

LA PERSONNE MORALE  
ET L'ENTREPRISE EN PROCÉDURE



LA PERSONNE MORALE  
ET L'ENTREPRISE EN PROCÉDURE

Edité par  
François Bohnet et Olivier Hari

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel  
Helbing Lichtenhahn

**unine**

UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

[www.unine.ch/droit](http://www.unine.ch/droit)

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3562-4

© 2014 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

## Préface

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, magistrats et juristes. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et s'articule autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit.

La journée 2014 est consacrée à la personne morale et l'entreprise en procédure. Cette problématique, d'une importance pratique marquée, n'a fait l'objet que de peu de développements académiques. Des questions comme la distinction entre la personne morale et les personnes qui y sont liées pour les besoins de la procédure, ou celle des intérêts dans le procès demeurent largement controversées. Diverses procédures concernant spécifiquement les personnes morales et les entreprises sont également analysées. L'ouvrage s'intéresse tant à la problématique sous l'angle de la procédure civile que pénale ou encore administrative.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participants au colloque, ainsi que Mesdames Anouk Gillibert, Elsa Tebar et Sylvia Staehli pour l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

François Bohnet et Olivier Hari



## Sommaire

|   |     |
|---|-----|
| François Bohnet<br>Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat<br>Guillaume Jéquier<br>Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat<br>L'entreprise et la personne morale en procédure civile ..... | 1   |
| Yvan Jeanneret<br>Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat<br>Gaétan Droz<br>Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat<br>La personne morale et l'entreprise en procédure pénale .....        | 55  |
| Olivier Hari<br>Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat<br>Lino Hänni<br>Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel<br>Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme .....           | 103 |
| Anne-Sylvie Dupont<br>Avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel<br>Les associations en procédure civile et administrative .....   | 169 |



## Abréviations

|        |  |
|--------|--|
| ACEDH  | Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg                        |
| aCO    | ancienne disposition du Code des obligations (v. CO)                                   |
| aCst.  | (ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, aRS 1 p. 3 |
| AF     | assemblée fédérale   |
| AG     | assemblée générale   |
| al.    | alinéa(s)  |
| aLCD   | ancienne disposition de la loi contre la concurrence déloyale (v. LCD)                 |
| AP-CPC | Avant-projet de code de procédure civile suisse  |
| AP-CC  | Avant-projet de code procédure pénale suisse   |
| aRS    | (ancien) recueil systématique des lois et ordonnances (1848-1947)                      |
| art.   | article(s)   |
| ATF    | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral  |
| BAK    | = BSK  |
| BGBL   | Bundesgesetzblatt  |
| BGE    | = ATF  |
| BJP    | Bulletin de jurisprudence pénale   |
| BK     | Berner Kommentar   |
| BO     | Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale  |
| BSK    | Basler Kommentar   |

## Abréviations

|         |  |
|---------|--|
| c.      | contre   |
| CACI VD | Cour d'appel civile du canton de Vaud  |
| CC      | Code civile suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)  |
| CEDH    | Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée le 28 novembre 1974 (RS 0.101) |
| CEMAJ   | Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits, Université de Neuchâtel                           |
| cf.     | comparer (conferre)  |
| ch.     | chiffre(s)   |
| CJ GE   | Cour de Justice de la République et canton de Genève   |
| CN      | Conseil national   |
| CO      | Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)                          |
| Comm.   | Commentaire  |
| Comp.   | comparer   |
| consid. | considérant(s)   |
| CP      | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)   |
| CPC     | Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)  |
| CPC/NE  | Code de procédure civile neuchâteloise du 30 septembre 1991, abrogé le 1 <sup>er</sup> janvier 2011                                      |
| CPC/VD  | Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, abrogé le 1 <sup>er</sup> janvier 2011                                   |

## Abréviations

|        |   |
|--------|---|
| CPP    | Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)                                |
| CR     | Commentaire romand  |
| Cst.   | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)                  |
| cum    | en relation avec  |
| DETEC  | Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication |
| DPA    | Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)                    |
| ECS    | L'expert-comptable suisse   |
| éd.    | édition   |
| édit.  | éditeur(s)  |
| ég.    | également   |
| et al. | et autres (et alii)   |
| etc.   | et caetera  |
| FF     | Feuille fédérale  |
| FOSC   | Feuille officielle suisse du commerce   |
| GesKR  | Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht  |
| GestG  | = LFors   |
| HRegV  | = ORC   |
| in     | dans  |
| infra  | ci-dessous  |
| intro. | introduction  |
| IPO    | initial public offering (entrée en bourse)  |

## Abréviations

|       |   |
|-------|---|
| JdT   | Journal des tribunaux   |
| KG ZG | Kantonsgericht du canton de Zoug  |
| Komm  | = Comm  |
| Kuko  | Kurzkommentar   |
| KUKO  | = Kuko  |
| LACI  | Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837) |
| LAMal | Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)  |
| LAT   | Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)   |
| LAVI  | Loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)  |
| LAVS  | Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)                           |
| LBVM  | Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)                   |
| LCA   | Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)  |
| LCart | Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)                 |
| LCD   | Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)  |
| LCPR  | Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre (RS 704)       |
| LDIP  | Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)                                      |

## Abréviations

|        |   |
|--------|---|
| LEg    | Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1)  |
| let.   | lettre(s)   |
| LFINMA | Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1)                           |
| LFo    | Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (RS 921.0)  |
| LFors  | Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile, Abrogée le 1 <sup>er</sup> janvier 2011 (RO 2000 2355)     |
| LFus   | Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301) |
| LGG    | Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (RS 814.91)                     |
| LHand  | Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.3)         |
| LILP   | Loi d'introduction de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 12 novembre 1996 (RSN 261.1)       |
| LLCA   | Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)   |
| LP     | Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)                                    |
| LPC/GE | Loi de procédure civile du canton de Genève, RSG E 3 05   |
| LPE    | Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01)   |
| LPGA   | Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)                       |

## Abréviations

|                |   |
|----------------|---|
| LPM            | Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)   |
| LPN            | Loi fédérale du 1 <sup>er</sup> juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451)  |
| LTF            | Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)  |
| LTr            | Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11)  |
| MBO            | management buy-out (rachat de l'entreprise par ses dirigeants)  |
| n.             | note  |
| N              | numéro(s) de paragraphe   |
| nbp            | note de bas de page   |
| n <sup>o</sup> | numéro  |
| not.           | notamment   |
| OAMal          | Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.102)   |
| OCCR           | Ordonnance du 28 mars 2007 sur le contrôle de la circulation routière (RS 741.013)  |
| ODO            | Ordonnance relative à la désignation des organisations habilitées à recourir dans les domaines de la protection de l'environnement ainsi que de la protection de la nature et du paysage du 27 juin 1990 (RS 814.076) |
| OEC            | Ordonnance du 28 avril 1994 sur l'état civil (RS 211.112.2)   |
| OFROU          | Office fédéral des routes   |
| OHand          | Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.31)  |

## Abréviations

|           |   |
|-----------|---|
| OJ        | Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire, abrogée le 1 <sup>er</sup> janvier 2007 (aRS 3 521) |
| op. cit.  | l'œuvre indiquée (opere citato)   |
| ORC       | ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (RS 221.411)  |
| p. / pp.  | page(s)   |
| P-CO      | Projet de révision du code des obligations  |
| PA        | Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)                                   |
| par.      | paragraphe(s)   |
| phr.      | phrase  |
| PPE       | propriété par étages  |
| p. ex.    | par exemple   |
| PJA       | Pratique juridique actuelle   |
| RC        | Registre du commerce  |
| RDS       | Revue de droit suisse   |
| réf.      | référence(s)  |
| req.      | requête   |
| rem. pré. | remarques préliminaires   |
| REPRAX    | Droit des sociétés et droit du registre du commerce : revue de la législation et de la pratique                 |
| RFJ       | Revue fribourgeoise de jurisprudence  |
| RJJ       | Revue jurassienne de jurisprudence  |
| RJN       | Recueil de jurisprudence neuchâteloise  |
| RO        | Recueil officiel du droit fédéral   |

## Abréviations

|        |   |
|--------|---|
| RPS    | Revue pénale suisse                                       |
| RS     | Recueil systématique du droit fédéral                     |
| RSDA   | Revue suisse de droit des affaires et du marché financier |
| RSJ    | Revue suisse de jurisprudence                             |
| RSPC   | Revue suisse de procédure civile                          |
| S.     | Seite (page)  |
| SA     | société anonyme   |
| Sàrl   | société à responsabilité limitée                          |
| SC     | société en commandite                                     |
| SCA    | société en commandite par actions                         |
| SCoop  | société coopérative                                       |
| SHK    | Stämpflis Handkommentar                                   |
| SILC   | Statistics on Income and Living Conditions                |
| SJ     | Semaine judiciaire  |
| SNC    | société en nom collectif                                  |
| s / ss | et suivant(e) / et suivant(e)s                            |
| StPO   | = CPP   |
| supra  | ci-dessus   |
| TA     | Tribunal d'arrondissement ou tribunal administratif       |
| TC     | Tribunal cantonal   |
| TC VD  | Tribunal cantonal du canton de Vaud                       |
| TF     | Tribunal fédéral  |
| TPF    | Tribunal pénal fédéral                                    |

## Abréviations

|         |                                       |
|---------|---------------------------------------|
| v.      | voir                                  |
| vol.    | volume                                |
| Vor.    | Vorbemerkungen                        |
| ZBJV    | = RJB                                 |
| ZG GVP  | Zuger Gerichts- und Verwaltungspraxis |
| ZGB     | = CC                                  |
| ZH, OG  | Obergericht du canton de Zurich       |
| ZH OGer | = ZH, OG                              |
| ZK      | Zürcher Kommentar                     |
| ZPO     | = CPC                                 |



# L'entreprise et la personne morale en procédure civile

par

François Bohnet  
Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Guillaume Jéquier  
Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat

|   |    |
|---|----|
| I. Introduction .....                                     | 3  |
| II. Compétence .....                                      | 3  |
| A. Les tribunaux de commerce .....                        | 3  |
| B. Le for .....   | 6  |
| 1. Siège du défendeur et autres rattachements .....       | 6  |
| 2. Etablissement et succursale .....                      | 7  |
| III. Représentation .....                                 | 10 |
| A. Droit matériel .....                                   | 10 |
| 1. Types d'organisation .....                             | 10 |
| a. <i>Entreprise individuelle</i> .....                   | 10 |
| b. <i>Collectivité</i> .....                              | 12 |
| c. <i>Personne morale</i> .....                           | 14 |
| aa. Corporation .....                                     | 14 |
| bb. Fondation .....                                       | 17 |
| 2. Représentation .....                                   | 18 |
| a. « <i>Représentation</i> » <i>par les organes</i> ..... | 18 |
| b. « <i>Représentation par un tiers</i> » .....           | 20 |
| B. Droit formel .....                                     | 21 |
| 1. Capacité d'être partie .....                           | 21 |
| 2. Capacité d'ester .....                                 | 23 |

|  |    |
|--|----|
| 3. Représentation conventionnelle en justice.....                | 24 |
| <i>a. En procédure de conciliation.....</i>                      | 26 |
| <i>b. En procédure sommaire.....</i>                             | 28 |
| <i>c. En procédure simplifiée.....</i>                           | 29 |
| <i>d. En procédure ordinaire.....</i>                            | 29 |
| 4. Représentants commerciaux.....                                | 30 |
| IV. Notifications.....   | 33 |
| V. Présence aux audiences.....                                   | 35 |
| A. Devant l'autorité de conciliation.....                        | 36 |
| B. Devant le Tribunal.....                                       | 38 |
| VI. Assistance judiciaire.....                                   | 39 |
| VII. Preuves.....  | 41 |
| A. Interrogatoire de la personne morale.....                     | 41 |
| 1. Qualité de partie.....  | 42 |
| 2. Refus de collaborer.....                                      | 43 |
| B. Témoignage.....   | 44 |
| 1. Qualité de témoin.....  | 44 |
| 2. Refus de collaborer.....                                      | 45 |
| C. Documents internes de l'entreprise et secrets d'affaires..... | 47 |
| VIII. Conclusion.....  | 51 |

## I. Introduction

1. Toute entreprise doit un jour faire face à un procès. Si l'activité économique génère des profits, elle est aussi source de conflits. Les litiges peuvent être multiples et prendre de nombreuses formes. Ils existent parfois avec les clients, les partenaires commerciaux, les sous-traitants, ou encore les employés ou les associés.
2. Le CPC ne connaît que peu de règles qui traitent spécifiquement de l'entreprise et de la personne morale. Leur qualité pour agir relève en effet du droit matériel, comme le rappelle le renvoi de l'art. 67 CPC. Le Code se limite pratiquement à autoriser les cantons, dans le cadre qu'il fixe, à prévoir des tribunaux de commerce pour les litiges entre commerçants ou avec un commerçant (art. 6 CPC), à tenir compte de l'activité de l'entreprise et de la personne morale pour fixer les fors (art. 12 CPC) et à régler la participation de la personne morale à la procédure probatoire (art. 159 CPC).
3. Cependant, sur divers points, les spécificités de l'entreprise et de la personne morale justifient une réflexion spécifique. On pense en particulier à la représentation *ad litem*, aux notifications, aux présences aux audiences, à l'assistance judiciaire et aux preuves. C'est sur ces divers points, après un examen des questions relatives à la compétence, que le présent article propose une analyse plus détaillée, en prenant en compte les quelques arrêts et avis de doctrine rendus depuis l'entrée en vigueur du CPC.

## II. Compétence

### A. Les tribunaux de commerce

4. Les personnes morales et les entreprises peuvent, comme tout particulier, faire valoir leur cause devant les tribunaux (art. 29a Cst.). En matière civile, les tribunaux compétents sont en principe les mêmes quel que soit le statut des parties.
5. En matière commerciale cependant, quatre cantons suisses connaissent depuis le 19<sup>e</sup> siècle un tribunal spécialisé. C'est pour tirer parti des *connaissances professionnelles des commerçants rompus aux affaires*, susceptibles

d'apporter aux litiges entre commerçants leur sens pratique, de favoriser leur bonne compréhension et donc leur résolution, que de tels tribunaux ont été institués.

6. Le tribunal de commerce est présidé par un *juge professionnel* avec des personnes expérimentées en matière commerciale comme *assesseurs*, ce qui permet une bonne compréhension des faits de la cause et des différentes implications du litige, tout particulièrement entre commerçants, pour lesquels les enjeux peuvent être bien spécifiques. Historiquement, une procédure souvent rapide, peu coûteuse et favorisant les solutions transigées<sup>1</sup>, permettant une continuation des relations commerciales, était souvent prévue devant de tels tribunaux<sup>2</sup>.
7. L'*organisation judiciaire* demeurant de la compétence des cantons (art. 122 al. 2 Cst. ; 3 CPC) sous réserve des règles fédérales en la matière<sup>3</sup>, il est logiquement de leur ressort de maintenir ou de créer de tels tribunaux de commerce. Seuls les cantons qui connaissaient cette institution auparavant, à savoir Zurich, Berne, Argovie et St-Gall, l'ont maintenue sous l'empire du CPC.
8. Le *législateur fédéral* a décidé de déterminer non seulement la procédure applicable devant les tribunaux de commerce, conformément à l'art. 1 let. a CPC, mais également leur compétence à raison de la matière (art. 6 al. 2-5 CPC)<sup>4</sup> et leur statut d'instance cantonale unique (art. 6 al. 1 CPC).
9. Le tribunal de commerce est compétent lorsque le *litige est commercial*. Tel est le cas lorsque les conditions énumérées de manière exhaustive à l'art. 6 al. 2 CPC<sup>5</sup> sont réunies. Il faut que l'activité commerciale d'une partie au moins soit concernée (let. a), que la valeur litigieuse du recours en matière civile soit atteinte (CHF 30'000.– en

---

<sup>1</sup> Pour une description des méthodes utilisées (en particulier la discussion du juge avec une partie et son mandataire hors présence de l'autre partie), voir SCHMID, Einzelgespräche in der Vergleichshandlung, RSJ 2014 359.

<sup>2</sup> Voir USTERI, Hundert Jahre Zürcher Handelsgericht, RSJ 1967 1 ss.

<sup>3</sup> ATF 139 III 67.

<sup>4</sup> ATF 140 III 155, consid. 4.3.

<sup>5</sup> ATF 138 III 694, consid. 2.7.

principe ; CHF 15'000.– en matière de bail et de travail ; art. 74 al. 1 LTF) (let. b)<sup>6</sup> et que les parties soient inscrites au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent (let. c), ou si tel est le cas du seul défendeur, que le demandeur opte pour ce tribunal (*Klägerwahlrecht* ; art. 6 al. 3 CPC)<sup>7</sup>.

10. Les cantons peuvent également attribuer au tribunal de commerce les litiges relevant de l'*instance cantonale unique de l'art. 5 al. 1 CPC* (propriété intellectuelle ; concurrence déloyale dès CHF 30'000.–, etc.) et les litiges relevant du *droit des sociétés commerciales et coopératives* (art. 6 al. 4 CPC). Le droit fédéral ne pose pas de limite de valeur litigieuse dans ces deux cas, mais le droit cantonal peut en prévoir une<sup>8</sup>.
11. Le *Tribunal fédéral* a d'ores et déjà *clarifié différents points* concernant cette compétence matérielle :
  - La *consortité simple* suppose la compétence matérielle du tribunal à l'égard de chaque consort (art. 71 CPC, implicitement<sup>9</sup>). Lorsqu'il n'y a qu'un consort simple défendeur inscrit au registre du commerce, il est seul à pouvoir être attaqué devant le tribunal de commerce, la compétence de ce tribunal étant régie par le droit fédéral. Le cumul subjectif est donc exclu dans cette hypothèse<sup>10</sup>. Les autres défendeurs doivent être attirés devant le juge ordinaire. Le droit cantonal peut le cas échéant autoriser dans cette hypothèse un cumul subjectif devant un autre tribunal spécialisé ou devant le tribunal ordinaire<sup>11</sup>. Si tel est le cas, l'ensemble des consorts passifs sera donc attiré devant le même tribunal, qui ne sera cependant pas le tribunal de commerce.
  - Seules les procédures sommaire<sup>12</sup> et ordinaire (art. 243 al. 3 CPC) s'appliquent devant le tribunal de commerce. Celui-ci n'est

---

<sup>6</sup> ATF 139 III 67, consid. 1.2.

<sup>7</sup> Ce demandeur peut être un consommateur, travailleur ou locataire : ATF 138 III 694.

<sup>8</sup> ATF 139 III 67, consid. 1.2.

<sup>9</sup> ATF 138 III 471, consid. 4.

<sup>10</sup> ATF 138 III 471, consid. 4.

<sup>11</sup> ATF 138 III 471, consid. 4 ; TF 4A\_239/2013 du 9 septembre 2013.

<sup>12</sup> TF 4A\_480/2013 du 10 février 2014, consid. 3 non reproduit à l'ATF 140 III 155.

toutefois pas la juridiction compétente dans les cas où le litige est commercial au sens de l'art. 6 al. 2 CPC mais que la *procédure simplifiée* s'applique en matière de bail (art. 243 al. 2 let. c), celle-ci visant à protéger la partie faible<sup>13</sup>. A notre avis, le même raisonnement vaut pour les autres causes visées par l'art. 243 al. 2 CPC.

- La compétence résultant de l'art. 6 CPC *ne peut être limitée que par d'autres dispositions du droit fédéral* (consortité simple ; procédure simplifiée). Hormis ces cas, le droit cantonal ne peut pas donner une compétence alternative à un autre tribunal spécialisé (en l'occurrence le tribunal des baux) lorsque la cause entre dans le champ d'application de l'art. 6 CPC et que le droit cantonal a institué un tribunal de commerce<sup>14</sup>.
- Le tribunal de commerce est compétent en matière d'inscription à titre provisoire d'une *hypothèque légale des artisans et entrepreneurs* lorsque les conditions générales de l'art. 6 CPC sont remplies<sup>15</sup>. Il s'agit en effet d'une mesure provisionnelle au sens de l'art. 6 al. 5 CPC. Par ailleurs, un litige qui porte sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est de nature commerciale<sup>16</sup>.

## ***B. Le for***

### **1. Siège du défendeur et autres rattachements**

12. Aux termes de l'art. 30 al. 2, 1<sup>ère</sup> phr. Cst., la personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le *tribunal de son domicile*. Il s'agit du siège pour les personnes morales<sup>17</sup>. Ce for est consacré par l'art. 10 al. 1 let. b CPC.

---

<sup>13</sup> ATF 139 III 457 consid. 4. Sur cet arrêt, voir BOHNET, La procédure simplifiée, arbitre de la compétence respective du tribunal de commerce et du tribunal des baux, Newsletter Bail.ch, décembre 2013.

<sup>14</sup> TF 4A\_480/2013 du 10 février 2014, consid 3 non reproduit à l'ATF 140 III 155.

<sup>15</sup> ATF 137 III 563.

<sup>16</sup> ATF 138 III 471, consid. 4.

