état du patrimoine sur la base des éléments du dossier.

Infondé, le grief sera rejeté et le jugement entrepris sera confirmé.

4. Les frais judiciaires d'appel seront mis à la charge de l'appelant qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront fixés à 15'000 fr. (art. 17 et 35 RTFMC) et compensés avec l'avance fournie par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

L'appelant sera condamné aux dépens d'appel de l'intimée, arrêtés à 5'500 fr., débours et TVA compris (art. 84, 85 et 90 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 18 août 2021 par A_____ contre le jugement JTPI/7654/2021 rendu le 10 juin 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/11803/2014.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 15'000 fr., les met à la charge de A_____ et les compense à concurrence de ce montant avec l'avance de frais versée par celui-ci qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à verser 5'500 fr. TTC à B_____ SA, à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.