<sup>17</sup> AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la constitution, Zurich 2003, art. 30

13. L'art. 30 al. 2, 2<sup>e</sup> phr. Cst. précise que la loi peut prévoir un *autre for*. Le CPC en énumère de nombreux. Dans le domaine *contractuel*, sous réserve des règles en matière de bail immobilier (art. 33 CPC), de droit du travail (art. 34 CPC) et de consommation courante (art. 32 CPC), le for est alternativement au lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée ou au domicile ou au siège du défendeur (art. 31 CPC, for dispositif). En matière de *droit des sociétés*, quelques fors spéciaux sont prévus sur quelques points seulement (actions en responsabilité fondées sur le droit des sociétés, art. 40 CPC ; actions en suspension de l'exercice du droit de vote selon la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, art. 41 CPC ; actions relevant de la loi sur la fusion, art. 42 CPC), tout comme en droit des *papier-valeurs* (annulation de papiers-valeurs et de polices d'assurance et interdiction de payer, art. 43 CPC ; convocation de l'assemblée des créanciers en cas d'emprunt par obligations, art. 44 CPC ; actions intentées par les investisseurs ou par le représentant de la communauté des investisseurs d'un fonds de placement, art. 45 CPC).

## 2. Etablissement et succursale

14. Lorsqu'une entreprise suisse, exploitée en raison individuelle, par une société commerciale de personne ou par une personne morale, déploie certaines activités commerciales ou professionnelles par un établissement (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou une succursale (*Zweigniederlassung*) en Suisse, elle peut, alternativement avec le for de son domicile ou de son siège, être attaquée au lieu dudit établissement ou de la succursale (art. 12 CPC).
15. L'art. 12 CPC n'est pas qu'une alternative à l'art. 10 CPC. Dès l'instant où le for du domicile ou du siège du défendeur est mentionné aux sections 2-8 (*fors spéciaux*), il entre en considération<sup>18</sup>. Ainsi, en cas de prétention contractuelle résultant de l'activité commerciale d'un établissement ou d'une succursale, l'entreprise ou la personne morale

---

N 10.

<sup>18</sup> ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364 ; BK ZPO-BERGER, art. 12 N 3.

peut être attaquée (mais non pas attaquer<sup>19</sup>) au lieu de l'établissement ou de la succursale (art. 12 et 31 CPC). Il en va de même si la prétention est de nature délictuelle (art. 36 CPC) ou tirée de l'enrichissement illégitime (art. 10 CPC)<sup>20</sup>.

16. Le for au lieu où se trouvent les établissements professionnels ou commerciaux des personnes physiques ou de sociétés en nom collectif ou en commandite avait été repris du droit cantonal par la LFors et désormais par le CPC. Le for du lieu où se trouvent des succursales de sociétés commerciales et de sociétés coopératives est issu du droit fédéral antérieur à la LFors (art. 642 al. 3 aCO, 782 al. 3 aCO et 837 al. 3 aCO)<sup>21</sup>.
17. L'art. 12 CPC vise les établissements au sens large (*Niederlassung* selon la note marginale du texte allemand), qu'il s'agisse d'un établissement professionnel ou commercial (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou d'une succursale (*Zweigniederlassung*). Il peut s'agir d'un établissement principal (*Hauptniederlassung*) ou secondaire (*Zweigbetrieb*), tant qu'il remplit les conditions décrites ci-après. L'établissement professionnel vise par exemple les cabinets d'indépendants (médecin, avocat, notaire, architecte, teneur), l'établissement commercial toutes les sortes d'entreprise<sup>22</sup>.
18. Les établissements peuvent être exploités tant par des personnes physiques, que des sociétés commerciales de personnes, des personnes morales ou des entités de droit public<sup>23</sup>. Contrairement à ce que laisse entendre le Message LFors<sup>24</sup>, non seulement une succursale, mais aussi un établissement professionnel ou commercial d'une personne morale crée un for au lieu d'exploitation à certaines conditions. L'établissement suppose une *certaine autonomie*, sans atteindre cependant pour

---

<sup>19</sup> BK ZPO-BERGER, art. 12 N 7.

<sup>20</sup> BK ZPO-BERGER, art. 12 N 32.

<sup>21</sup> Message LFors, FF 1999 2608 ; BOHNET, Procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., Neuchâtel et Bâle 2014, N 249 s.

<sup>22</sup> ATF 30 I 662, consid. 3 : établissement agricole.

<sup>23</sup> BK ZPO-BERGER, art. 15 N 17 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 8.

<sup>24</sup> Message LFors, FF 1999 2608.

l'établissement secondaire les exigences de la succursale<sup>25</sup>, et des installations ou des aménagements matériels fixes au moyen desquels l'entreprise déploie une part importante de son activité technique ou commerciale, du point de vue qualitatif ou quantitatif. Tel n'est pas le cas d'un stand dans une foire ou d'un chantier<sup>26</sup>, mais bien en revanche généralement d'un magasin<sup>27</sup> ou d'un commerce<sup>28</sup>, s'il dispose de l'autonomie requise<sup>29</sup>. Une inscription au registre du commerce n'est pas nécessaire<sup>30</sup>.

19. Si une entité est inscrite comme *succursale* alors que les conditions légales ne sont pas remplies, le for de l'art. 12 CPC est cependant ouvert, compte tenu de l'apparence créée par l'inscription<sup>31</sup>.
20. Il faut également admettre que l'*apparence d'un établissement ou d'une succursale* suffit à fonder un for au lieu où l'activité est déployée, ce en vertu du principe de la confiance (art. 2 CC)<sup>32</sup>. Une telle apparence existe lorsque le comportement de l'entreprise laisse entendre qu'elle exerce une activité durable au lieu en question, que cette entité jouit d'une certaine autonomie et qu'elle dispose d'installations ou d'aménagements matériels fixes au moyen desquels l'entreprise déploie une part importante de son activité technique ou commerciale, du point

---

<sup>25</sup> ATF 101 Ia 39, consid. 1, JdT 1975 I 344 : « Une succursale au sens de l'art. 642 CO n'est pas nécessaire » ; 77 I 121, JdT 1952 I 209 ; BK ZPO-BERGER, art. 15 N 17 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 11 ; ZK-MÜLLER, art. 5 GestG N 23 ; DONZALLAZ, art. 5 LFors, N 33.

<sup>26</sup> BK ZPO-BERGER, art. 15 N 16 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 6 : sauf installations fixes de très longue durée.

<sup>27</sup> ATF 30 I 657 : magasin d'épicerie fine et de produits coloniaux ; 50 I 121 : pressing.

<sup>28</sup> ATF 77 I 121, JdT 1952 I 209.

<sup>29</sup> ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364 : tel n'est pas le cas de points de vente d'articles de sport d'une entreprise individuelle, tous gérés depuis son établissement principal.

<sup>30</sup> Message LFors, FF 1999 2608 n. 38 ; BK ZPOBK-ZPO-BERGER, art. 15 N 16.

<sup>31</sup> BK ZPO-BERGER, art. 12 N 27 qui renvoie pertinemment aux arrêts 62 I 14, consid. 3 et 68 III 146, consid. 2. *Contra* : ZK-MÜLLER, art. 5 GestG N 23 ; DONZALLAZ, art. 5 LFors, N 33.

<sup>32</sup> ATF 101 Ia 39, JdT 1975 I 344 ; BK ZPO-BERGER, art. 12 N 17, 19, 26 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 16.

de vue qualitatif ou quantitatif. Ce n'est pas le cas en revanche si une entreprise mentionne uniquement une adresse ne correspondant pas effectivement à son lieu d'exploitation<sup>33</sup>.

### III. Représentation

#### A. *Droit matériel*

21. Le droit suisse des sociétés connaît deux types fondamentaux d'organisations, avec des règles différentes pour chacune d'elle. Il s'agit des *collectivités*, dénuées de la personnalité juridique, et des *personnes morales de droit privé*, comprenant les *corporations* et les *fondations*, qui ont une existence propre<sup>34</sup>. De cette distinction fondamentale découle un régime de représentation différent, qui tient à l'existence ou non d'une entité disposant comme telle de la jouissance et de l'exercice des droits civils.
22. A côté de ces deux subdivisions, la vie économique suisse connaît encore un autre type de forme commerciale qui n'entre formellement pas dans l'une de ces catégories, à savoir l'*entreprise individuelle*, dont le régime est cependant proche de celui de la collectivité.
23. Le mode de représentation de ces quatre types d'organisation est brièvement présenté sous l'angle matériel, avant que le volet de la représentation en justice ne soit abordé.

#### 1. Types d'organisation

##### a. *Entreprise individuelle*

24. L'entreprise individuelle ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale dans le Code des obligations<sup>35</sup>. Elle est parfois évoquée, par exemple aux art. 181 al. 4, 934, 945 et 957 CO, sans que ces

---

<sup>33</sup> ATF 62 I 14, consid. 3, JdT 1936 I 506, avec des réf. à la jurisprudence allemande.

<sup>34</sup> RUEDIN, Droit des sociétés, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2007, N 690.

<sup>35</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 793.

dispositions légales ne nous renseignent plus avant sur le régime de la représentation. Rien de surprenant, puisque l'entreprise individuelle n'est pas une entité juridiquement distincte de la personne de son titulaire<sup>36</sup>. Celui-ci exerce en effet une activité commerciale ou industrielle en son propre nom et sous sa propre responsabilité, qui est directe et illimitée<sup>37</sup>. Partant, il est également seul à détenir le pouvoir sur l'entreprise et choisit ainsi la cessation ou la continuation de l'exploitation, l'engagement de collaborateur, la définition de la stratégie et les investissements<sup>38</sup>. Le titulaire représente ainsi seul l'entreprise individuelle<sup>39</sup>.

25. Il peut également, nommer des directeurs, qui sont alors au bénéfice de pouvoirs de représentation sans limite, à moins que des règles particulières n'aient été fixées, relativement à la collectivité des signatures ou à des types d'affaires particuliers<sup>40</sup>. De même, le titulaire peut désigner des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO) ou des fondés de procuration et autres mandataires commerciaux (art. 458 ss CO), dont les pouvoirs sont définis par les règles légales<sup>41</sup>. Enfin, les règles générales de la représentation des art. 32 ss CO sont, en l'absence de disposition légale contraire, également applicables<sup>42</sup>.
26. On précise que ces pouvoirs de signature peuvent ressortir du registre du commerce lorsque l'entreprise individuelle y est inscrite. C'est obligatoirement le cas lorsqu'elle atteint un chiffre d'affaire annuel de CHF 100'000.- (art. 36 al. 1 ORC) ou qu'elle exerce des activités dans les domaines de commission, d'agence, de courtage, de fiduciaire ou de gérance (art. 36 al. 3 ORC)<sup>43</sup>. Elle peut également s'inscrire sur une base

---

<sup>36</sup> RUEDIN (n. 34), N 310, N 371 ; SIMONEK (et al.), Unternehmensrecht I, Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation, 2<sup>e</sup> éd. Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 21.

<sup>37</sup> MONTAVON, Abrégé de droit commercial, 5<sup>e</sup> éd., Lausanne 2011, p. 93.

<sup>38</sup> RUEDIN (n. 34), N 305.

<sup>39</sup> RUEDIN (n. 34), N 377.

<sup>40</sup> MONTAVON (n. 37), p. 93.

<sup>41</sup> RIHAR, Das Einzelunternehmen im Schweizer Privatrecht, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 114 ss, à laquelle on renvoie pour plus de développements.

<sup>42</sup> RIHAR (n. 41), p. 114 ; RUEDIN (n. 34), N 378.

<sup>43</sup> MONTAVON (n. 37), p. 94.

volontaire (art. 36 al. 4 ORC). Les tiers de bonne foi peuvent alors s'y fier (art. 933 CO)<sup>44</sup> et l'inscription constitue un fait notoire n'ayant pas besoin d'être allégué ni prouvé<sup>45</sup>.

### ***b. Collectivité***

27. Les collectivités sont des formes de société dépourvues de la personnalité juridique<sup>46</sup> et donc de la jouissance des droits civils<sup>47</sup>. Il s'agit d'un groupement de personnes titulaires ensemble d'un seul et même droit portant sur la société. Ce n'est ainsi pas la collectivité qui est titulaire de droits et d'obligations, mais le groupement de personnes qui la compose, de manière collective<sup>48</sup>. Il s'agit de la société simple (art. 530 ss CO), de la société en nom collectif (art. 552 ss CO) et de la société en commandite (art. 594 ss CO)<sup>49</sup>, bien que les deux dernières nommées peuvent se prévaloir d'une « quasi-personnalité » juridique<sup>50</sup>.
28. S'agissant de la représentation et, plus généralement, de la définition et des règles régissant la collectivité, il n'existe pas de corps de dispositions légales particulières, au contraire de ce que l'on rencontre pour la personne morale (art. 52 ss CC)<sup>51</sup>. Les art. 646 à 654a CC contiennent toutefois un certain nombre de règles qui traitent des deux formes de collectivités, soit la copropriété et la communauté<sup>52</sup>. Il faut dès lors se rapporter aux règles spéciales des sociétés collectives afin d'en déterminer le mode de représentation, même si l'on peut tirer un

---

<sup>44</sup> ATF 138 III 294, consid. 2.2, non reproduit au recueil officiel, *in* : RSPC 2012 299.

<sup>45</sup> TF 4A\_261/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013, consid. 4.3, *in* : RSPC 2014 34.

<sup>46</sup> RUEDIN (n. 34), N 729.

<sup>47</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 64.

<sup>48</sup> RUEDIN (n. 34), N 753.

<sup>49</sup> RUEDIN (n. 34), N 788 ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 61.

<sup>50</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 65, qui répertorient les différentes terminologies utilisées pour définir la SNC et la SC, tout en confirmant qu'elles ne disposent pas de la personnalité juridique mais qu'elles sont traitées, dans certains domaines comme si tel était le cas.

<sup>51</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 64.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

trait commun entre elles s'agissant du pouvoir de gestion et de représentation, en ce que ceux-ci s'exercent selon le principe de l'organisation endogène (*Selbstorganschaft*), qui attribue à chaque associé ces qualités<sup>53</sup>.

29. Pour la société simple<sup>54</sup>, il faut se référer à l'art. 543 CC, qui précise que lorsqu'un associé traite avec un tiers mais en son nom personnel, il est seul engagé avec celui-ci (al. 1). Pour que les autres associés deviennent eux aussi créanciers ou débiteurs dans une telle situation, il faut que les règles générales de la représentation (art. 32 ss CO) soient respectées (al. 2). Enfin, les tiers de bonne foi sont protégés puisqu'une présomption irréfragable est instaurée à l'art. 543 al. 3 CO, selon laquelle l'associé qui bénéficie du droit de gestion en vertu des règles internes dispose également du pouvoir de représentation<sup>55</sup>. Il va par ailleurs de soi que la société simple et, partant, ses membres, sont engagés si tous prennent ensemble des engagements vis-à-vis de tiers<sup>56</sup>.
30. Comme mentionné *supra* (N 27), la société en nom collectif bénéficie du statut de quasi-personne morale, exprimé par l'art. 562 CO, selon lequel « la société peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnée en justice ». Cette disposition n'indique cependant rien quant à la manière de représenter la société, ce pour quoi il faut se rapporter à l'art. 563 CO, selon lequel les tiers de bonne foi peuvent, en l'absence d'indication contraire, estimer que chaque associé a la pouvoir de représenter la société. On est proche du système prévu pour les corporations, selon lequel la société s'engage par le biais de ses organes (art. 55 al. 1 CC, cf. *infra* N 33 ss)<sup>57</sup>.
31. La société en commandite connaît le même régime de représentation que la société en nom collectif (art. 603 CO), avec la précision que seuls

---

<sup>53</sup> RUEDIN (n. 34), N 786.

<sup>54</sup> Pour tout le paragraphe, cf. MONTAVON (n. 37), p. 135.

<sup>55</sup> TF 4A\_12/2012 du 10 juillet 2012, consid. 2 et 3 *in*: RSPC 2012 469 pour un exemple avec deux associés d'une société simple dont l'un seulement a signé un bail en utilisant toutefois dans ses relations avec le propriétaire un papier à en-tête au nom des deux associés.

<sup>56</sup> CR CO II-CHAIX, art. 543 N 1.

<sup>57</sup> CR CO II-RECORDON, art. 563 N 2.

les associés indéfiniment responsables sont concernés par cette disposition. Les commanditaires peuvent toutefois se voir octroyer un pouvoir de représentation en tant que fondé de procuration ou mandataire commercial (art. 605 CO)<sup>58</sup>.

### *c. Personne morale*

#### **aa. Corporation**

32. Les corporations sont les formes de société qui sont indépendantes de leurs associés<sup>59</sup> et, en tant que telles, disposent de leur propre personnalité<sup>60</sup>. Il s'agit de la société anonyme (art. 620 ss CO), de la société en commandite par actions (art. 764 ss CO), de la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO), de la société coopérative (art. 828 ss CO) et de l'association (art. 60 ss CC)<sup>61</sup>.
33. Tout comme les personnes physiques, les personnes morales disposent de la jouissance et de l'exercice des droits civils<sup>62</sup>. Cet exercice se manifeste au travers des organes de la société (art. 54 CC), qui la représentent dans ses relations avec les tiers, ainsi que le prévoit l'art. 55 al. 1 CC<sup>63</sup>.
34. L'organe « forme et exprime directement la volonté de la société et l'engage directement »<sup>64</sup>, alors que les actes effectués par les fondés de procuration ou les mandataires commerciaux le sont en fonction de pouvoirs de représentation et sur la base d'instructions<sup>65</sup>. Ceux-ci ne sont ainsi pas des organes<sup>66</sup>.

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> RUEDIN (n. 34), N 737.

<sup>60</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 47.

<sup>61</sup> RUEDIN (n. 34), N 788 ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 61.

<sup>62</sup> RUEDIN (n. 34), N 691 s.

<sup>63</sup> ATF 112 II 172, consid. II/2c, JdT 1986 I 574.

<sup>64</sup> RUEDIN (n. 34), N 711 ; EGGER, Die Stellung der Organe im Zivilprozess, Thèse, Saint-Gall 2014, N 32.

<sup>65</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 53 ; EGGER (n. 64), N 32.

<sup>66</sup> WYTENBACH, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher

35. La *notion d'organe* contenue aux art. 54 et 55 al. 1 CC doit se comprendre dans son acception étroite, en ce sens qu'elle regroupe les personnes physiques qui sont responsables de la gestion et de la représentation de la société, que ce soit de par la loi ou en vertu d'une délégation de compétence, et non tous les organes de celle-ci<sup>67</sup>. Il s'agit donc du pouvoir exécutif (*Executivorgane*), à l'exclusion de l'autorité « législative » ou de l'organe de contrôle<sup>68</sup>. Ainsi, dans le contexte de la société anonyme, l'organe au sens des art. 54 et 55 al. 1 CC est le *conseil d'administration* (art. 707 ss CO), à l'exclusion de l'assemblée générale (art. 698 ss CO) et de l'organe de révision (art. 727 ss CO). Le conseil d'administration, par le biais de son règlement d'organisation, et si cette possibilité est prévue par les statuts, peut déléguer tout ou partie de la gestion à l'un ou à plusieurs de ses membres ou à des tiers (art. 716b CO ; dans ce dernier cas, il s'agit alors d'un *organe formel statutaire* ne nécessitant aucune procuration<sup>69</sup>). Il en va de même s'agissant de la représentation (art. 718 CO). On pense en particulier au *directeur* inscrit au registre du commerce (art. 718 al. 2 CO)<sup>70</sup>.
36. Enfin, peut être considéré comme organe, sans qu'elle ne revête ce statut formellement, toute personne qui participe effectivement et qui a un impact décisif sur la définition de la volonté sociale<sup>71</sup>. L'on est alors en présence d'un *organe de fait*, que le Tribunal fédéral définit comme suit : « Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe donc non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la

---

Organbegriff ?, thèse, Bâle 2010, p. 155 *in limine*.

<sup>67</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 54 ; EGGER (n. 64), N 32.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> CR CC-XOUDIS, art. 54/55 N 23 ; OTTOMANN, Die Aktiengesellschaft als Partei im Schweizerischen Zivilprozess, Thèse, Zurich 1976, p. 64 s.

<sup>70</sup> FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 54 ; WYTTENBACH (n. 66), p. 154 qualifie les directeurs d'organe matériel, en ce sens que leur poste ne découle pas directement de la loi, mais nécessite une autorisation statutaire et un règlement d'organisation.

<sup>71</sup> RUEDIN (n. 34), N 716 ss ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 54 s.

gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société. »<sup>72</sup>.

37. Toutes les personnes morales, à l'exception de l'association, ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce (pour la SA, art. 640 CO ; pour la SCA, art. 764 al. CO, qui renvoie aux règles de la SA ; pour la Sàrl, art. 779 CO ; pour la Scoop, art. 838 CO). La qualité d'organe, de délégué ou de représentant d'une société est ainsi reconnaissable pour les tiers.
38. L'inscription au registre du commerce des associations est facultative (art. 61 al. 1 CC), à moins que celles-ci ne doivent, pour atteindre leur but, exercer une industrie en la forme commerciale ou qu'elles soient soumises à l'obligation de faire réviser leurs comptes (art. 61 al. 2 CC).
39. Rappelons que les actes des fondateurs fait au nom de la société en fondation lient celle-ci une fois sa création effective (art. 645 CO). Une société en formation peut être partie à un procès si l'objet de celui-ci a trait à son existence. Encore faut-il que la société démontre qu'elle a effectivement déposé une réquisition d'inscription au RC et qu'elle y soit finalement inscrite. Le juge délégué de la Cour d'appel civile vaudoise a nié que de telles conditions étaient remplies en présence d'une société anonyme en formation depuis de nombreuses années qui n'avait produit dans la procédure ni la réquisition d'inscription, ni l'acte constitutif authentique ni les statuts de la société<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> ATF 132 III 523, consid. 4.5 ; pour une définition plus complète de la notion d'organe de fait, cf. EGGER (n. 64), N 42 ss et WYTTENBACH (n. 66), pp. 239 ss.

<sup>73</sup> Juge délégué de la CACI VD, arrêt HC / 2012 / 617 du 2 octobre 2012, consid. 3.

## bb. Fondation

40. La fondation est la seule forme juridique de droit privé qui est dotée de la personnalité juridique sans pour autant être une corporation<sup>74</sup> ; il s'agit du seul établissement de droit privé fédéral<sup>75</sup>. Il en existe plusieurs formes, qui sont dotées de la personnalité juridique, soit l'ordinaire ou la classique, la fondation de famille (art. 87 et 335 CC), l'ecclésiastique (art. 87 CC) ou de prévoyance en faveur du personnel (art. 89a CC). Elle peut être à but économique (lorsque les bénéficiaires sont déterminés dans l'acte de fondation) et/ou avoir un caractère d'entreprise (lorsque la fondation développe une activité commerciale afin d'atteindre son but)<sup>76</sup>. Il en existe également qui sont dénuées de la personnalité juridique ; il s'agit alors de fondations dites dépendantes ou fiduciaires, qui se concrétisent par une « masse de bien dépourvue de la personnalité morale et affectée à la poursuite d'un but déterminé »<sup>77</sup>. Le droit de la fondation s'applique à celles-ci à titre analogique<sup>78</sup>.
41. La loi ne définit pas les organes de la fondation, l'art. 83 CC précisant simplement que l'acte de fondation indique les organes de celle-ci et son mode d'administration. L'organe supérieur de la fondation, souvent appelé conseil de fondation, mais aussi et notamment comité, administration, présidence, curateur ou conseil exécutif<sup>79</sup>, la représente (art. 55 CC)<sup>80</sup> et s'occupe de son administration<sup>81</sup>. La réglementation des droits de signature fait également partie des attribution de l'organe supérieur de la fondation et c'est donc lui qui désignera les personnes chargées de la représenter à l'extérieur, en précisant le mode de

---

<sup>74</sup> MADÖRIN, *Vereine und Stiftungen*, vol. 2, Berne 2008, p. 93.

<sup>75</sup> CR CC I-PARISMA, art. 80 N 1.

<sup>76</sup> CR CC I-PARISMA, art. 80 N 12 ss ; MADÖRIN (n. 74), pp. 94 ss.

<sup>77</sup> CR CC I-PARISMA, Intro. art. 80-89<sup>bis</sup> (sic), N 18.

<sup>78</sup> BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 80 N 1.

<sup>79</sup> RIEMER, *Stämpflis Handkommentar*, art. 83 ZGB, N 6 ; CR CC I-PARISMA, art. 83 N 6 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 4.

<sup>80</sup> CR CC I-PARISMA, art. 83 N 16 ; MADÖRIN (n. 74), p. 109 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 9 et 10a.

<sup>81</sup> MADÖRIN (n. 74), p. 109.

signature (individuelle ou collective) et en nommant d'éventuels fondés de procuration ou mandataires commerciaux<sup>82</sup>.

42. Selon l'art. 52 al. 1 CC, l'inscription au registre du commerce est constitutive de la personnalité morale<sup>83</sup>. Aussi, les fondations dites classiques ou ordinaires doivent s'y inscrire afin d'exister, ce qui permet de contrôler les pouvoirs de représentation de la fondation. L'art. 52 al. 2 CC précise que les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas tenues de s'y inscrire, ce qu'elles peuvent néanmoins faire sur une base volontaire<sup>84</sup>.
43. Enfin, tout comme pour la société anonyme, les actes accomplis par les fondateurs au nom de la fondation avant son inscription au registre du commerce lient celle-ci dès sa naissance (*supra* N 39)<sup>85</sup>.

## 2. Représentation

### a. « Représentation » par les organes

44. On l'a vu, les personnes morales sont représentées par leurs organes (membre du conseil d'administration ; directeur ; organe de fait ; cf. *supra*, N 33 ss et 41). En fait de représentation, il s'agit plutôt de l'*expression de la volonté* de la personne morale directement par les organes, qu'il ne faut ainsi pas confondre avec les délégations de pouvoirs à des tiers qui ne sont pas organes, selon les règles spécifiques pour les fondés de procuration et les mandataires commerciaux et les règles générales sur la représentation (*infra* N 50 ss)<sup>86</sup>.
45. Les personnes morales peuvent se doter de règles régissant la manière d'exercer leur volonté, en imposant, dans leurs rapports externes, des

---

<sup>82</sup> *Idem*, p. 110 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 11.

<sup>83</sup> CR CC I-PARISMA, art. 81 N 23.

<sup>84</sup> *Ibidem*, qui ajoute que les fondations de ces deux types sont néanmoins tenues de s'inscrire lorsque les conditions de 934 al. 1 CO sont réunies ou qu'elles désirent transférer leur patrimoine selon les art. 86 s. LFus.

<sup>85</sup> ATF 81 II 577, JdT 1956 I 455.

<sup>86</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), pp. 53 et 55 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 7 ; MONTAVON (n. 37), p. 86.

restrictions liées à la collectivité des signatures<sup>87</sup>, en limitant le pouvoir de représentation à l'établissement principal ou à la succursale<sup>88</sup> (art. 718a al. 2 CO) ou en retirant à certains membres de son organe de gestion et de représentation le pouvoir de signature<sup>89</sup> (art. 718 al. 1 et 2 CO).

46. Lorsque la personne morale décide de n'être engagée que par des signatures collectives, le nombre de celles-ci n'est limité que par l'art. 20 al. 1 CO. Il est également possible de prévoir que la personne morale ne sera engagée qu'en présence de certaines combinaisons de signatures, soit par exemple celle d'un directeur et d'un administrateur mais non de deux directeurs<sup>90</sup>.
47. La délégation du pouvoir de représenter la personne morale, qui permet notamment de supprimer le droit de signature de certains organes, ne peut être envisagée que si les statuts ou le règlement d'organisation le prévoient (art. 718 al. 1 CO). Le délégataire peut être un ou plusieurs membres du conseil d'administration, appelé administrateur délégué<sup>91</sup> ou un tiers, nommé directeur<sup>92</sup>.
48. Ces différentes limites doivent être inscrites au registre du commerce<sup>93</sup> afin que la personne morale puisse s'en prévaloir (art. 933 CO)<sup>94</sup>.
49. A noter que lorsque la personne morale est en faillite, les organes perdent leur pouvoir de représentation au profit de l'administration de la masse (art. 740 al. 5 C)<sup>95</sup>.

---

<sup>87</sup> RUEDIN (n. 34), N 727 ; art. 718a al. 2 CO pour la SA ; art. 765 CO pour la SCA ; art. 814 al. 2 CO et 814 al. 4 CO qui renvoie aux dispositions de la SA pour la Sàrl ; art. 889 al. 1 et 2 CO pour la Scoop.

<sup>88</sup> CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718a N 18 ss.

<sup>89</sup> CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 11.

<sup>90</sup> CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 22 s.

<sup>91</sup> A ce propos, cf. CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 12 à 17.

<sup>92</sup> A ce propos, cf. CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 18 à 23.

<sup>93</sup> Art. 45 al. 1 let. o et n ORC pour la société anonyme ; art. 68 al. 1 let. o et n CO pour la SCA ; art. 73 al. 1 let. p et q CO pour la Sàrl ; art. 87 al. 1 let. k et l CO pour la Scoop.

<sup>94</sup> ATF 138 III 294, consid. 2.2 non reproduit au recueil officiel, *in* : RSPC 2012 299 avec note de BOHNET ; EGGGER (n. 64), N 117 s.

**b. « Représentation » par un tiers**

50. Les différentes formes d'organisation commerciale (entreprise individuelle, collectivité, fondation et corporation) peuvent également se faire représenter dans leurs relations avec l'extérieur par des représentants commerciaux, soit des fondés de procurations (art. 458 à 461 CO) ou des autres mandataires commerciaux (art. 462 à 465 CO). Ils se différencient des organes de la société en ce qu'ils n'incarnent pas celle-ci, mais la représentent (*supra* N 44).
51. L'étendue des pouvoirs de représentation d'un *fondé de procuration* est déterminée à l'art. 459 CO qui prévoit que celui-ci a la faculté de souscrire des engagements de change pour le chef de la maison et de faire, au nom de celui-ci, tous les actes que comporte le but du commerce ou de l'entreprise (al. 1). L'alinéa 2 limite toutefois le champ d'activité en précisant que le fondé de procuration ne peut aliéner ou grever des immeubles que s'il en a reçu le pouvoir expresse. Enfin, l'art. 460 al. 1 et 2 CO donne la faculté aux chefs de maison de restreindre le pouvoir de représentation aux affaires d'une succursale ou d'imposer des signatures collectives<sup>96</sup>.
52. Plus particulièrement, le fondé de procuration peut recevoir des actes de poursuite (art. 65 al. 1 ch. 2 LP)<sup>97</sup>, mais également conduire un procès<sup>98</sup>. Les fondés de procuration sont inscrits au registre du commerce ; cette inscription a une portée déclarative lorsque le représenté exerce en la forme commerciale (art. 458 al. 1 et 2 CO) et une portée constitutive lorsque tel n'est pas le cas (art. 458 al. 3 CO).

---

<sup>95</sup> TF 4A\_150/2013 du 11 février 2013, *in* : RSPC 2014 208.

<sup>96</sup> MONTAVON (n. 37), p. 88.

<sup>97</sup> ATF 121 III 16, consid. 3 b et d, JdT 1997 II 103.

<sup>98</sup> ATF 69 III 33, JdT 1944 II 6 (10) : « On pourrait considérer en premier lieu comme une procuration générale suffisante, au sens de l'art. 66 al. 1 LP, celle qui appartient au fondé de procuration lequel est réputé, à l'égard des tiers, avoir la faculté de conduire un procès (art. 459, par opposition à l'art. 462 CO) » ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 459 N3 *in fine*, qui précise qu'un fondé de pouvoir n'a nul besoin de procuration expresse pour intenter un procès ou transiger, à l'inverse du mandataire contractuel (art. 396 al. 2 CO).

53. Les autres mandataires commerciaux ne disposent pas de pouvoirs de représentation aussi larges que les fondés de procuration<sup>99</sup>. Leurs pouvoirs sont soit généraux, soit délimités à certaines opérations particulières (art. 462 al. 1 CO). Le pouvoir de représentation général est toutefois limité par l'art. 462 al. 2 CO, qui impose la présence d'une procuration spéciale pour que le mandataire commercial puisse souscrire des engagements de change, emprunter ou plaider. Cette procuration pour être émise en la forme écrite ou orale mais non tacite et doit être communiquée<sup>100</sup>. S'agissant de la matière qui nous intéresse, cette restriction signifie que le mandataire commercial ne peut, sans pouvoirs exprès, ni actionner, ni défendre<sup>101</sup>.
54. Dans la mesure où les pouvoirs du mandataire commercial varient en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, une inscription au registre du commerce n'est pas envisageable<sup>102</sup>.
55. Nous précisons à ce stade que nous considérons que les pouvoirs de représentation octroyés par le droit matériel n'autorisent pas encore, en tant que tels, le représentant commercial à représenter en justice (cf. *infra*, N 82 ss).

## ***B. Droit formel***

### **1. Capacité d'être partie**

56. L'art. 66 CPC est consacré à la capacité d'être partie, qui est reconnue à toute personne jouissant des droits civils ou disposant de la capacité d'être partie en vertu du droit fédéral. Les *personnes morales* (cf. *supra*, N 32 ss et N 40 ss) en disposent dès leur inscription au registre du commerce (art. 52 al. 1 CC *cum* art. 53 CC)<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 1.

<sup>100</sup> TF 4D\_2/2013 du 1<sup>er</sup> mai 2013, consid. 2.2.1, *in* : RSPC 2013 293.

<sup>101</sup> CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 14.

<sup>102</sup> CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 6.

<sup>103</sup> CPC-JEANDIN, art. 66 N 4 ; ZK ZPO-STAHELIN/SCHWEIZER, art. 66 N 9 ss ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 12.

57. La *société en nom collectif* et la *société en commandite*, même si elles ne disposent pas de la personnalité juridique, on l'a vu (cf. *supra*, N 27 et 30 s), sont tout de même habilitées à agir en leur propre nom en justice (cf. art. 562 et 602 CO). L'attribution de la qualité de partie résulte alors du droit fédéral (art. 66 CPC, seconde hypothèse)<sup>104</sup>.
58. A côté de ces deux formes de société, on peut également citer, comme entités juridiques sans personnalité juridique auxquelles la loi accorde la qualité de partie, l'administration de la *masse en faillite* étrangère une fois que celle-ci a été reconnue en Suisse (art. 166 al. 1 LDIP)<sup>105</sup>, les *caisses de chômage* (art. 79 LACI), les *commissions paritaires professionnelles* (art. 357b CO) ou encore la *PPE* dans le domaine patrimonial et lorsqu'il s'agit de faire respecter son règlement (art. 712l CC)<sup>106</sup>.
59. La *société simple* ne disposant pas de la personnalité juridique et ne revêtant pas la qualité de partie en vertu du droit fédéral, n'a, en tant que telle, pas la capacité d'être partie<sup>107</sup> et tous ses membres doivent actionner ou être actionnés en commun. Nous sommes en présence d'un cas de consorité nécessaire<sup>108</sup>. Le juge devra se fonder sur les allégués des parties afin de déterminer si tous les membres de la société simple ont agi. Ainsi, si le défendeur ne conteste pas les allégués de la société simple demanderesse sur ce point, la légitimation devra lui être reconnue, à moins que le cercle des associés ne ressortent d'un registre produit à l'audience, que le juge examinera alors d'office<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> CPC-JEANDIN, art. 66 N 7 ; ZK ZPO-STÄHELIN/SCHWEIZER, art. 66 N 18 ss.

<sup>105</sup> ATF 137 III 631, JdT 2012 II 451.

<sup>106</sup> ATF 114 II 239, JdT 1989 I 162 ; HALDY A., La capacité d'être partie, la capacité d'ester en justice et la représentation des parties, *in* : RSPC 2013 523, pp. 526 ss et les références citées.

<sup>107</sup> CPC-JEANDIN, art. 66 N 6.

<sup>108</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 35 ss ; BK-FELLMANN/MÜLLER, art. 530 CO N 627.

<sup>109</sup> TF 4A\_197/2012 du 30 juillet 2012, consid. 4, *in* : RSPC 2013 13, avec note de BOHNET.

## 2. Capacité d'ester

60. L'art. 67 CPC traite de la capacité d'ester en justice, pendant procédural de l'exercice des droits civils<sup>110</sup>. Le Tribunal fédéral la définit comme suit : « La capacité d'ester en justice (*Prozessfähigkeit*) est la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner soi-même un mandataire qualifié pour le faire. Elle appartient à toute personne qui a la capacité d'être partie (*Parteifähigkeit*), c'est-à-dire à toute personne qui a la faculté de figurer comme partie dans un procès »<sup>111</sup>.
61. Les *personnes morales* peuvent ester en justice par l'entremise de leurs organes dès que ceux-ci sont régulièrement constitués (art. 54 CC). Il en va de même pour les *sociétés en nom collectif* et en *commandite*, bien qu'elles ne jouissent pas des droits civils (cf. *supra*, N 27 et 30 s)<sup>112</sup>.
62. La *société simple* ne disposant pas de la personnalité juridique, ses associés détiennent en main commune les créances et les dettes de la société et forment entre eux une consorité nécessaire (*supra*, N 59). Selon le Tribunal fédéral, « Il en résulte qu'ils ne peuvent faire valoir la créance que tous ensemble ; il s'agit là d'une question de droit matériel, et non de procédure. Si les associés n'agissent pas tous ensemble, ceux qui ont introduit l'action n'ont pas la légitimation active, ce qui doit entraîner le rejet de la demande, et non son irrecevabilité »<sup>113</sup> (art. 70 al. 1 CPC). Des tempéraments à l'exigence d'agir en commun existent en cas d'urgence, de présence de tous les membres de la consorité des deux côtés de la barre ou de déclaration de l'un des consorts indiquant par avance qu'il se rallie aux actes qui seront effectués par les autres membres de la société simple et se soumet irrévocablement à l'issue du procès<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> ATF 132 I 1, consid. 3.1.

<sup>111</sup> TF 5A\_329/2009 du 9 septembre 2010, consid. 2.1.

<sup>112</sup> JEANDIN, Parties au procès : Mouvement et (r)évolution, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 11.

<sup>113</sup> ATF 137 III 455, consid. 3.5.

<sup>114</sup> JEANDIN (n. 112), pp. 43 s. et les références citées.

### 3. Représentation conventionnelle en justice

63. L'art. 68 CPC traite de la représentation des parties en justice. Il postule tout d'abord à l'alinéa 1 la faculté, pour chaque titulaire de la capacité d'ester, de se faire représenter à tous les stades du procès, y compris en conciliation<sup>115</sup>, même s'il s'agit en principe d'assistance dans ce dernier cas (art. 204 al. 2 CPC)<sup>116</sup>.
64. Seule la représentation professionnelle est encadrée par le Code, à l'art. 68 al. 2 CPC. En revanche, il résulte de cet alinéa *a contrario* que les parties peuvent se faire librement représenter dans un cadre non professionnel (*nicht berufsmässige Vertretung*, également *gewillkürten Vertreter*)<sup>117</sup>, par ce que l'on peut appeler une *personne de confiance* et ce à tous les stades de la procédure (art. 68 al. 1 CPC)<sup>118</sup>.
65. La notion de *représentation professionnelle* n'a pas encore fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral. Un arrêt zurichois précise qu'un représentant qui indique en en-tête de la demande et à côté de sa signature en bas de la demande et du recours être un consultant juridique/gestionnaire en immobilier (*Rechtskonsulent Immobilienökonom*) ne peut prétendre être un ami du demandeur et agir à titre purement gratuit<sup>119</sup>.
66. TENCHIO<sup>120</sup> résume l'état de la doctrine à ce sujet, dont on peut tenter d'extraire une position commune, à savoir que l'activité, pour être qualifiée de professionnelle, doit contenir les différentes acceptions

---

<sup>115</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 5.

<sup>116</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 7.

<sup>117</sup> BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 1 à 3 ; ZK ZPO-STAHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 3.

<sup>118</sup> Cf. le Message CPC qui indique que « la représentation professionnelle est réservée [...] », FF 2006 6841, N 5.5.2 et le phrasé de l'art. 68 al. 2 CPC : « sont autorisés à représenter les parties *à titre professionnel* » ; pour des développements sur le caractère professionnel ou non de la représentation, cf. BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6 ss ; pour une critique de l'opportunité de ce mode de représentation, cf. BOHNET, Procédure civile suisse : plaider pour un retour vers le futur, *in* : Le temps et le droit : recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Bâle 2008, pp. 1-15, pp. 11 ss.

<sup>119</sup> ZH OGer [02.04.2013] RA 120014, consid. 7.

<sup>120</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6 et les références citées.

suivantes, sans que chacune ne soit absolument indispensable dans chaque cas :

- 1) une répétition de l'activité à des intervalles relativement réguliers ;
  - 2) contre rémunération ;
  - 3) pour des tiers qui ne sont pas que des connaissances ;
  - 4) sans que le représentant n'ait forcément besoin d'assumer des charges d'infrastructure.
67. A côté de ces qualités, on peut ajouter, sur la base de la jurisprudence zurichoïse, que le représentant professionnel doit user d'un titre à caractère professionnel.
68. Faute de définition, le Code dresse à l'art. 68 al. 2 CPC, la liste exhaustive des personnes habilitées à représenter les parties en justice à titre professionnel. Le CPC restreint, pour certaines catégories de représentants professionnels, les facultés de représenter, que ce soit relativement au type de procédure (sommaire ou simplifiée uniquement) ou au stade de la procédure (uniquement en conciliation).
69. Précisons toutefois que l'avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice est à même de représenter une partie à tous les stades de la procédure et ce, quel que soit son type (l'art. 68 al. 2 let. a CPC ne contient aucune restriction)<sup>121</sup>. La loi ne mentionne nullement les avocats-stagiaires<sup>122</sup>. Il faut toutefois admettre que ceux-ci sont également habilités à représenter en justice, pour autant que le droit cantonal le prévoit, dans la mesure où cette solution respectueuse de l'autonomie des cantons a été présentée par le rapporteur de la Commission du Conseil national et n'a fait l'objet d'aucun débat dans les deux Chambres<sup>123</sup>.
70. Enfin, les représentants en justice doivent être en mesure de justifier de leurs pouvoirs au moyen d'une *procuratio* (art. 68 al. 3 CPC), étant

---

<sup>121</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 8.

<sup>122</sup> *Idem*, N 9.

<sup>123</sup> BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 951 et les références citées.

précisé qu'une copie est suffisante en l'absence de doute sur la légitimité de la signature<sup>124</sup>. Il en va de même pour les mandataires commerciaux qui ont été spécialement habilités à plaider (art. 462 al. 2 CO)<sup>125</sup>.

### *a. En procédure de conciliation*

71. En sus des avocats (cf. *supra*, N 69) et des personnes de confiance (cf. *supra*, N 64), l'art. 68 al. 2 let. b CPC prévoit que les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés peuvent officier en tant que représentants dans la procédure de conciliation, si le droit cantonal le prévoit. De tels agents ne peuvent intervenir, faute de conciliation, que jusqu'à la délivrance de l'autorisation de procéder, sans pouvoir déposer la demande si celle-ci doit l'être en procédure ordinaire, voire même en procédure simplifiée lorsque la cause est de nature non-patrimoniale<sup>126</sup>. Les conditions d'accès au titre d'agent sont réglées par les normes cantonales<sup>127</sup>, qui peuvent également restreindre le champ opératoire des agents d'affaires ou des agents juridiques brevetés, mais pas l'élargir, en vertu de la primauté du droit fédéral<sup>128</sup>.
72. L'art. 68 al. 2 let. d CPC permet la représentation en justice par des mandataires spécialement qualifiés devant des juridictions spéciales en matière de droit du travail et de droit du bail, si le droit cantonal le prévoit. Il s'agit principalement de membres d'associations de défense des locataires ou des propriétaires ou de syndicat ou d'associations patronales<sup>129</sup>, bien qu'il soit envisageable qu'une personne (physique ou morale) non membre de telles associations puisse agir en tant que mandataire professionnellement qualifié<sup>130</sup>. La doctrine est divisée sur la

---

<sup>124</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 27.

<sup>125</sup> Refuser d'octroyer un délai pour déposer une procuration lorsque les instances précédentes n'ont pas remis en cause les pouvoirs est excessivement formaliste : TF 4D\_2/2013 du 1<sup>er</sup> mai 2013, consid. 2, *in* : RSPC 2013 293.

<sup>126</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

<sup>127</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 18.

<sup>128</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 11.

<sup>129</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 22 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13.

<sup>130</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 24.

portée que l'on doit donner à la présence, dans la *litera d*, de la représentation *devant une juridiction spéciale*. TENCHIO, se fondant sur la *ratio legis*, estime que ce qui est déterminant est de savoir si le droit cantonal veut permettre une telle représentation. Dans l'affirmative, les mandataires professionnellement qualifiés doivent pouvoir représenter les parties, fusse devant la juridiction ordinaire. La solution prônée par la lettre de la loi ne serait en effet aucunement justifiée par un besoin concret et conduit par ailleurs à une ingérence du droit fédéral dans l'organisation judiciaire<sup>131</sup>.

73. L'interprétation littérale, qui prévaut selon un autre courant<sup>132</sup>, est cependant confirmée par l'interprétation historique de la disposition, puisqu'à la lecture des travaux parlementaires, l'on remarque que c'est le Conseil national qui a introduit, à l'actuel art. 68 al. 2 let. d CPC, la possibilité pour les mandataires spécialement qualifiés de représenter en justice. Le rapporteur de la Commission motivait cet ajout en ces termes : « A la lettre d, dans la logique de la possibilité pour les cantons d'avoir des tribunaux paritaires et d'avoir des juges qui sont issus des partenaires sociaux, il s'agit de conserver également la faculté, pour des mandataires professionnellement qualifiés issus des partenaires sociaux, de pouvoir représenter les parties dans ces causes-là, par respect de la nature et de l'identité de ce type de juridiction paritaire »<sup>133</sup>. Dès lors, force est de constater que les mandataires spécialement qualifiés ne peuvent représenter en justice que devant des autorités composées paritairement.
74. Cela étant, il y a lieu de considérer que les mandataires spécialement qualifiés sont autorisés à assister les parties en procédure de conciliation, même lorsque l'autorité n'est pas composée paritairement, en vertu de l'art. 204 al. 2 CPC. Ils sont en effet selon nous englobés

---

<sup>131</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13 ; de cet avis également, CPC Comm-TREZZINI, art. 68 pp. 248 s.

<sup>132</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; de la même conception, sans pour autant détailler, HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm-ZPO, art. 68 N 9.

<sup>133</sup> BO 2008 CN 649.

dans la notion de « conseil juridique », qui renvoie aux let. a, b et d de l'art. 68 al. 2 CPC<sup>134</sup>.

### ***b. En procédure sommaire***

75. En sus des avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69) et des personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64), les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés (art. 68 al. 2 let. b CPC, *supra* N 71), les mandataires spécialement qualifiés (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) et les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP, dans le cadre des procédures énumérées à l'art. 251 CPC (art. 68 al. 2 let. c CPC)<sup>135</sup> sont autorisés à représenter les parties dans les procédures sommaires.
76. S'agissant des représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP, le Tribunal fédéral a précisé que les cantons sont toujours compétents pour déterminer qui peut l'exercer (par exemple seuls les agents d'affaires, ou les avocats des assurances de protection juridique, à l'exception des sociétés de recouvrement) et donc pour définir le cercle des personnes autorisées à représenter en procédure sommaire<sup>136</sup>. Toutefois, si les cantons ne font pas usage de leur compétence, la représentation professionnelle dans les affaires de LP peut être exercée sans restriction<sup>137</sup>.
77. Par ailleurs, le droit cantonal peut restreindre l'étendue de la capacité de postuler des agents d'affaires, des agents juridiques brevetés et des mandataires spécialement qualifiés, par exemple à un seul type de procédure ou à un seul stade du procès. Il serait ainsi envisageable que la législation cantonale ne permette que la représentation dans les

---

<sup>134</sup> CPC-BOHNET, art. 204 N 8 et les références citées.

<sup>135</sup> Pour des précisions sur la notion de représentant professionnel au sens de l'art. 27 LP, cf. BOHNET/MARTENET (n. 123), N 962 ss ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 12 ss.

<sup>136</sup> ATF 138 III 396, consid. 3.

<sup>137</sup> A Neuchâtel, voir la LILP, art. 4 al. 5. Une motion a été déposée et acceptée demandant de supprimer la compétence législative cantonale résiduelle (n° 10.3780).

procédures simplifiées en matière patrimoniale, ou inversement, qu'en procédure sommaire<sup>138</sup>.

78. Enfin, la doctrine semble être partagée s'agissant de la capacité de représenter des agents d'affaires et des agents juridiques brevetés dans le cadre des procédures relevant du droit de la famille conduites en procédure sommaire. TENCHIO exclut en effet toute représentation dans le domaine du droit de la famille<sup>139</sup>, alors qu'un autre courant remarque que les agents pourraient représenter les parties dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale<sup>140</sup>.

### *c. En procédure simplifiée*

79. En procédure simplifiée, les avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69), les personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64), les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés (art. 68 al. 2 let. b CPC, *supra* N 71) et les mandataires spécialement qualifiés (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) sont habilités à représenter les parties, pour autant que le droit cantonal le prévoie pour les deux dernières catégories (*supra*, N 71 s et 77).
80. Au demeurant, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés ne peuvent représenter en procédure simplifiée qu'en présence d'affaires patrimoniales<sup>141</sup>.

### *d. En procédure ordinaire*

81. En procédure ordinaires, seuls les avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69), les personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64) et les mandataires spécialement qualifiés devant les tribunaux spéciaux en matière de bail et de travail (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) sont

---

<sup>138</sup> Comp. BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 11 et CPC Comm-TREZZINI, art. 68 pp. 248 s.

<sup>139</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

<sup>140</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 17.

<sup>141</sup> Pour des précisions, cf. CPC-JEANDIN, art. 308 N 12 ss.

habilités à représenter les parties, pour autant que le droit cantonal le prévoie pour la dernière catégorie (*supra*, N 72 et 77).

#### 4. Représentants commerciaux

82. Le statut procédural des représentants commerciaux d'une personne morale n'est pas aisé à déterminer. Ils ne sont en effet pas des organes de la société, mais, comme leur nom l'indique, ses représentants. Aussi, à strictement parler, les art. 54 et 55 CC ne les concernent pas<sup>142</sup>. Leur légitimité procédurale repose dès lors sur les règles relatives à la représentation des parties en procédure, inscrites à l'art. 68 CPC. Se pose alors la question de savoir à quelle catégorie visée par cet article on peut rattacher de tels représentants.
83. Sur la base des conditions développées *supra* (N 65 ss), on doit constater que les représentants commerciaux n'entrent pas dans la catégorie de représentants professionnels au sens de l'art 68 al. 2 CPC, dans la mesure notamment où ils ne traitent pas de dossiers pour des tiers, mais uniquement pour leur entreprise. Seule est dès lors envisageable la représentation en justice fondée sur l'art. 68 al. 1 CPC.
84. Cependant, et toujours en se rapportant aux considérations émises *supra* (N 64), on constate que la notion de représentant commercial ne peut pas non plus entrer dans celle de personne de confiance agissant *à titre-non professionnel*, dès lors qu'il paraît peu probable qu'un tel représentant assume cette fonction de manière philanthropique. La conséquence peut être lourde, certains auteurs, que nous rejoignons, considérant qu'une représentation professionnelle en justice qui ne se fait pas sous l'une des formes comprises à l'al. 2 de l'art. 68 CPC entraîne l'invalidité des actes effectués par le représentant, faute de capacité de postuler<sup>143</sup>. C'est d'ailleurs la solution retenue par l'*Obergericht* zurichois dans la situation présentée ci-dessus<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 33.

<sup>143</sup> Kuko ZPO-DOMEJ, art. 68 N 10 *in fine* ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6a.

<sup>144</sup> ZH OGer [02.04.2013] RA 120014.

85. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur cette problématique de légitimité procédurale des fondés de procuration et des mandataires commerciaux ayant reçu un pouvoir spécial, se contentant de retenir qu'ils étaient habilités à effectuer tous les actes juridiques qui étaient dans l'intérêt de l'entreprise, au nombre desquels se trouve la représentation en justice<sup>145</sup>.
86. La doctrine n'est pas fermement arrêtée. Selon OTTOMANN, il convient de déterminer si le *fondé de procuration* dispose de la qualité d'organe de fait, auquel cas il représenterait la société en qualité d'organe. Dans le cas contraire, il faudrait le qualifier de représentant conventionnel. Il serait dans ce cas soumis aux conditions procédurales (alors cantonales) de représentation en justice<sup>146</sup>. Rejetant cette théorie, EGGER estime quant à lui que le pouvoir de représenter la société en procédure relève de l'art. 459 CO, et donc du droit matériel, tout comme l'art. 718a CO serait la disposition légitimant les administrateurs à représenter la société en justice<sup>147</sup>. S'agissant des *mandataires commerciaux*, EGGER expose que, s'ils sont au bénéfice d'une procuration spéciale pour plaider au sens de l'art. 462 al. 2 CO, leur pouvoir de représentation en procédure est de nature contractuelle (*Rechtsgeschäftlicher Vertreter*; formalisé par une procuration)<sup>148</sup>.
87. L'approche d'OTTOMANN est convaincante. Il est nécessaire de bien dissocier l'existence et l'étendue des pouvoirs des représentants découlant du droit matériel de l'autorisation accordée par le droit procédural de représenter autrui devant les tribunaux dans le cadre d'une procédure. La *capacité de postuler* (ou capacité de revendiquer; *Postulationsfähigkeit*) est ainsi une notion procédurale qui détermine qui peut accomplir en justice les formalités du procès, que ce soit en son nom propre ou au nom d'autrui. Lorsque lesdits actes sont accomplis par une personne en son nom propre, la capacité de postuler se

---

<sup>145</sup> TF 4D\_2/2013 du 1<sup>er</sup> mai 2013, consid. 2, *in*: RSPC 2013 293 avec note de BOHNET.

<sup>146</sup> OTTOMANN (n. 69), p. 65 s.

<sup>147</sup> EGGER (n. 64), N 173 à 175.

<sup>148</sup> EGGER (n. 64), N 178, qui, sans autre explication, reprend à son compte l'approche d'OTTOMANN (n. 69), p. 67 et n. 19.

confond en principe avec la capacité d'ester. Lorsque l'on est en présence d'une représentation pour autrui, il faut certes que le représentant bénéficie de pouvoirs spéciaux, contenus dans une procuration, mais également que la loi de procédure lui ouvre la salle d'audience<sup>149</sup>.

88. C'est précisément ce que fait l'art. 68 CPC, qui détermine de manière exhaustive le cercle des personnes habilitées à représenter autrui en procédure. Ces deux composantes, soit l'existence de pouvoirs découlant du droit matériel (par exemple art. 396 ou 459 CO) et le droit d'accès à la représentation en justice (art. 68 CPC), sont les deux faces d'une même pièce et doivent ainsi être obligatoirement réunies pour que la capacité de postuler d'un représentant soit admise.
89. L'art. 396 aCO, modifié ensuite de l'entrée en vigueur du CPC et relatif à l'étendue du mandat, prévoyait d'ailleurs expressément, outre la nécessité de pouvoir spéciaux pour intenter un procès notamment, que « *les règles de la procédure fédérale et cantonale sont réservées* ». Aussi, force est de constater que ce n'est pas le CO, mais bien le CPC, qui permet l'accès aux tribunaux aux représentants de parties, qui doivent par ailleurs et au préalable disposer de pouvoirs découlant du droit matériel.
90. Admettre que le droit matériel aurait également pour effet de permettre la représentation en justice reviendrait en définitive à autoriser n'importe quel représentant détenant des pouvoirs sur la base des art. 32 ss CO à exercer la représentation en justice – à titre professionnel, les représentants non professionnels agissant justement selon ces pouvoirs – qu'il soit avocat, titulaire d'un titre universitaire en droit ou sans connaissance juridique particulière. Entériner une telle solution reviendrait alors à enterrer, *de facto*, le monopole de représentation des avocats, ce qui n'est assurément pas envisagé, à tout le moins par le biais des art. 459 et 462 CO. Si l'on suivait cette approche, l'*Obergericht* zurichois n'aurait d'ailleurs pas pu nier la capacité de revendiquer du consultant juridique, dans la mesure où il n'était pas contesté qu'il disposait bien de pouvoirs de représentation en vertu du droit matériel.

---

<sup>149</sup> BK-ZINGG, art. 59 N 62.

91. Le parallèle effectué par EGGER avec les administrateurs pour fonder la légitimité de la représentation en justice des représentants commerciaux ne convainc pas pour une autre raison : dans la mesure où les administrateurs, à défaut des représentants commerciaux, incarnent la société ils n'exercent ainsi aucune fonction de représentation (art. 55 CC). Au demeurant, on ne comprend pas quelle serait la raison qui pourrait justifier la différence de régime entre les fondés de procuration et les mandataires commerciaux disposant de pouvoirs spéciaux les autorisant à plaider ; en effet, l'inscription des premiers au registre du commerce n'est en soi pas un argument déterminant, puisque l'art. 68 al. 3 CPC prévoit justement que le représentant doit justifier de ses pouvoirs au moyen d'une procuration.
92. Aussi, force est de constater que, sans une modification législative, les fondés de procuration et les mandataires commerciaux ne disposent pas de la capacité de revendiquer lorsque la représentation professionnelle n'est pas libre. Ils peuvent cependant tout à fait être la personne chargée de la gestion d'une procédure au sein de leur entreprise et, à ce titre, contracter un mandat avec un avocat qui représentera le commerce en justice.

#### IV. Notifications

93. Le CPC n'indique pas expressément à quel lieu doivent intervenir les notifications du tribunal (art. 136 ss CPC). Tout comme le prévoit expressément l'art. 39 al. 1 LTF et l'art. 87 al. 1 CPP<sup>150</sup>, elles seront en principe adressées au domicile ou au siège<sup>151</sup> de la personne concernée au sens de l'article 10 CPC<sup>152</sup>.
94. Lorsque le procès porte sur l'activité commerciale ou professionnelle d'un établissement (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou d'une

---

<sup>150</sup> ATF 139 IV 228, consid. 1.1.

<sup>151</sup> Dans ce sens, GASSER/RICKLI, art. 138 N 5 ; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 138 N 5 ; DIKE ZPO-HUBER, art. 138 N 41.

<sup>152</sup> Pour les développements qui suivent : BOHNET/BRÜGGER, La notification en procédure civile suisse, RDS 2010 I 307 et les réf.

succursale (*Zweigniederlassung*), les notifications peuvent selon nous être faites au lieu de l'établissement.

95. Pour la personne morale, et dans le silence du Code, la notification sera en principe adressée à une *personne ayant qualité pour représenter* individuellement ou collectivement la personne morale<sup>153</sup>. S'agissant de l'adresse du siège et de la qualité pour représenter la société, les inscriptions au registre du commerce feront foi selon l'article 933 CO<sup>154</sup>.
96. En pratique, l'envoi est adressé au siège de la personne morale ou au lieu de l'entreprise et est *réceptionné par un employé*, ce qui est admis par l'article 138 al. 2 CPC<sup>155</sup>. Il est en outre envisageable que la notification soit faite à l'adresse privée des représentants légaux<sup>156</sup>. Lorsque la personne morale est en faillite, les procès civils sont automatiquement suspendus (art. 207 LP). Par la suite, les notifications à faire à la personne morale en liquidation sont faites au préposé de l'office ou à l'administrateur de la masse en faillite<sup>157</sup>.
97. Si la personne concernée indique une autre adresse au tribunal, c'est à cette adresse que les actes lui seront notifiés, indépendamment de son domicile légal<sup>158</sup>. Comme le retient le Tribunal fédéral, le destinataire ayant le droit d'indiquer une autre adresse (en Suisse) de notification que son domicile ou sa résidence habituelle, il a le droit, sauf complication particulière, de recevoir les notifications à l'adresse communiquée<sup>159</sup>. Lorsque plusieurs adresses sont indiquées, le tribunal

---

<sup>153</sup> TF 5A\_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. Comp. art. 20 CPC/VD, art. 89 CPC/NE et art. 19 LPC/GE.

<sup>154</sup> Comp. CJ GE SJ 1946 520 ; il s'agit de faits notoires : TF 4A\_261/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013, consid. 4.3, *in* : RSPC 2014 34.

<sup>155</sup> TF 5A\_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. GASSER/RICKLI, art. 138 N 4.

<sup>156</sup> TF 5A\_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. TF 5A\_167/2013 du 29 août 2013, consid. 3.2.1. Comp. CJ GE, SJ 1995 575. En matière de poursuites, voir ATF 125 III 384, JdT 1999 II 148.

<sup>157</sup> Comp. CR LP-JEANNERET/LEMBO, art. 65 N 9.

<sup>158</sup> ATF 139 IV 228, consid. 1.1, et les réf. à divers arrêts non publiés. Comp. TF 5P.24/2007 du 19 mars 2007, RSPC 2007 265 ; TF 7B.164/2005 du 28 septembre 2005, RSPC 2006 156 ; ATF 101 Ia 332.

<sup>159</sup> ATF 139 IV 228, consid. 1.2.

pourra choisir l'une de ces adresses, et notifier tous les actes à la même adresse<sup>160</sup>.

98. En cas d'absence d'un représentant ou d'un employé (art. 138 al. 1 CPC) et de remise d'un avis de retrait, l'acte est *réputé notifié* à l'échéance d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise. Cela suppose cependant que le destinataire *ait dû s'attendre* à recevoir la notification (art. 138 al. 1 *in fine* CPC). Tel n'est pas le cas, pour la mainlevée ou la faillite, de la simple notification d'une poursuite<sup>161</sup>. Ce n'est pas non plus le cas en présence de menace d'un procès. A notre avis, une fois la conciliation tentée sans succès (art. 209 CPC), le défendeur doit s'attendre à la notification de la demande dans le délai légal. Le Tribunal fédéral ne protège pas les cas d'abus de droit du débiteur, lorsqu'il peut être démontré qu'il avait connaissance de l'envoi (par courrier simple envoyé parallèlement, email, ou conversation au téléphone avec le créancier)<sup>162</sup>.
99. S'il n'est pas possible d'atteindre le destinataire par la voie du pli recommandé, le tribunal doit opter pour une *autre voie de notification avec accusé de réception*. Faute d'huissier ou d'employé du greffe auquel cette tâche aurait été dévolue, il s'agira souvent de notifications par la police<sup>163</sup>.

## V. Présence aux audiences

100. Les diverses procédures organisées par le CPC comprennent, parfois de manière obligatoire, parfois de manière facultative, des audiences devant le tribunal. Se pose dès lors la question de la présence personnelle d'une personne morale ou d'une entreprise en audience.

---

<sup>160</sup> ATF 101 Ia 332.

<sup>161</sup> ATF 138 III 225, consid. 3.1, et les réf. ; TF 5A\_167/2013 du 29 août 2013, consid. 3.2.2 ; TF 5D\_130/2011 du 22 septembre 2011, consid. 2.

<sup>162</sup> TF 5A\_172/2009 du 26 janvier 2010, consid. 5, auquel renvoie l'ATF 138 III 225, consid. 3.1

<sup>163</sup> BK ZPO-FREI, art. 138 N 5 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 138 N 1.

### ***A. Devant l'autorité de conciliation***

101. Une audience intervient nécessairement en procédure de conciliation (art. 203 CPC). Si le demandeur y fait défaut, la requête est réputée retirée (art. 206 al. 1 CPC), alors que la conciliation est réputée avoir échoué en cas d'absence du défendeur (art. 206 al. 2 CPC). La présence personnelle des parties est exigée (art. 204 al. 1 CPC), à moins d'un domicile hors canton ou à l'étranger ou d'empêchement pour cause de maladie, d'âge ou d'un autre juste motif (art. 204 al. 3 CPC).
102. Si une autorisation de procéder est délivrée alors que le demandeur n'a pas comparu personnellement, la demande doit être déclarée irrecevable, faute de réunir une *condition de recevabilité*<sup>164</sup>. La conséquence du défaut étant grave pour le demandeur<sup>165</sup>, il convient d'être attentif à la présence correcte d'une personne morale en conciliation.
103. Le Tribunal fédéral retient que l'exigence d'une présence personnelle en audience vaut également pour la personne morale<sup>166</sup>. Elle doit permettre un échange personnel entre les parties avant le dépôt de la demande en justice<sup>167</sup>. Pour que la tentative de conciliation puisse atteindre son but, il faut que les personnes *ayant la possibilité de disposer de l'objet du litige* soient présentes<sup>168</sup>.
104. Dès lors, il convient que la personne morale compareaisse par un organe, qui exprime sa volonté (*supra* N 34 ss)<sup>169</sup> ou à tout le moins selon le Tribunal fédéral, par une *personne munie d'une procuration commerciale*, autorisée à conduire le procès et connaissant la cause<sup>170</sup>. Le

---

<sup>164</sup> ATF 140 III 27, consid. 5 ; 139 III 273, consid. 2.3 ; ATF 140 III 155, consid. 3. Il n'y a pas de recours contre l'autorisation de procéder délivrée à tort.

<sup>165</sup> Pour un exemple récent, voir ATF 140 III 155.

<sup>166</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3.

<sup>167</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3.

<sup>168</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3 : « Art. 204 Abs. 1 ZPO zielt in diesem Sinne - wie das Schlichtungsverfahren überhaupt - darauf ab, diejenigen Personen zu einer Aussprache zusammenzubringen, die sich miteinander im Streit befinden und die über den Streitgegenstand auch selber verfügen können ».

<sup>169</sup> ATF 112 II 172, consid. II/2c, JdT 1986 I 574.

<sup>170</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3.

pouvoir de transiger est essentiel<sup>171</sup>. Cela signifie à notre sens que la personne munie de pouvoirs ne doit pas avoir à se référer à un tiers pour se prononcer sur une offre. Si elle doit s'en référer, elle ne dispose pas de pouvoirs suffisants pour exprimer la volonté de la personne morale.

105. Il peut donc s'agir, selon le Tribunal fédéral, d'un *fondé de procuration* inscrit au registre du commerce (art. 458 CO), mais aussi d'un *mandataire commercial* muni d'une procuration (art. 462 CO)<sup>172</sup>, auquel toutes les affaires de l'entreprise, ou certaines opérations déterminées ont été confiées. Il a besoin d'un pouvoir spécial pour représenter l'entreprise en justice (art. 462 CO)<sup>173</sup>. Les pouvoirs peuvent aussi ne concerner qu'un établissement secondaire, par exemple une succursale<sup>174</sup>. Si l'on suit cette approche, cela signifie que la comparution en personne n'est pas nécessairement une comparution par un organe, ce qui peut paraître surprenant, et qui s'explique sans doute par un besoin de souplesse. Le législateur l'a prévu pour le droit du bail et du travail. Cet élargissement prétorien pour toute personne morale est discutable et ne semble pas avoir été murement réfléchi.
106. En cas de *pouvoirs de représentation à deux*, soit la procuration est élargie pour l'occasion (par des personnes disposant du pouvoir de représenter<sup>175</sup>), soit deux représentants sont présents, soit l'intéressé est

---

<sup>171</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.4 : « Diese Bestimmung verlangt jedenfalls, dass die für eine juristische Person als Partei an der Schlichtungsverhandlung anwesende Vertreterin vorbehaltlos und gültig handeln kann. So muss sie insbesondere zum Vergleichsabschluss ermächtigt sein » ; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 204 N 2 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2013, § 20 N19 ; DIKE ZPO-EGLI, art. 204 N 5 ; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT, art. 204 N 3 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 204 N 2.

<sup>172</sup> TF 4D\_2/2013, du 1<sup>er</sup> mai 2013, RSPC 2013 293. BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 2, 21.

<sup>173</sup> TF 4D\_2/2013, du 1<sup>er</sup> mai 2013, RSPC 2013 293 : « est excessivement formaliste et ne respecte pas le principe de la bonne foi le fait de refuser l'octroi d'un délai pour le dépôt de la procuration lorsque les instances précédentes n'ont pas remis en cause les pouvoirs ».

<sup>174</sup> TF 4P.183/2004 du 2 février 2004, consid. 2.3.

<sup>175</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 204 N 2.

accompagné d'un avocat disposant d'un pouvoir de représentation et de la faculté de négocier<sup>176</sup>.

107. Un *avocat* auquel la cause est confiée ne peut pas jouer ce rôle<sup>177</sup>. Celui-ci ne peut qu'assister la partie, et la représenter dans les cas prévus à l'alinéa 3. Il faut cependant réserver le cas dans lequel le titulaire du brevet d'avocat est employé de la personne morale et agit comme organe<sup>178</sup>.
108. Qu'en est-il pour une *raison individuelle* pour laquelle un fondé de pouvoir (art. 458 CO) est inscrit au registre du commerce, ou qui emploie un mandataire commercial (art. 462 CO)? A priori, et en suivant la position du Tribunal fédéral, les mêmes conditions que pour la personne morale<sup>179</sup> doivent être posées : si l'intéressé est autorisé à conduire le procès, connaît la cause et dispose du pouvoir de transiger (*supra*, N 104), la condition de la comparution personnelle de l'entreprise est remplie.

### ***B. Devant le Tribunal***

109. La présence personnelle des parties aux audiences devant le tribunal n'est en principe pas exigée (art. 68 al. 4 CPC, *a contrario* ; sauf en matière de divorce, art. 278 CPC). Le juge peut cependant en décider autrement et ordonner la comparution de personnes représentées (art. 68 al. 4 CPC). Ce sera parfois le cas s'il veut tenter une conciliation (art. 124 al. 3 CPC) et, par définition, s'il veut procéder à l'audition de la partie (art. 191 s. CPC ; cf. *infra* N 120 ss).
110. Si la présence personnelle d'une partie est exigée, son absence injustifiée signifie en principe le défaut<sup>180</sup>. Il a pour effet que la procédure se poursuit malgré son absence (art. 147 al. 2 CPC). Les conséquences du défaut à l'audience de débats principaux sont réglées à

---

<sup>176</sup> Comp. ATF 140 III 27, consid. 4.4.

<sup>177</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3.

<sup>178</sup> ATF 130 II 82, consid. 4.3.2 ; TF 4D\_2/2013, du 1<sup>er</sup> mai 2013, RSPC 2013 293.

<sup>179</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3-4.4.

<sup>180</sup> TAPPY, Les décisions par défaut, *in* : Procédure civile suisse, les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, p. 430.

l'art. 243 CPC : si une partie est absente, le tribunal statue sur la base des actes qui ont été accomplis et il se fonde au surplus, sous réserve de l'art. 153 CPC, sur les actes de la partie comparante et sur le dossier. En cas de défaut des deux parties, la procédure devient sans objet et est rayée du rôle. Les frais judiciaires sont répartis également entre les parties. A notre avis, ces conséquences ne sont pas envisageables si une partie non présente personnellement est représentée à l'audience, même si la partie y a été rendue attentive à l'avance (art. 147 al. 3 CPC)<sup>181</sup>. Manifestement, la procédure peut suivre son cours avec le représentant. Si une partie rend son audition impossible, malgré une nouvelle audience citée pour son audition, elle en subit en revanche les conséquences au stade de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC). De plus les frais entraînés par l'absence d'une partie peuvent être mis à sa charge (art. 108 CPC).

111. Le Tribunal fédéral a dernièrement retenu que le droit d'être entendu ne garantissait pas à une société le droit de pouvoir se faire représenter par un seul administrateur qui suit de près le dossier pour l'ensemble du conseil et du comité d'audit, à tout le moins lorsque l'audience en question en est une de débats principaux, où aucune mesure probatoire n'est prévue et où la comparution personnelle n'est pas exigée<sup>182</sup>.

## VI. Assistance judiciaire

112. Aux termes de l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b). Le Message CPC laisse ouverte la question de l'octroi de l'assistance judiciaire aux *personnes morales*, renvoyant à cet égard à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sur ce thème en vertu des dispositions constitutionnelles (art. 29 al. 3 Cst. ; art. 4 aCst.). Il relève qu'il convient

---

<sup>181</sup> Faute d'une telle information, le défaut demeure sans conséquences, ATF 138 III 568, consid. 3.1.

<sup>182</sup> TF 4A\_617/2013 du 30 juin 2014, consid. 3.

de « réserver à la pratique la possibilité de trouver les solutions qui conviennent aux cas particuliers »<sup>183</sup>.

113. Le Tribunal fédéral exclut en principe l'octroi de l'assistance judiciaire aux personnes morales : seule une personne physique peut se trouver dans une situation d'indigence, alors qu'une personne morale peut tout au plus se trouver dans une situation de surendettement qui l'expose le cas échéant à une déclaration de faillite<sup>184</sup>.
114. La seule exception admise à ce jour est le cas d'une société dont le seul actif fait l'objet du procès, à la condition que tous les intéressés soient sans moyens financiers. Par « intéressé », on comprend toute personne dont les intérêts financiers sont en jeu, donc les organes et actionnaires, mais aussi les créanciers, etc.<sup>185</sup>.
115. Les conditions posées par la jurisprudence seront rarement réunies. Si une personne morale est partie demanderesse et qu'elle a des problèmes de liquidité, son droit d'accès aux tribunaux devrait être garanti par l'octroi de facilités dans le paiement de l'avance de frais, sous forme d'*acomptes mensuels*<sup>186</sup>.
116. Les *sociétés de personnes* (sociétés en nom collectif ou en commandite) ont en revanche droit à l'assistance judiciaire en cas d'indigence de la société et de ses associés indéfiniment responsables. Cela s'explique par le fait que le patrimoine social est en réalité celui des associés, puisqu'ils répondent des dettes de la société personnellement et sur tous leurs biens (art. 568 al. 1 et 594 al. 1 CO)<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> FF 2006 6912.

<sup>184</sup> ATF 131 II 306, consid. 5 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

<sup>185</sup> ATF 131 II 306, consid. 5.2.2 ; 124 I 241, consid. 4d ; 119 Ia 337, SJ 1994 221 ; ATF 116 II 651, JT 1991 I 381 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

<sup>186</sup> Comp. arrêt de principe Corbellini, ATF 85 I 1 ; TF 5P.441/2005 du 9 février 2006, consid. 1.2, 9C\_815/2007 du 20 février 2008, consid. 3.3 et 8C\_375/2009 du 3 juin 2009, consid. 3.1, qui relèvent qu'une partie n'est pas indigente si elle peut s'acquitter de sûretés ou d'une avance de frais par acomptes.

<sup>187</sup> ATF 124 I 241, consid. 4d, JdT 2000 I 130 ; 116 II 652, JdT 1991 I 381 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

## VII. Preuves

117. Le CPC contient en son titre 10 les dispositions relatives aux preuves. L'art. 168 CPC énumère les moyens de preuve admissibles, parmi lesquels on retrouve notamment le témoignage (art. 169 à 176 CPC), les titres (art. 177 à 180 CPC), l'interrogatoire et la déposition des parties (art. 191 à 193 CPC).
118. Le Code contient également des dispositions générales en matière de preuves, relatives notamment à la sauvegarde des d'intérêts dignes de protection (art. 156 CPC), au régime auquel sont soumis les organes d'une personne morale (art. 159 CPC), à l'obligation de déposer conformément à la vérité (art. 160 al. 1 let. a CPC), à l'obligation de déposer les pièces requises (art. 160 al. 1 let. b CPC) ou encore au droit de refuser de collaborer des parties (art. 162 ss CPC) ou des tiers (art. 165 ss CPC).
119. C'est à l'aune des ces différentes dispositions que sera examinée la place de la personne morale dans la procédure probatoire et son obligation de participer à son administration.

### *A. Interrogatoire de la personne morale*

120. L'art. 191 CPC dispose que le tribunal peut entendre l'une, l'autre ou les deux parties sur les faits de la cause et que, dans un tel cas, celles-ci sont exhortées à répondre conformément à la vérité. En cas de mensonge délibéré, des amendes disciplinaires de maximum CHF 2'000.- et de CHF 5'000.- en cas de récidive peuvent être prononcées. Les interrogatoires des parties, bien qu'ils figurent parmi les moyens de preuve du Code, n'auront « en raison de leur auteur, qu'une faible force probante »<sup>188</sup>.
121. A côté de l'interrogatoire des parties, le Code prévoit également (art. 192 CPC) que celles-ci peuvent, d'office, être contraintes de faire une déposition, sous la menace des sanctions pénales (art. 306 CP).

---

<sup>188</sup> Message CPC, FF 2006 6841, N 5.10.3, p. 6934.

## 1. Qualité de partie

122. Lorsqu'une *personne morale* est partie à un procès, ses organes sont traités comme une partie dans la procédure probatoire (art. 159 CPC)<sup>189</sup>. La notion d'organe de l'art. 159 CPC doit ici aussi être comprise dans son acception étroite, à savoir qu'il ne s'agit que des organes exécutifs, à l'exception des organes « législatifs » et de contrôle (*supra*, N 35)<sup>190</sup>.
123. Selon le message, tant les organes formels que les organes de faits doivent être traités en tant que partie, ceci afin de respecter l'unité de l'ordre juridique<sup>191</sup>. Bien que le texte soit clair, certains auteurs<sup>192</sup>, que nous ne suivons pas, remettent en question cette assimilation, arguant qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer si l'on est en présence d'un organe de fait. Ils proposent de ne traiter en tant que tel que les personnes physiques qui revêtent sans aucun doute cette qualité. En l'absence de certitude, elles devraient alors être qualifiées de témoin, le juge pouvant ensuite faire usage de sa liberté d'appréciation (art. 157 CPC) pour tenir compte de la proximité existant entre le témoin et la personne morale afin de considérer les éventuels risques de partialité du témoignage<sup>193</sup>. Le même traitement doit, selon ces mêmes auteurs, être réservé aux personnes physiques ayant manifesté leur position d'organe auprès de tiers qui s'y sont fiés<sup>194</sup>. Ce traitement en tant que partie est toutefois relativisé par BRACHER, selon lequel l'organe d'une société qui a eu connaissance de certains faits en dehors de cette qualité (dans le cadre d'affaires personnelles ou d'une autre activité professionnelle) ne

---

<sup>189</sup> Comp. CPC-SCHWEIZER, art. 159 N 15 ss et BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 3 pour une casuistique.

<sup>190</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 3 à 6.

<sup>191</sup> Message CPC, FF 2006 6841, N 5.10.1, p. 6925.

<sup>192</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 7 et 8, repris par BSK ZPO-GUYAN, art. 159 N 2.

<sup>193</sup> Pour un exemple d'appréciation des preuves en présence d'un témoin éventuellement partial : TF 4A\_181/2012 du 10 septembre 2012, consid. 3, *in* : RSPC 2013 25.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

doit alors pas être considéré, en relation avec ces éléments, comme une partie<sup>195</sup>.

124. Les *sociétés en nom collectif et en commandite* font partie du cercle des personnes morales visées par l'art. 159 CPC, bien qu'elles ne disposent pas de la personnalité juridique<sup>196</sup>.
125. Selon le texte légal, tant l'interrogatoire que la déposition des parties peuvent être ordonnés par le juge. Celui-ci peut toutefois y avoir été invité par les parties<sup>197</sup>.

## 2. Refus de collaborer

126. Le Code prévoit à son art. 163 al. 1 let. a CPC un droit de refus de collaborer à la procédure probatoire des parties lorsque cela aurait pour conséquence d'exposer leurs proches (au sens de l'art. 165 CPC<sup>198</sup>) à une poursuite pénale ou d'engager leur responsabilité civile.
127. Cette disposition (art. 165 CPC) ne s'applique toutefois pas aux personnes morales, mais uniquement aux personnes physiques, dans la mesure où une société n'a pas de « *proches* ». De même, l'organe n'est pas en soi une partie mais est uniquement traité en tant que tel dans le cadre de la procédure probatoire sans être au surplus dans la même position que s'il était lui-même partie<sup>199</sup>. BRACHER estime qu'il doit en aller de même en présence d'une société unipersonnelle<sup>200</sup>.

---

<sup>195</sup> BRACHER, *Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei des Beweiserhebung im Zivilprozess*, Bâle 2011, N 90.

<sup>196</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 2 ; voir également BRACHER (n. 195), N 91.

<sup>197</sup> Comp. RSPC 2005 25 ; d'autant plus désormais puisque la loi de procédure applicable à l'état de fait de cet arrêt ne rangeait pas l'interrogatoire des parties dans la catégorie des moyens de preuve.

<sup>198</sup> CPC-JEANDIN, art. 163 N 9.

<sup>199</sup> BRACHER (n. 195), N 347 ; HOPE, *Aktienrechtliches Einsichtrecht und Prozessuale Mitwirkungspflichten-Mitwirkungsverweigerungsrecht und Berufs- und Geschäftsgeheimnisse*, in : *L'expert comptable suisse*, 2012, pp. 675 ss, p. 676.

<sup>200</sup> BRACHER (n. 195), N 347, qui semble toutefois réserver les cas dans lesquels une levée du voile social doit être opérée, sans toutefois s'en expliquer d'avantage. Il est suivi en cela par RÜETSCHI, BK ZPO, art. 165 N 6 *in fine*.

128. La société en elle-même ne peut pas non plus être un proche et ne pourra ainsi jamais opposer un droit de refus de témoigner dans le cadre du procès d'une société mère, fille, sœur ou d'un de ses sociétaires<sup>201</sup>.
129. On précise qu'une jurisprudence lucernoise admet que le témoignage d'un organe de fait peut être converti en déposition de partie, dans le cadre de la procédure de recours, dans la mesure où la personne interrogée a été rendue attentive, dans sa position de témoin, aux sanctions d'un faux témoignage, qui sont par ailleurs plus sévères qu'en cas de fausse déposition<sup>202</sup>. On peut dès lors se demander quelle est la réelle différence existant entre les deux régimes, dans la mesure où il semble apparemment possible de passer de l'un à l'autre. On constate toutefois qu'une telle conversion ne devrait pas être possible si la preuve récoltée l'a été au titre d'interrogatoire d'une partie alors que la personne interrogée ne revêtait en réalité pas cette qualité et qu'elle aurait dû être entendue en qualité de témoin.

### ***B. Témoignage***

130. L'art. 169 CPC prévoit que toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner des faits dont elle a une *perception directe*<sup>203</sup>. Le faux témoignage est passible de sanctions pénales (art. 171 al. 1 CPC ; art. 307 CP).

#### **1. Qualité de témoin**

131. Il s'agit de procéder par élimination afin de déterminer le cercle des personnes pouvant revêtir la qualité de témoin, où en principe toutes les personnes qui ont la qualité de partie (principale ou accessoire<sup>204</sup>) ne peuvent être témoins.

---

<sup>201</sup> HOPF (n. 199), p. 676.

<sup>202</sup> ZBJV 2012, p. 667 ss.

<sup>203</sup> Sur cette notion, cf. CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 9 et les renvois.

<sup>204</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 5.

132. Ainsi, les fondés de pouvoirs et les mandataires commerciaux doivent, à notre sens, être considérés comme des témoins, au contraire des directeurs, organes de la personne morale (*supra*, N 35 et 122 s).
133. Il convient cependant de faire une distinction en fonction du lien que les parties accessoires ou les consorts ont avec l'objet de la preuve. Ceux-ci peuvent être entendus en qualité de témoin s'ils n'ont pas d'intérêts protégés, de fait ou de droit, dans le procès et qu'ils ne sont pas légitimés relativement à l'action<sup>205</sup>. A titre d'exemple, SCHWEIZER et RÜETSCHI citent en tant que témoin l'avocat d'une partie, le tiers qui finance le procès pour une partie, le dénoncé qui ne procède pas ou le consort formel qui a connaissance de faits relatifs à un chef de conclusion qui ne le touche aucunement (art. 79 al. 2 CPC)<sup>206</sup>.
134. Lorsque c'est une personne morale qui « *a une perception directe des faits* », à savoir que c'est à elle qu'étaient destinées les informations objet d'un procès, et non à ses membres, à ses organes ou à ses employés *ad personam*, ce sont à nouveau ses organes, au sens étroit, qui sont entendus en qualité de témoins (*supra*, N 35)<sup>207</sup>.

## 2. Refus de collaborer

135. Certaines dispositions excluent ou restreignent l'obligation de témoigner. Il s'agit en particulier des art. 165 et 166 CPC et, d'une manière plus générale, de l'art. 156 CPC.
136. La notion de proche étant incompatible avec celle de société, l'art. 165 CPC ne trouve aucune application en cas de procès impliquant une personne morale (*supra*, N 127 s).
137. L'art. 166 CPC énonce diverses hypothèses dans lesquelles un tiers peut refuser de collaborer, notamment lorsque la révélation d'un élément l'exposerait lui-même ou un de ses proches à une poursuite pénale ou risquerait d'engager sa responsabilité civile ou celle de ses proches (al. 1 let. a). Les autres hypothèses ne concernent pas particulièrement le

---

<sup>205</sup> BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 2.

<sup>206</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 5 à 7 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 2.

<sup>207</sup> BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 1.

thème de la présente contribution de sorte qu'il est renvoyé aux commentaires à leur propos. Ce droit de refuser de collaborer est restreint par rapport à celui de l'art. 165 CPC puisqu'il ne s'étend qu'aux faits qui exposeraient le témoin aux risques décrits, et non d'une manière plus large à toute collaboration.

138. La notion de responsabilité civile évoquée à cette disposition recoupe toute action civile qui risque de manière imminente de créer un préjudice patrimonial chez le tiers, qu'il s'agisse de la perte d'une action dans laquelle il est demandeur ou de l'introduction d'une nouvelle procédure à son encontre<sup>208</sup>. Il ne s'agit dès lors pas de la seule responsabilité extra-contractuelle, comme pourrait le laisser penser le texte légal, mais bien de toute action préjudiciable au tiers, qu'elle soit contractuelle, réelle ou successorale par exemple<sup>209</sup>. Le simple risque suffit<sup>210</sup> et le tiers doit rendre cette atteinte potentielle vraisemblable<sup>211</sup>.
139. Les personnes morales sont également titulaires de ce droit de refuser de collaborer lorsqu'elles doivent déposer – par le biais de leurs organes – sur des faits dont elles ont eu connaissance dans l'exploitation de leur activité et qui les exposeraient à des suites pénales ou civiles. L'administrateur unique d'une société appelée à participer à la procédure probatoire ne peut en revanche pas se fonder sur cette disposition pour refuser de témoigner sur des éléments qui l'exposeraient lui-même à ces risques, n'étant pas un proche de la personne morale<sup>212</sup>. Selon BRACHER, le danger abstrait de perte de clientèle en raison de l'obligation de divulguer des pratiques commerciales ne constitue pas un motif pour refuser de collaborer<sup>213</sup>. L'on pourrait imaginer qu'un tiers ayant conclu une convention avec une personne morale relative par exemple à une collaboration scientifique dans le cadre de laquelle il aurait eu connaissance de secret de fabrication et contenant une clause pénale en cas de divulgation

---

<sup>208</sup> ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 19.

<sup>209</sup> BRACHER (n. 195), N 369.

<sup>210</sup> *Ibidem* ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 19.

<sup>211</sup> CPC-JEANDIN, art. 166 N 3.

<sup>212</sup> BSK ZPO, RÜETSCHI, Vor. zu art. 160-167 ZPO.

<sup>213</sup> BRACHER (n. 195), p. 153.

serait fondé à refuser de témoigner dans le procès de son partenaire contractuel s'il devait être entendu sur des faits recouverts par le secret.

140. S'agissant des poursuites pénales, le tiers est fondé à refuser de collaborer lorsqu'il s'exposerait ainsi à l'ouverture d'une instruction. A nouveau, le risque de poursuite est suffisant<sup>214</sup>, ce qui doit être démontré de manière vraisemblable<sup>215</sup>. Les infractions concernées sont aussi bien des crimes que des délits ou des contraventions et peuvent être prévues par le droit fédéral ou cantonal<sup>216</sup>. La sanction encourue doit toutefois être pénale et ne pas revêtir un caractère disciplinaire ou administratif<sup>217</sup>.
141. L'avant-projet du CPC contenait une disposition octroyant le droit de refus restreint de collaborer à toutes les personnes dans la mesure où elles pourraient de ce fait se rendre punissables de la révélation d'un secret (art. 157 al. 1 let. b AP-CPC). L'idée sous-jacente était de protéger le secret des affaires. Cette proposition a toutefois été rejetée pour ne pas créer de discrédence entre le CPC et CPP en relation avec l'art. 321 CP. Aussi, la seule manière pour les tiers de ne pas avoir à révéler leur secret est de rendre vraisemblable que l'intérêt à son maintien est plus grand que celui à l'établissement de la vérité<sup>218</sup>.

### *C. Documents internes de l'entreprise et secrets d'affaires*

142. La production de documents internes ne peut être envisagée que si elle permet la preuve d'un fait juridiquement pertinent et contesté (art. 150 al. 1 CPC)<sup>219</sup>. Cela ne sera pas le cas si le document en question ne porte que sur l'appréciation subjective de la partie sur sa propre cause. Ainsi, la production des notes internes de préparation du procès ne saurait être requise.

---

<sup>214</sup> BRACHER (n. 195), N 368.

<sup>215</sup> CPC-JEANDIN, art. 166 N 3.

<sup>216</sup> BRACHER (n. 195), N 368.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

<sup>218</sup> ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 2.

<sup>219</sup> HOPF (n. 199), p. 676.

143. Une telle production de documents internes peut par ailleurs entrer en conflit avec l'intérêt à la préservation des secrets d'affaire ou de production, en particulier lorsque le litige oppose deux concurrents. Le Code tient compte de cet impératif de discrétion pour les entreprises, en prévoyant, à certaines conditions, un droit de refus de collaborer d'une partie (art. 163 CPC) et la possibilité d'aménager l'administration des preuves pour préserver des intérêts dignes de protection (art. 156 CPC)<sup>220</sup>. S'agissant de la première des deux normes protectrices, il est renvoyé *supra*, N 120 ss.
144. L'art. 156 CPC prévoit que « Le tribunal ordonne les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires ». Le seul exemple évoqué par cette disposition concerne directement les entreprises, mais relevons qu'il ne s'agit pas du seul intérêt à préserver (l'on pense à la sphère privée ou à la santé par exemple<sup>221</sup>).
145. L'art. 156 CPC protège les intérêts d'une partie ou d'un tiers, par exemple un témoin qui risque des mesures de représailles suite à la divulgation de son identité ou qui ne désire pas être confronté à l'une des parties<sup>222</sup>.
146. Contrairement aux droits de refus de collaborer des art. 163 et 165 s CPC, l'art. 156 CPC n'autorise pas à refuser entièrement la collaboration, mais permet uniquement de mettre en place des mesures permettant de garantir la protection des intérêts des parties ou des tiers en ne divulguant pas des informations sensibles à autrui, qu'il s'agisse de la partie adverse, de tiers ou du public<sup>223</sup>.
147. Le secret d'affaire au sens de l'art. 156 CPC est une notion commune au secret commercial et de fabrication de l'art. 162 CP. Le Tribunal fédéral le définit comme suit : « En règle générale, on admet que le

---

<sup>220</sup> HOPF (n. 199), p. 676.

<sup>221</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 6.

<sup>222</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 7 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (n. 171) § 18 N 25 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 11.

<sup>223</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 5 s.

secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise, qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et que l'entrepreneur veut garder secrètes »<sup>224</sup>. La jurisprudence pénale relative à l'art. 162 CP, à laquelle renvoie le Tribunal fédéral, dessine de manière plus détaillée les contours des secrets de fabrication et commerciaux : « Il faut entendre par secrets de fabrication et secrets commerciaux des informations qui peuvent jouer un rôle sur le résultat commercial. Par secrets de fabrication, on entend les recettes et moyens de fabrication qui ne sont pas publics et qui revêtent une grande valeur pour le fabricant ; par secrets commerciaux, on entend la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement, et celles relatives à l'organisation, la calculation du prix, la publicité et la production »<sup>225</sup>.

148. En droit civil, le Tribunal fédéral<sup>226</sup> a considéré que, lorsque que l'employeur prévoit que le salaire de ses employés se détermine notamment en fonction du résultat de l'entreprise, il doit leur permettre d'accéder aux comptes de pertes et profits (art. 322a al. 2 CO). Les risques invoqués, à savoir que la concurrence pourrait ainsi connaître le montant des salaires et débaucher les salariés, ne sont pas suffisants pour faire obstacle à cette obligation.
149. Les mesures à mettre en œuvre pour sauvegarder les intérêts des parties comprennent la limitation du droit de consulter le dossier, que ce soit relativement à certains de ses composants ou à des parties déterminées, le prononcé du huis-clos, le caviardage partiel, l'audition de témoin en l'absence de l'une ou de toutes les parties ou encore l'interdiction de participer à une expertise ou à une vision locale<sup>227</sup>. Il est également possible qu'un expert prenne seul connaissance d'une preuve et qu'il

---

<sup>224</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.2, qui reprend, en matière civile, les notions du secret commercial et des affaires contenues à l'art. 162 CP et 13 let. f et g aLCD définies aux ATF 109 Ib 47, consid. 5c ; 103 IV 283, consid. 2b.

<sup>225</sup> ATF 103 IV 283, consid. 2b.

<sup>226</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.

<sup>227</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, (n. 171), § 18 N 25 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 14 ; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, N 913.

établisse ensuite un rapport contenant les informations pertinentes<sup>228</sup>. On peut aussi envisager que l'avocat de la partie opposée à celle qui invoque un intérêt à protéger soit seul à participer à l'administration de la preuve, tout en promettant de ne pas révéler à son mandant les informations sensibles qui doivent être protégées<sup>229</sup>. La production de documents confidentiels peut toujours être exigée par le tribunal en vertu du secret attaché à l'office du juge. C'est le Tribunal qui ordonne les mesures qu'il estime appropriées, qui doivent être suffisamment motivées<sup>230</sup>.

150. Lors de la mise en œuvre de ces mesures, il est nécessaire de garantir le respect du droit d'être entendu de toutes les parties dans l'administration des preuves, notamment si les documents ne sont transmis qu'au juge ou qu'un témoignage est récolté en l'absence d'une des parties. Ainsi, un procès-verbal renfermant les éléments de l'administration des preuves doit à tout le moins être communiqué à la partie absente, et l'occasion doit lui être donnée de poser des questions supplémentaires<sup>231</sup>.
151. Une telle restriction de la participation de l'une ou des deux parties à l'administration des preuves doit évidemment être admise avec la plus grande réserve<sup>232</sup>.
152. Selon le texte légal, les mesures propres à sauvegarder les intérêts n'ont pas à être demandées par les parties, le juge pouvant décider d'office de les prendre (le tribunal ordonne [...], art. 156 CPC). Il va de soi toutefois que les parties peuvent inviter le tribunal à rendre une décision en ce sens. BRÖNNIMANN tempère cette règle en la destinant uniquement à la sauvegarde d'intérêts de tiers ; il estime que lorsqu'il en

---

<sup>228</sup> TF 4A\_64/2011 et 4A\_210/2011 du 1<sup>er</sup> septembre 2011, consid. 3.3.

<sup>229</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 14 ; HALDY J., La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve, *in* : Leuenberger (éd.), La preuve dans le procès civil, Berne 2000, pp. 101 ss, p. 104.

<sup>230</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 17.

<sup>231</sup> STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, (n. 171), § 18 N 26 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 1 ss.

<sup>232</sup> HOHL, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Berne 2011, N 906.

va des intérêts des parties, celles-ci doivent alléguer en quoi la preuve envisagée les mettrait en péril<sup>233</sup>. La vraisemblance devrait ici être suffisante puisqu'elle l'est dans le contexte du refus de collaborer des parties (art. 163 al. 2)<sup>234</sup>. Cela n'empêche toutefois pas la partie de démontrer de manière circonstanciée quels sont les intérêts mis en péril et en quoi la preuve requise les toucherait<sup>235</sup>.

153. En présence d'un intérêt à la sauvegarde du secret, le juge devra procéder à une pesée des intérêts entre celui-ci et celui des parties à ne pas avoir de restriction dans leur participation à la procédure et leur droit d'être entendu<sup>236</sup>.

### VIII. Conclusion

154. Le traitement procédural des entreprises et des personnes morales n'échappe pas à la règle : si certains aspects font l'objet d'une jurisprudence bien établie, reprise à l'entrée en vigueur du CPC, d'autres sont sous le feu de la rampe depuis 2011 et d'autres encore n'ont pas à ce jour été suffisamment étudiés.
155. Ainsi, le Tribunal fédéral s'est à plusieurs reprises déjà prononcé sur la notion de *tribunal de commerce* de l'art. 6 CPC (*supra*, N 4 ss), pour détailler les règles relatives à la consorité, au type de procédure applicable et au caractère uniquement fédéral de la réglementation sur le tribunal de commerce. S'agissant de la compétence à raison du lieu (*supra*, N 12 ss), les principes établis sous l'égide de la LFors continuent d'être pertinents après l'entrée en vigueur du CPC.
156. Si la manière dont la personne morale participe en tant que partie à la procédure (*supra* N 21 ss et 44 ss) n'est pas nouvelle depuis l'entrée en vigueur du CPC, celle-ci résultant de l'art. 55 CC, on constate cependant que certains aspects, notamment le traitement procédural des *représentants commerciaux*, doivent encore faire l'objet de

---

<sup>233</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 12.

<sup>234</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 8.

<sup>235</sup> ATF 134 III 255, consid. 5 : « Diese hat jedoch hinreichend zu substantiieren, inwiefern solche geheimzuhaltende Informationen vorliegen ».

<sup>236</sup> ATF 113 Ia 1, consid. 4 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 18 ss.

développements (*supra*, N 82 ss). Le Tribunal fédéral ne semble pas avoir approfondi la question jusqu'à présent, admettant apparemment et sans grande discussion qu'ils ont la qualité d'organe et non de représentant. Le sujet mérite toutefois l'attention, sous peine de vider de son sens l'art. 68 al. 2 CPC, qui pose les exigences en matière de représentation à titre professionnel. Toujours en matière de représentation, il apparaît que l'intervention des *mandataires spécialement qualifiés* en matière de droit du bail et de droit du travail devant des juridictions non paritairement composées est exclue en l'état actuel de la législation (*supra*, N 72 ss).

157. Les modalités de la *comparution personnelle* (*supra*, N 100 ss) de la personne morale devront être détaillées. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de préciser si sa jurisprudence relative au choix de la personne comparaisant lors d'une audience de débat sans présence obligatoire des parties doit être étendue aux cas de comparution personnelle. Il faudra aussi déterminer si la condition de comparution personnelle, qui suppose la faculté de transiger librement, est valablement remplie en présence d'un administrateur délégué qui a reçu des instructions de son conseil quant à sa marge de manœuvre pour accepter un accord.
158. L'octroi de l'*assistance judiciaire* (*supra*, N 112 ss) à la personne morale devrait, même si le Message et le texte de la loi laissent la question ouverte, continuer à être admis de manière très restrictive.
159. S'agissant des *notifications* (*supra*, N 93 ss), le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de confirmer que les parties étaient libres d'indiquer une autre adresse de notification que leur domicile. Il a également confirmé que la règle de la notification fictive à l'échéance du délai de garde ne s'appliquait que lorsque le destinataire pouvait s'attendre à recevoir la communication, ce qui n'est pas le cas, pour une mainlevée et une faillite, en présence de la simple notification d'une poursuite.
160. Enfin, au chapitre des *preuves* (*supra*, N 117 ss), il faut retenir que la personne morale n'est pas un proche et n'a pas de proche au sens de l'art. 165 CPC. Elle ne peut dès lors pas se prévaloir des dispositions permettant le refus de collaborer sur cette base. Quant à la notion de sauvegarde d'intérêts dignes de protection, elle devra être précisée, de même que celle du caractère pertinent de la preuve.

161. Nul ne doute que les tribunaux auront l'occasion d'examiner ces différents points dans les années à venir. Leur importance pour le praticien, mais aussi pour la cohérence de notre procédure civile, ne saurait être négligée.



# La personne morale et l'entreprise en procédure pénale

par

Yvan Jeanneret

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Gaétan Droz

Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat

|   |    |
|---|----|
| I. Introduction .....                                     | 57 |
| II. L'entreprise prévenue .....                           | 57 |
| A. Définition de l'entreprise.....                        | 57 |
| B. « La mort » de l'entreprise .....                      | 59 |
| C. Le for de la poursuite .....                           | 60 |
| D. Les droits et devoirs procéduraux de l'entreprise..... | 62 |
| E. Le représentant de l'entreprise.....                   | 64 |
| 1. Généralités .....                                      | 64 |
| 2. La personne du représentant.....                       | 65 |
| 3. Désignation et révocation du représentant.....         | 66 |
| 4. L'autonomie du représentant .....                      | 67 |
| 5. La rémunération du représentant .....                  | 69 |
| F. Les mesures de contrainte .....                        | 69 |
| G. La poursuite et le jugement.....                       | 72 |
| H. La révision.....                                       | 75 |

|  |     |
|--|-----|
| III. L'entreprise partie plaignante.....   | 76  |
| A. Les notions de lésé et de partie plaignante .....   | 76  |
| B. L'entreprise lésée.....   | 80  |
| 1. Généralités .....   | 80  |
| 2. Casuistique .....   | 81  |
| a) <i>Infractions contre le patrimoine</i> .....   | 81  |
| b) <i>Infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes</i> .....                       | 83  |
| c) <i>Infractions contre le marché des capitaux</i> .....                                      | 84  |
| d) <i>Infractions contre l'honneur</i> .....   | 85  |
| e) <i>Infractions contre le domaine secret ou privé</i> .....                                  | 86  |
| C. La qualité de partie plaignante des entités dépourvues de la<br>personnalité juridique..... | 87  |
| 1. Généralités .....   | 87  |
| 2. Casuistique .....   | 87  |
| D. Le dépôt de la plainte pénale.....  | 90  |
| E. Le droit à l'assistance judiciaire des personnes morales.....                               | 93  |
| IV. Le statut des autres membres et représentants de l'entreprise.....                         | 95  |
| A. Les membres de l'entreprise prévenue .....  | 95  |
| B. Les organes et collaborateurs de la personne morale plaignante....                          | 97  |
| V. L'expert : un monopole de la personne physique .....  | 99  |
| VI. Conclusion.....  | 100 |

## I. Introduction

1. La personne morale et l'entreprise. En d'autres temps, ce sujet, discuté dans une optique de procédure pénale, aurait été traité de manière très « civiliste », puisque prévalait l'adage *societas delinquere non potest*, réservant aux seules personnes physiques<sup>1</sup> le monopole du rôle, certes peu enviable, de prévenu. Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2003<sup>2</sup>, le Code pénal suisse a ouvert ses portes à l'entreprise dans le cercle des auteurs potentiels d'infractions. Par ailleurs, l'entrée en vigueur en 2011 du Code de procédure pénale a renforcé la position du lésé et a précisé et unifié ses contours et ses limites. Dès lors, en 2014, nous allons pouvoir examiner le statut procédural de l'entreprise dans la procédure pénale, dans tous les rôles envisageables dans un procès pénal, soit, singulièrement, ceux de prévenu et de partie plaignante.

## II. L'entreprise prévenue

### A. Définition de l'entreprise

2. Il importe d'apporter d'emblée une clarification terminologique, dans la mesure où le titre de cette contribution pourrait être source de confusion. Le sujet de la responsabilité pénale n'est pas la personne morale, par opposition à la personne physique, mais l'entreprise, deux concepts qui ne se recourent pas<sup>3</sup>.
3. L'entreprise est une notion autonome de droit pénal définie à l'art. 102 al. 4 CP, au sein de laquelle se trouvent, notamment, les personnes morales, aux côtés d'autres structures juridiques. Le droit pénal ne donne pas de définition abstraite de l'entreprise, mais

---

<sup>1</sup> Un régime de responsabilité pénale des personnes morales existait précédemment, certes dans une mesure limitée, par le jeu de l'art. 7 DPA.

<sup>2</sup> Introduit par le ch. I/1 de la Loi fédérale du 21 mars 2003 sur le financement du terrorisme (RO 2003 3043 3047 ; FF 2002 5014).

<sup>3</sup> Précisons que nous laissons délibérément de côté le régime spécifique de la responsabilité pénale de la personne morale et de certaines autres entités juridiques défini à l'art. 7 DPA.

réunit sous ce vocable des structures juridiques de droit privé dont la loi donne une énumération exhaustive<sup>4</sup>.

4. Sont donc des entreprises les personnes morales de droit privé (let. a), soit, selon le *numerus clausus* de celles-ci les associations (art. 60 ss CC), les fondations (art. 80 ss CC), la société anonyme (art. 620 ss CO), la société en commandite par actions (art. 764 ss CO), la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO), la société coopérative (art. 828 ss CO) et les entités juridiques réglées par le droit cantonal selon l'art. 59 al. 3 CC. Le sont également les personnes morales de droit public (let. b), à l'exclusion des corporations territoriales ; cette énumération inclut les établissements publics dotés de la personnalité morale, comme les Universités, les Ecoles polytechniques fédérales, la SUVA, les fondations de droit public ou les régies publiques, mais exclut la Confédération, les cantons et les communes<sup>5</sup>. Sont encore des entreprises les « sociétés » (let. c), terme qui comprend la société en nom collectif (art. 552 ss CO), la société en commandite (art. 594 ss CO) et la société simple (art. 530 ss CO). Enfin, l'art. 102 al. 4 let. d CP réserve à l'entreprise individuelle (art. 934 CO et 36 ss ORC) le statut d'entreprise au sens pénal du terme, définition qui pose des difficultés considérables en terme de respect du principe *ne bis in idem*, puisque la même personne physique est alors susceptible d'être sanctionnée deux fois<sup>6</sup>.
5. Les entités analogues organisées selon le droit étranger peuvent aussi constituer des entreprises au sens de l'art. 102 al. 4 CP ; les

---

<sup>4</sup> CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 4 ; BSK Strafrecht I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 368-369 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 7 ; NIGGLI/MAEDER, Unternehmenstrafrecht, in Ackermann/Heine (édit.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Berne 2013, § 8 N 30-31 ; JEANNERET, La responsabilité pénale de l'entreprise et la circulation routière, PJA 2004 917, p. 919.

<sup>5</sup> CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 9-12 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 36-37 ; DUPUIS et AL., Petit commentaire du Code pénal, art. 102 N 6 ; BSK Strafrecht I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 389-396.

<sup>6</sup> Sur cette thématique cf. notamment : NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 41-43 et 81-83 ; JEANNERET, PJA 2004 (n. 4), 919 ; GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Zurich 2006, p. 408.

art. 150 ss LDIP s'appliqueront, notamment l'art. 154 LDIP s'agissant de déterminer le droit permettant de déterminer les conditions d'existence et le statut juridique des sociétés étrangères<sup>7</sup>.

6. Lorsqu'une entité juridique répond à la définition de l'entreprise de l'art. 102 al. 4 CP, elle est la cible possible d'une procédure pénale en occupant le statut de prévenu, pour autant que l'autorité pénale nourrisse à son encontre des soupçons d'infraction au sens de l'art. 111 CPP.

### ***B. « La mort » de l'entreprise***

7. Lorsque le prévenu est une personne physique, on retient comme principe fondamental que la mort constitue un obstacle absolu à la poursuite pénale, laquelle doit aussitôt être interrompue par une décision de classement rendue selon l'art. 319 al. 1 let. c CPP<sup>8</sup>.
8. L'entreprise qui disparaît en raison d'une faillite ou d'une liquidation volontaire cesse d'être un sujet de droit pénal que l'on peut poursuivre, à l'instar de la mort d'une personne physique qui constitue un obstacle absolu à l'exercice de l'action pénale<sup>9</sup>; la procédure doit donc être classée en application de l'art. 319 al. 1 let. c CPP. En raison du principe de la personnalité des peines découlant de la présomption d'innocence garantie à l'art. 6 § 2 CEDH<sup>10</sup>, il est exclu de faire « hériter » à titre individuel, les personnes physiques subsistantes, par exemple l'ancien actionnaire

---

<sup>7</sup> CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 24 ; BSK Strafrecht I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 421-422 ; dubitatif sur l'application de l'art. 102 CP à des entreprises étrangères : SCHMID, Praxiskommentar, art. 36 N 7.

<sup>8</sup> CR CPP-ROTH, art. 319 N 11 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, CPP : Code de procédure pénale, Bâle 2013, art. 319 N 17 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zurich, 2010, art. 319 N 25.

<sup>9</sup> CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 85 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 32 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 112 N 4-5 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 4.

<sup>10</sup> ACEDH A.P., M.P. et T.P. c/ Suisse du 29 août 1997 (req. 71/1996/690/882), § 48.

d'une société liquidée<sup>11</sup>, des infractions commises par l'entreprise elle-même<sup>12</sup>. Demeure évidemment réservée la poursuite des infractions commises personnellement par ces personnes physiques, à commencer par l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP) dont certains auteurs recommandent l'application, notamment en cas de liquidation volontaire ayant pour objectif de faire échouer les poursuites pénales menées contre l'entreprise<sup>13</sup>, sous réserve de la problématique de l'autofavorisation impunissable (cf. *infra* N 15).

9. Toutefois, l'entreprise qui change de forme juridique ou simplement de raison sociale ou qui disparaît ensuite d'une opération de fusion, d'absorption ou de scission, ne disparaît pas, mais continue d'exister – et partant d'être un sujet de droit pénal – dans la nouvelle forme ou structure qui est la sienne<sup>14</sup>. En revanche, la cession d'une entreprise en raison individuelle à un tiers met un terme à l'existence de cette entreprise, laquelle sera radiée au profit d'une nouvelle inscription en faveur du cessionnaire, avec un nouveau numéro d'identification au registre du commerce (art. 39 al. 1 et 4 ORC).

### ***C. Le for de la poursuite***

10. Le for de la poursuite de l'entreprise est soumis à une règle spéciale élaborée à l'art. 36 al. 2 CPP ; en principe, l'entreprise est poursuivie devant l'autorité pénale de son siège déterminé selon l'inscription au registre du commerce ou selon l'art. 56 CC<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Le même raisonnement sera suivi lorsque l'actionnaire subsistant est une personne morale, par exemple dans le contexte d'une société holding.

<sup>12</sup> CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 89.

<sup>13</sup> CASSANI, Droit pénal économique, 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption), *in* : La pratique de l'avocat 2005, 685 ; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 89 ; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. II, Berne 2010, art. 305 N 6.

<sup>14</sup> CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 87-88 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 32 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8) art. 112 N 4-5 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 4 ; plus critique : BSK StPO-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 450-452 ; GARBARSKI (n. 6) 425.

<sup>15</sup> SCHMID, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zurich 2013, N 476.

11. Concrétisant le principe de l'unité de la procédure consacré à l'art. 29 CPP, les art. 36 al. 2 *in fine* et 112 al. 4 CPP disposent que la personne physique à qui l'on reproche les mêmes faits ou des faits connexes peut être poursuivie dans le cadre de la procédure ouverte au siège de l'entreprise, deux procédures distinctes demeurant toutefois possibles<sup>16</sup>. Selon la jurisprudence<sup>17</sup>, cette règle permettant d'attirer une personne physique au for de la poursuite dirigée contre l'entreprise ne s'appliquerait que dans les hypothèses de l'art. 102 al. 2 CP, lorsque personne physique et entreprise sont poursuivies concurremment pour l'une et/ou l'autre des infractions visées par cette disposition. SCHMID<sup>18</sup> envisage également, à raison, le cas de la responsabilité subsidiaire de l'art. 102 al. 1 CP, lorsque la situation est incertaine et que la procédure doit permettre de déterminer si l'infraction peut ou non être imputée à une personne physique. La doctrine<sup>19</sup> admet qu'en application analogique du principe consacré à l'art. 26 al. 3 CPP, le for déterminé au siège de l'entreprise devant lequel est attirée la personne physique doit être maintenu pour juger et poursuivre cette dernière, même si, en cours de procédure, il s'avère que l'entreprise est finalement mise hors de cause.
12. Enfin, l'art. 36 al. 3 CPP renvoie aux règles ordinaires en matière de fixation du for (art. 31 à 35 CPP), lorsque celui-ci ne peut pas être fixé selon les règles des al. 1 et 2 de l'art. 36 CPP. Tel sera singulièrement le cas lorsqu'une poursuite est menée à l'encontre d'une entreprise ayant son siège à l'étranger<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 61.

<sup>17</sup> TPF 2012 62, c. 2.

<sup>18</sup> SCHMID, Handbuch (n. 15), N 476 nbp 208.

<sup>19</sup> NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 112 ; BSK StPO-MOSER, art. 36 N 4 ss ; SCHMID, Handbuch, N 476 nbp 208 ; SCHMID, Praxiskommentar, art. 36 N 4.

<sup>20</sup> SCHMID, Handbuch (n. 15), N 476, BSK Strafrecht I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 443.

### ***D. Les droits et devoirs procéduraux de l'entreprise***

13. Le CPP ne consacre que quelques dispositions au statut de l'entreprise prévenue (art. 36, 112, 178 let. g et 265 al. 2 let. c CPP). Il en découle qu'en principe, l'entreprise prévenue dispose des mêmes droits et devoirs que la personne physique occupant ce statut procédural, y compris les garanties découlant de l'art. 6 CEDH, le cas échéant appliqués *mutatis mutandis* pour tenir compte des spécificités de l'entreprise<sup>21</sup>. Ainsi, de manière générale, l'entreprise bénéficie de la présomption d'innocence dont découle notamment le droit de se taire et de ne pas s'incriminer, le droit d'être informé des charges et des droits procéduraux, le droit d'être entendu incluant le droit d'accès au dossier, le droit aux débats contradictoires, le droit à l'assistance d'un conseil juridique, voire d'un interprète, le droit de requérir l'administration de preuves, le droit de recevoir notification des décisions et le droit d'interjeter recours. L'entreprise aura également le devoir d'être présente aux audiences, sauf dispense, et de se soumettre aux mesures de contrainte. Tous ces droits et devoirs seront incarnés et exercés par le représentant désigné selon l'art. 112 al. 1-3 CPP<sup>22</sup>.
14. Comme tout prévenu, l'entreprise a également droit à l'assistance d'un conseil juridique selon les art. 127 ss CPP, distinct de son représentant pénal<sup>23</sup>. Les cas de défense obligatoire de l'art. 130 let. b à e CPP<sup>24</sup> peuvent aussi être appliqués<sup>25</sup> *mutatis mutandis*, à

---

<sup>21</sup> SCHMID, Praxiskommentar, art. 112 N 2 ; SCHMID, Handbuch (n. 15), N 676 et 681 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 112 N 2-3 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 104-110 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 63 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 2 et 14 ; PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, Zurich 2011, N 762 ; GARBARSKI (n. 6), 423 ; BSK Strafrecht I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 446 ; CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 33 ; MACALUSO, Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 2005, 85-86 et 88-94.

<sup>22</sup> TF 6B\_1069/2010 du 17 août 2011, consid. 3.

<sup>23</sup> BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 37.

<sup>24</sup> La litt. a qui fait référence à la détention provisoire n'a pas lieu d'être s'agissant d'une entreprise.

<sup>25</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 112 N 9 ; DONATSCH/HANSJAKOB/

l'entreprise, lorsque la peine encourue à raison de l'infraction sous-jacente est une peine privative de liberté de plus d'un an (let. b), lorsque le représentant pénal de l'entreprise n'est manifestement pas en état d'exercer seul une défense adéquate (let. c) ou encore lorsque le Ministère public intervient devant les tribunaux (let. d) ou en cas de procédure simplifiée (let. e). Le droit à l'assistance, le cas échéant gratuite, d'un défenseur garanti par l'art. 6 § 3 let. c CEDH et désigné d'office<sup>26</sup> dans le contexte de l'art. 132 CPP existe aussi en faveur de l'entreprise, par exemple lorsqu'elle est insolvable. Toutefois, il faut retenir, au regard de l'art. 127 al. 3 CPP, que le même avocat ne peut pas défendre un organe personne physique et l'entreprise elle-même, tous deux prévenus, en raison d'un conflit d'intérêts concret<sup>27</sup>.

15. S'agissant du droit de ne pas collaborer qui est exercé par le représentant pénal de l'entreprise dans la procédure, il en découle que ce dernier, à l'instar du prévenu personne physique, peut entreprendre des actes d'autofavorisation (i.e. de favorisation de l'entreprise) sans encourir les sanctions de l'art. 305 CP, sous réserve de la commission d'une autre infraction comme la création d'un faux dans les titres (art. 251 CP)<sup>28</sup>. Dès lors des démarches entreprises par le représentant de l'entreprise tendant à la disparition de l'entreprise, par exemple par une liquidation, ne pourront pas lui être reprochées au titre de l'art. 305 CP, contrairement aux autres organes (cf. *supra* N 8), sous réserve d'un acte de co-favorisation également impunissable<sup>29</sup>, notamment lorsque l'organe considéré est aussi poursuivi à titre personnel. Il en va de même des actes de favorisation accomplis par des autres membres de l'entreprise qui

---

LIEBER (n. 8), art. 112 N 8 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 107 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 38.

<sup>26</sup> BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 39 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), p. 86 (évoque le droit à la défense d'office).

<sup>27</sup> DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 8 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 107 ; BSK Strafrecht I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 445 ; TPF BB.2006.131, consid. 4.2.

<sup>28</sup> BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 73 et 76.

<sup>29</sup> ATF 102 IV 29, consid. 1a.

concourent, au titre d'une participation accessoire (instigateur ou complice), à l'acte d'autofavorisation de l'entreprise<sup>30</sup>.

## ***E. Le représentant de l'entreprise***

### **1. Généralités**

16. L'entreprise n'ayant, généralement<sup>31</sup>, pas d'existence corporelle, le législateur a imposé à celle-ci, lorsqu'elle est prévenue, d'être incarnée à la procédure par un représentant unique qui sera le seul interface entre les autorités pénales et l'entreprise (art. 112 al. 1 CPP) ; une représentation collective est exclue<sup>32</sup>.
17. Comme évoqué précédemment (cf. *supra* N 13 ss), ce représentant exerce les droits procéduraux de l'entreprise prévenue. Le représentant n'est pas lui-même prévenu des infractions en cause, son rôle se bornant à défendre les intérêts de la société poursuivie, en agissant au nom et pour le compte de celle-ci ; il n'est pas partie au procès à titre personnel<sup>33</sup>.
18. Lorsque l'autorité pénale procède à l'audition du représentant, ce dernier est entendu avec le statut de personne appelée à donner des renseignements (art. 178 let. g CPP)<sup>34</sup> ; rappelons qu'il dispose du droit de ne pas collaborer au nom de l'entreprise prévenue (art. 113 CP ; cf. *supra* N 13) et ne peut pas faire l'objet de mesure de contrainte à titre personnel (cf. *infra* N 31 ss).

---

<sup>30</sup> ATF 115 IV 230, consid. 2.

<sup>31</sup> L'entreprise individuelle se confond avec la personne physique titulaire de la raison de commerce.

<sup>32</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 5 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 20 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), p. 83.

<sup>33</sup> TF 6B\_1069/2010 du 17 août 2011, consid. 3.2

<sup>34</sup> SCHMID, Praxiskommentar, art. 112 N 4 et 178 N 15, NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 105 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 16.

## 2. La personne du représentant

19. En principe, l'art. 112 al. 1 CPP précise que le représentant doit être une personne « autorisée à représenter la société en matière civile sans aucune restriction ». Il s'agira donc, par exemple, de l'administrateur d'une société anonyme ou coopérative, l'associé d'une société simple, l'associé gérant d'une société en nom collectif ou d'une société à responsabilité limitée, le membre de la direction d'une fondation, le membre du comité d'une association, le liquidateur ou l'administrateur de la masse en faillite, mais aussi un directeur<sup>35</sup>. En revanche, il n'est pas possible de désigner un tiers, simple mandataire extérieur (sous réserve de l'art. 112 al. 3 CPP) ou un organe de fait<sup>36</sup>. De même d'autres organes comme l'assemblée générale ou l'organe de révision n'ont évidemment pas vocation à être désignés comme représentant<sup>37</sup>. Le fait que l'organe désigné ne dispose par exemple que d'une signature collective à deux ne fait pas obstacle à sa désignation comme représentant, par l'organe social compétent<sup>38</sup>.
20. Toutefois, dans le cas particulier de l'art. 112 al. 3 CPP, lorsqu'il n'existe plus de représentant au sens de ce qui a été défini *supra*, il est possible de désigner une autre personne, comme un employé, voire un tiers externe<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 10-12 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 82 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 24-35 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 5.

<sup>36</sup> BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 22 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 100 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 82.

<sup>37</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 10 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 24.

<sup>38</sup> BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 22.

<sup>39</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 30 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 82 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 58 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 10. Sur la faculté de désigner à cet effet un avocat comme représentant : JEANNERET, L'avocat représentant l'entreprise inculpée, *in* : Défi de l'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, p. 441, not. 459 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 58 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 11 ; SCHMID, Handbuch (n. 15), N 678 nbp 79.

21. Les pouvoirs du représentant sont donc considérables, puisqu'il agit seul dans les rapports de l'entreprise avec la justice pénale et que ses pouvoirs excluent, par symétrie, toute intervention directe des autres organes. C'est lui qui avoue, nie, requiert des actes d'instruction, accède au dossier, est convoqué aux audiences, décide de recourir contre un jugement ou y renonce. En d'autres termes, dans le contexte de la procédure et à l'égard de l'autorité pénale, le représentant devient une sorte d'administrateur délégué exclusif doté des pleins pouvoirs<sup>40</sup>.

### 3. Désignation et révocation du représentant

22. En principe, ce sont les organes compétents de l'entreprise qui désignent et révoquent librement le représentant en le choisissant parmi les personnes autorisées au civil à représenter l'entreprise<sup>41</sup>. Cette liberté n'est restreinte que par l'art. 112 al. 3 CPP, tant que le représentant ne peut pas être une personne physique elle-même prévenue à raison des mêmes faits ou de faits connexes.
23. Le processus de désignation doit être enclenché aussitôt que l'autorité de poursuite pénale nourrit les soupçons qui font que l'entreprise acquière le statut de prévenu. Cette désignation peut déjà s'imposer au stade de l'investigation policière si l'entreprise est soupçonnée et doit être entendue. Le délai de mise en demeure d'avoir à désigner un représentant peut déjà être fixé par la police au cours de l'investigation policière, en amont de l'ouverture de l'instruction ; en revanche, si l'entreprise n'obtempère pas dans le délai fixé, la désignation ne peut intervenir qu'après l'ouverture de l'instruction, par décision de la direction de la procédure qui choisira parmi les personnes ayant la capacité de représenter l'entreprise au civil (art. 112 al. 2 CPP)<sup>42</sup>. La doctrine<sup>43</sup> évoque comme adéquat un

---

<sup>40</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 13-15 ; PIQUEREZ/MACALUSO (n. 21), N 766 ; StPO-ENGLER, art. 112 N 81 ; JEANNERET, *Mélanges Burger* (n. 39), p. 450 ss.

<sup>41</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 16 et 19 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 83-84 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 40-44 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 5-6.

<sup>42</sup> NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 101, BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 40.

délai de mise en demeure de 30 jours. Toutefois, dans certaines situations où l'entreprise doit pouvoir se défendre rapidement, il nous apparaît qu'un délai plus bref devra être retenu afin de garantir à l'entreprise le respect de ses droits ; on pensera, par exemple, à la décision de séquestre (art. 263 ss CPP) qui doit être notifiée à l'entreprise et contre laquelle elle doit pouvoir être en mesure d'interjeter recours dans les 10 jours (art. 396 al. 1 CPP).

24. Le représentant désigné par la direction de la procédure peut être ultérieurement démis et remplacé par un autre représentant qu'aura désigné l'entreprise, sous réserve de l'abus de droit que commettrait l'entreprise qui changerait de représentant en permanence dans le but d'entraver la procédure<sup>44</sup>.
25. La décision de la direction de la procédure qui désigne un représentant est sujette à recours au sens des art. 393 ss CPP<sup>45</sup>.

#### 4. L'autonomie du représentant

26. Dans les rapports qu'il entretient avec l'autorité pénale, le représentant détient les « pleins pouvoirs » ; il est le seul interlocuteur de l'autorité, ses actes engagent valablement l'entreprise et sont exclusifs de toute compétence parallèle des organes ordinaires ou autres représentants<sup>46</sup>.
27. Sur le plan des rapports internes à l'entreprise, une partie de la doctrine<sup>47</sup> affirme que le représentant, qu'il soit nommé par l'entreprise ou par la direction de la procédure, n'a ni instructions à prendre, ni comptes à rendre aux autres organes ; il est une sorte de « curateur » qui agit au mieux des intérêts de l'entreprise, de manière

---

<sup>43</sup> NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 101 nbp 181 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 45.

<sup>44</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 20-21 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 84 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 7.

<sup>45</sup> BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 50 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 102.

<sup>46</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 13-15 ; PIQUEREZ/MACALUSO (n. 21), N 766 ; StPO-ENGLER, art. 112 N 81 ; JEANNERET, *Mélanges Burger* (n. 39), p. 451 ss.

<sup>47</sup> StPO-ENGLER, art. 112 N 81-82.

totallement autonome. D'autres auteurs<sup>48</sup> estiment que si le représentant doit normalement prendre ses instructions auprès des organes compétents qui adoptent leurs décisions selon le processus social ordinaire, il dispose néanmoins d'une large autonomie notamment lorsqu'il estime que les instructions qu'on lui donne ne sont pas conformes aux intérêts de l'entreprise. Il devrait, en quelque sorte, appliquer les règles de gestion d'affaires sans mandat altruiste, consistant à violer les instructions claires qui lui sont données par le représenté si elles lui apparaissent contraires aux intérêts de l'entreprise, dans le contexte de la procédure pénale.

28. Cette question est extrêmement délicate, dans la mesure où la loi pénale crée un système de représentation des personnes morales et sociétés de personnes qui n'existe pas en droit privé, allant même jusqu'à permettre la désignation, par la direction de la procédure, d'un tiers extérieur à l'entreprise et qui n'a donc jamais été désigné par un organe statutaire. Selon nous<sup>49</sup>, tant qu'il existe des organes en place, le représentant ne peut pas agir contrairement aux instructions reçues, de la même manière que pour n'importe quelle autre décision relative à l'entreprise. Si le représentant est doté d'un pouvoir unique de représentation dans les rapports externes entre l'entreprise et la justice pénale, il n'en doit pas moins répercuter la volonté de l'entreprise telle qu'exprimée à l'interne par ses organes compétents. Le fait que la loi exclue la représentation par une personne elle-même visée par l'enquête n'est pas décisif<sup>50</sup>. En effet, de deux choses l'une : soit les organes – à l'exception d'un ou plusieurs administrateurs impliqués – agissent dans l'intérêt de la société et le représentant doit respecter les instructions qui lui sont données, soit il n'existe plus d'organe non impliqué et, dans ce cas, il faut pourvoir à la désignation de nouveaux administrateurs en convoquant une assemblée générale extraordinaire ou, si cette démarche n'est pas possible, en sollicitant la nomination d'un

---

<sup>48</sup> CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 15 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 83 ; PIQUEREZ/MACALUSO (n. 21), N 766 ; ARZT, Interessenskonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, RSDA 2004, 361.

<sup>49</sup> JEANNERET, Mélanges Burger (n. 39), p. 452.

<sup>50</sup> MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 83.

curateur, en raison du conflit d'intérêts existant entre l'entreprise et ses organes<sup>51</sup>.

## 5. La rémunération du représentant

29. La loi est muette sur la question de savoir qui va rémunérer le représentant. S'il s'agit d'un organe de l'entreprise, qu'il soit désigné par l'entreprise ou par la direction de la procédure, la question ne se pose pas : il est rémunéré par l'entreprise. Si l'entreprise est acquittée, elle pourra revendiquer une indemnité au sens de l'art. 429 CPP, destinée à couvrir les coûts inhérents à la rémunération du représentant, en fonction du temps qu'il a dû consacrer à la procédure.
30. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un tiers désigné à cet effet par la direction de la procédure (art. 112 al. 3 CPP), il convient de retenir, par analogie avec ce qui prévaut pour l'avocat désigné d'office<sup>52</sup> et en dépit de l'absence de base légale, qu'il incombe à l'Etat d'assumer la rémunération de l'activité du représentant, laquelle émarginera aux frais de procédure au sens de l'art. 422 CPP<sup>53</sup>.

## F. Les mesures de contrainte

31. En principe, toutes les mesures de contrainte prévues par le code peuvent être mises en œuvre à l'encontre de l'entreprise prévenue qui est tenue de les subir, au même titre qu'un prévenu personne physique.
32. Une exception notable est celle de la détention avant jugement qui est intrinsèquement incompatible avec la notion d'entreprise ; à cela s'ajoute que le représentant pénal de l'entreprise ne peut évidemment pas non plus, à ce titre, faire l'objet d'une arrestation ou

---

<sup>51</sup> *Contra* CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 15 qui rejette cette hypothèse.

<sup>52</sup> ATF 139 IV 261, consid. 2.2.1 ; 131 I 217, consid. 2.4 ; 122 I 1, consid. 3a.

<sup>53</sup> StPO-ENGLER, art. 112 N 83 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 24, MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 112 N 12 (qui ne fait toutefois pas la distinction entre le représentant interne désigné et le tiers).

d'une détention avant jugement<sup>54</sup>, sous réserve de la délivrance d'un mandat d'amener, notamment selon l'art. 207 al. 1 litt a CPP, lorsque le représentant ne défère aux mandats de comparution qui lui sont notifiés<sup>55</sup>, à l'instar de ce que peut faire la direction de la procédure à l'égard de toute personne, quel que soit son statut procédural.

33. Faute de détention possible, un risque de collusion (art. 221 al. 1 let. b CPP) entre le représentant pénal de l'entreprise et les autres organes ou membres de l'entreprises peut apparaître. Toutefois, celui-ci ne peut pas donner lieu à une quelconque mesure, par exemple d'interdiction de prise de contacts sur la base de l'art. 165 CPP qui n'est, au demeurant, pas applicable au représentant pénal et autres représentants et/ou collaborateurs au sens de l'art. 178 al. 1 let. g CPP<sup>56</sup>.
34. Le risque de fuite que l'art. 221 al. 1 let. a CPP tend à pallier par la privation de liberté d'une personne physique peut également survenir, sous une forme différente, s'agissant d'une entreprise. En effet, la mise en faillite ou la liquidation de l'entreprise a pour effet de la soustraire à la justice pénale, puisque la disparition de l'entreprise, par exemple par la faillite ou une liquidation volontaire, constitue un obstacle absolu à la poursuite pénale (cf. *supra* N 8). Certains auteurs<sup>57</sup> suggèrent, sur le modèle français, que l'autorité pénale puisse ordonner le blocage de la procédure de radiation du registre du commerce, afin de maintenir l'entreprise en vie, le temps de mener la procédure pénale. Toutefois, s'agissant à l'évidence d'une mesure de contrainte au sens de l'art. 196 CPP, une base

---

<sup>54</sup> DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 23 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 105.

<sup>55</sup> MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 86 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 23 ; NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 105 ; *contra* BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 85.

<sup>56</sup> SCHMID, Praxiskommentar, art. 165 N 3 ; BSK StPO-BÄHLER, art. 165 N 3 ; MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), 86 (affirmation générale fondée sur l'unicité de l'entreprise).

<sup>57</sup> CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 86 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 112 N 4 ; GARBARSKI (n. 6), 425.

légale expresse est requise (art. 36 al. 1 Cst. et 197 al. 1 let. a CPP). Or, aucune disposition du CPP ne prévoit cette mesure, de sorte qu'elle n'est a priori pas envisageable, *de lege lata*, faute de base légale. On pourrait toutefois envisager, sur la base de l'art. 164 ORC, que le Ministère public ou une partie plaignante puisse requérir la réinscription judiciaire d'une entreprise radiée au motif qu'elle serait, selon les termes de l'al. 1<sup>er</sup> let. b, « partie à une procédure judiciaire », en l'occurrence prévenue dans un procès pénal<sup>58</sup>. Cette hypothèse n'est, dans tous les cas, pas satisfaisante, dans la mesure où l'autorité pénale doit pouvoir ordonner ce genre de mesure au titre d'une mesure de contrainte, sans avoir à solliciter le concours d'un juge civil, sur la base de concepts de droit civil.

35. On notera, en matière de séquestre, que l'entreprise prévenue, respectivement son représentant pénal, ne sont pas soumis à l'obligation de dépôt, conformément à l'art. 265 al. 2 let. a CPP. Il en va d'ailleurs de même des autres représentants et/ou collaborateurs de l'entreprise au sens de l'art 178 let. g CPP, en tant qu'ils ont le droit de refuser de déposer (art. 180 al. 1 et 266 al. 2 let. b CPP)<sup>59</sup>. L'art. 265 al. 2 let. c ch. 1 CPP inclut expressément l'entreprise elle-même au sein du cercle des personnes qui bénéficient du droit de ne pas être soumis à l'obligation de dépôt, lorsque cela serait susceptible de l'exposer, notamment, à des poursuites pénales. Il ne s'agit que de la concrétisation du droit de se taire et de ne pas s'incriminer soi-même. Enfin, au vu de la teneur de l'art. 264 al. 1 let. a CPP, la documentation résultant d'échanges entre le représentant pénal de l'entreprise et l'avocat défenseur est

---

<sup>58</sup> Cf. CR-CP-MACALUSO, art. 102 N 86 qui évoque la possibilité *de lege ferenda*, de faire bloquer la radiation de l'entreprise ; cette question mérite d'autant plus l'examen que la jurisprudence se montre généreuse quant à l'intérêt digne de protection exigé (cf. TF 4A.3/1993 du 29 juillet 1993, consid. 1b ; ATF 132 III 731). RÜTSCHI, pour sa part, estime que la réinscription doit être possible y compris pour une seule procédure de poursuite dès lors que la personnalité juridique est nécessaire (RÜTSCHI, Handelsregisterverordnung (HRegV) – Handkommentar, Berne 2013, art. 164 N 16).

<sup>59</sup> CR CPP-LEMBO/JULEN BERTHOD, art. 265 N 18 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 265 N 7.

couverte par le secret professionnel<sup>60</sup> et ne peut pas être séquestrée, y compris lorsqu'elle se trouve en mains de tiers, par exemple auprès des organes de l'entreprise, de son service juridique ou dans les archives.

### ***G. La poursuite et le jugement***

36. D'emblée, il faut rappeler qu'en dépit du fait que la peine prévue pour les entreprises par l'art. 102 al. 1 CP est une « amende », les infractions reprochées aux entreprises n'en sont pas pour autant déqualifiées en contraventions<sup>61</sup> ; les infractions imputables à une entreprise conservent leurs classification propres, selon la gravité formelle, soit en fonction de la peine menacée de l'infraction décrite dans la partie spéciale (art. 10 CP). On rappellera en outre que l'art. 105 al. 1 CP exclut les contraventions du cercle des infractions que l'on peut imputer à une entreprise. Il découle de ce premier constat que ce n'est pas la procédure de l'art. 357 CPP en matière de contraventions qui s'applique à la poursuite et au jugement des entreprises, mais la procédure ordinaire<sup>62</sup>.
37. Ainsi, une instruction sera menée par le Ministère public et clôturée par ce dernier selon les voies habituelles, à savoir le classement ou le renvoi en jugement, étant précisé que la procédure simplifiée décrite aux art. 358 ss CPP est parfaitement envisageable.
38. En revanche, compte tenu de l'aménagement du système de représentation obligatoire de l'art. 112 al. 1-3 CPP, la procédure par défaut des art. 366 ss CPP semble difficilement envisageable. En

---

<sup>60</sup> BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 37.

<sup>61</sup> CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 79 ; JEANNERET, PJA 2004 (n. 6), 919 ; *contra* NIGGLI/MAEDER (n. 4), § 8 N 24-25 ; pour un développement complet de la controverse : BSK Strafrecht I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 33-45 ; TF 6B\_7/2014 du 21 juillet 2014, consid. 3 (passe en revue les différentes théories sans trancher définitivement la question cf. not. consid. 3.4.4).

<sup>62</sup> SCHMID, Praxiskommentar, art. 112 N 9 ; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 79 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 112 N 13 et art. 352 N 7 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 112 N 18 ; BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 62 ; *contra* BSK Strafrecht I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 449.

effet, en l'absence du représentant de l'entreprise à l'audience de jugement, sans motif valable, la direction de la procédure pourra prendre des mesures pour désigner un autre représentant.

39. Dans le domaine de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise (art. 102 al. 1 CP), la question d'un acte d'accusation alternatif ou subsidiaire selon l'art. 325 al. 2 CPP pourrait se poser, lorsqu'il subsiste une incertitude sur l'imputabilité des faits à une personne physique. En effet, à défaut, dans ce contexte, le Ministère public serait susceptible de devoir renvoyer d'abord en jugement la personne physique, prendre le risque d'un acquittement s'il s'avère que celle-ci n'est pas impliquée dans les faits, puis de devoir ouvrir une seconde procédure *ab ovo* contre l'entreprise, portant sur les mêmes faits. Une telle situation serait critiquable en termes d'économie de procédure, sans parler des risques de prescription de l'action pénale. Sans viser spécifiquement le cas de l'entreprise, certains auteurs<sup>63</sup> considèrent que l'art. 325 al. 2 CPP ne permet de rédiger un acte d'accusation alternatif entre plusieurs auteurs possibles. La jurisprudence<sup>64</sup> n'a pas tranché explicitement cette question, mais il est vrai qu'elle évoque des situations dans lesquelles les faits ne peuvent pas être établis de manière claire au stade du renvoi en jugement, mais qu'il apparaît clairement que l'auteur s'est rendu coupable de l'une ou l'autre des infractions envisageables dans le cas d'espèce. Cela dit, rien dans le texte de l'art. 325 al. 2 CPP n'exclut expressément un lien de subsidiarité entre deux auteurs dans la rédaction d'un acte d'accusation. Par ailleurs, dès lors que la doctrine (cf. *supra* N 11) admet que l'on puisse instruire simultanément à l'encontre d'une entreprise et d'une personne physique, dans le cadre de la responsabilité subsidiaire, lorsqu'il existe un doute quant à l'implication des uns et des autres, on voit mal comment le Ministère public pourrait faire autrement que de renvoyer les deux prévenus en jugement lorsque, parvenu au terme

---

<sup>63</sup> SCHMID, *Praxiskommentar*, art. 325 N 4 et 14 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 325 N 32 *in fine*.

<sup>64</sup> TF 6B\_604/2012 du 16 janvier 2014, consid. 2.3.1 ; TF 1P.461/2002 du 9 janvier 2003, consid. 2.3.

de l'instruction, celle-ci n'a pas permis d'aboutir à une certitude, étant rappelé que dans la phase du renvoi, c'est la maxime *in dubio pro duriore*<sup>65</sup> qui s'impose. Nous sommes donc d'avis que le renvoi en jugement de la personne physique et de l'entreprise subsidiairement responsable est possible, à charge pour le juge du fond de déterminer qui de l'un ou de l'autre des prévenus est éventuellement coupable.

40. La doctrine<sup>66</sup> retient très généralement que la procédure de l'ordonnance pénale selon les art. 352 ss CPP s'applique également à l'entreprise. Toutefois, est débattue en doctrine la question de savoir si le silence de l'art. 352 CPP a pour conséquence que l'ordonnance pénale peut statuer sur une amende d'entreprise, sans autre limite que celle tracée à CHF 5 millions par l'art. 102 al.1 CP<sup>67</sup> ou si, au contraire, il y a lieu de fixer un maximum, par une réflexion analogique relative aux peines maximales fixées pour les personnes physiques à l'art. 352 al. 1 let. a à d CPP<sup>68</sup>. Nous sommes d'avis que l'interprétation claire de la loi ne permet pas d'imposer un quelconque plafond à l'amende pouvant être infligée à une

---

<sup>65</sup> Cf. notamment sur le principe : ATF 138 IV 86 ; 138 IV 186.

<sup>66</sup> SCHMID, Praxiskommentar, art. 352 N 1 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 352 N 11 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 352 N 7 ; MACALUSO, L'ordonnance pénale comme mode de clôture des procédures dirigées contre l'entreprise selon le CCPS, Jusletter 2 mai 2011, § 22 ; THOMMEN, Kurzer Prozess – fairer Prozess ?, Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Berne 2013, p. 51 nbp 251 ; JEANNERET/KUHN, Précis de procédure pénale, Berne 2013, N 17013, p. 418. Pour une condamnation d'entreprise prononcée par ordonnance pénale, certes avant l'entrée en vigueur du CPP : RFJ 2005, 59 ss.

<sup>67</sup> SCHMID, Praxiskommentar, art. 352 N 7 ; JEANNERET/KUHN (n. 66), N 17013, p. 418 ; BSK StPO-RIKLIN, art. 352 N 6.

<sup>68</sup> MACALUSO, Jusletter 2 mai 2011 (n. 66), § 38-41 (retient un maximum de 6 mois de bénéfices de l'entreprise, mais au plus de CHF 2,5 millions, par un calcul fondé sur une analogie avec la peine pécuniaire) ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 352 N 7 (retient une amende de CHF 20'000.- au maximum, sans aucune autre motivation que la nécessité de toucher des cas de petite à moyenne délinquance) ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 352 N 11 et 21 (ne font qu'évoquer la controverse sans prendre position) ; THOMMEN, (n. 66), p. 51 nbp 251 qui résume les différentes opinions doctrinales.

entreprise par le biais d'une ordonnance pénale. A noter dans ce contexte que, dans la deuxième édition de son commentaire, SCHMID<sup>69</sup> prend acte des suggestions de limitation de certains auteurs et maintient sa position relative à l'absence de toute limite.

41. Si l'on retient l'absence de toute limite à l'amende que l'on peut infliger à une entreprise par le biais d'une ordonnance pénale, vient alors se poser une nouvelle difficulté relative au caractère impératif ou non du recours à l'ordonnance pénale, lorsque les conditions en sont remplies. En effet, si la doctrine majoritaire<sup>70</sup> retient que le Ministère public doit rendre une ordonnance pénale lorsque les conditions en sont remplies, d'autres auteurs<sup>71</sup> y voient plutôt une règle d'ordre non assortie de sanction. Or, si l'on retient la thèse – que nous ne partageons pas – de la doctrine majoritaire, on aboutirait alors à une conséquence pour le moins étrange, à savoir que l'entreprise aurait systématiquement un droit à être jugée par ordonnance pénale, en toutes circonstances<sup>72</sup>.

### *H. La révision*

42. La construction intrinsèque de la responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise au sens de l'art. 102 al. 1 CP est susceptible de présenter un cas d'application particulier de la révision. En effet, si l'auteur de l'infraction, personne physique, est finalement identifié après

---

<sup>69</sup> SCHMID, Praxiskommentar, art. 352 N 7.

<sup>70</sup> CR CPP-GILLIERON/KILLIAS, art. 352 N 20 ; BSK StPO-RIKLIN, art. 352 N 14-15 ; SCHMID, Handbuch (n. 15), N 1354 ; SCHMID, Praxiskommentar, art. 352 N 4 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (n. 8), art. 352 N 12. Cf. également TF 6B\_367/2012 du 21 décembre 2012, qui ne tranche pas la question tout en admettant que le prévenu a un intérêt au prononcé d'une ordonnance pénale, notamment en termes de coûts, de discrétion et de rapidité

<sup>71</sup> JEANNERET, Les procédures spéciales dans le Code de procédure pénale suisse, in : Pfister Liechti (édit.), 162 ; ZH, OG du 1<sup>er</sup> juin 2011, N UH110117 ; JEANNERET/KUHN (n. 66), N 17014 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 352 N 4-7.

<sup>72</sup> JEANNERET, Ordonnance pénale et procédure simplifiée : une autoroute semée d'embûches ?, Jusletter 13 février 2012 § 7 ; JEANNERET/KUHN (n. 66), N 17014, p. 419.

l'entrée en force de la condamnation de l'entreprise, il apparaît, a posteriori, que l'un des éléments constitutifs de l'art. 102 al. 1 CP fait défaut. Il convient dès lors d'ouvrir à l'entreprise la voie de la révision<sup>73</sup> au sens des let. a et b de l'art. 410 al. 1 CPP, pour faire valoir le fait nouveau inconnu à l'époque de la première procédure, ou encore, si la personne physique est déjà condamnée, qu'il existe une contradiction irréconciliable dans la coexistence d'une condamnation de la personne physique et de l'entreprise, à raison de la même infraction dont la seconde ne peut répondre qu'à titre subsidiaire.

### III. L'entreprise partie plaignante

43. Outre le statut de prévenu, l'entreprise peut aussi être lésée par une infraction et revendiquer le statut de partie plaignante. Dans cette acception toutefois, la notion d'entreprise, connotée techniquement dans le contexte de l'art. 102 CP, n'est pas une notion juridique déterminée lorsqu'il s'agit d'une partie plaignante. On retiendra ici que l'entreprise est à comprendre de manière très générale, incluant toutes personnes physiques, en tant qu'elles exercent une activité commerciale et toutes personnes morales ou quasi-personnes morales.

#### *A. Les notions de lésé et de partie plaignante*

44. A l'exception des autres autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics visées à l'art. 104 al. 2 CP, le préalable pour accéder à la qualité de partie plaignante est de revêtir celle de *lésé*.
45. Le Code de procédure pénale définit le lésé à l'art. 115 al. 1<sup>er</sup> comme celui « dont les droits ont été touchés directement par une infraction ». Cette définition correspond très largement à celle prévue à l'art. 30 al. 1 CP relatif à la qualité pour déposer plainte. D'ailleurs,

---

<sup>73</sup> JEANNERET, PJA 2004 (n. 6), p. 921. L'ATF 82 IV 1 qui exclut une révision en matière de responsabilité en cascade des médias selon l'art. 28 CP n'est pas applicable au cas d'espèce, dans la mesure où il était question d'un rédacteur condamné, parce qu'il avait refusé de révéler l'identité de l'auteur qu'il connaissait.

l'art. 115 al. 2 CPP confère également la qualité de lésé aux personnes ayant qualité pour déposer plainte, ce qui étend le statut de lésé à quelques rares plaignants qui ne sont pas touchés directement et personnellement par l'infraction<sup>74</sup>. Cette approche consacre définitivement l'approche dite *pénaliste* du lésé, notamment en ce sens que cette qualité est acquise indépendamment de tout préjudice patrimonial<sup>75</sup>.

46. La distinction entre atteinte directe et indirecte à un droit ne se comprend pas, au sens de l'art. 115 CPP, de la même manière qu'au regard des notions de dommage direct et indirect auxquelles a recouru le droit de la responsabilité civile. Le caractère *direct* de l'atteinte au sens de l'art. 115 CPP – qu'il s'agisse d'une lésion ou d'une mise en danger – se réfère aux droits protégés par l'infraction pénale considérée<sup>76</sup>, elle vise précisément à restreindre le cercle des personnes légitimées à acquérir la qualité de partie plaignante et non à restreindre le dommage indemnisable.
47. La notion d'*atteinte directe* à laquelle l'art. 115 al. 1 CPP se réfère, se fonde sur la notion de bien juridique protégé : est ainsi directement touché dans ses droits le titulaire du bien juridique protégé ou co-protégé par la disposition enfreinte. Doit être considéré comme lésé le titulaire du bien juridique protégé que la norme pénale protège contre une atteinte ou une mise en danger<sup>77</sup>. C'est donc par le biais de l'interprétation de l'infraction considérée et au cas par cas qu'il convient de déterminer la titularité du bien juridique protégé, en déterminant dans un premier temps le bien juridique protégé par la norme pénale puis en identifiant son bénéficiaire direct.

---

<sup>74</sup> Il s'agit essentiellement de l'autorité cantonale chargée du recouvrement des pensions alimentaires (art. 217 al. 2 CP), des associations professionnelles ou de consommateurs dont le droit de plainte se fonde sur le droit de la concurrence déloyale (art. 23 al. 2 et 10 al. 2 LCD), du représentant légal voire de l'autorité tutélaire du lésé (art. 30 al. 2 CP) et des proches du lésé défunt (art. 30 al. 4 CP).

<sup>75</sup> Sur cette question, notamment GARBARSKI, Qualité de partie plaignante et criminalité économique : quelques questions d'actualité, RPS 2012 160, 177.

<sup>76</sup> ATF 138 IV 258, consid. 3.1.1, JdT 2013 I 407.

<sup>77</sup> ATF 138 IV 258, consid. 2.2, JdT 0213 I 407 ; 129 IV 95, consid. 3.1 ; 120 IV 154, consid. 3c ; 119 Ia 344, consid. 1.

48. Cette définition du lésé exclut de la procédure pénale les personnes, physiques ou morales, subissant un dommage réfléchi ou indirect du fait d'une infraction pénale. Ainsi l'employeur d'un employé blessé par un tiers n'est pas directement lésé par l'infraction ayant conduit à la blessure ; de même, le client ayant commandé spécifiquement pour lui une machine n'est pas directement touché par l'endommagement volontaire de celle-ci si elle intervient avant sa livraison, ou du moins avant le transfert de propriété<sup>78</sup>. Mais cette définition exclut aussi le cessionnaire et les bénéficiaires d'une subrogation légale<sup>79</sup> ou contractuelle. L'assureur subrogé aux droits du lésé ne peut ainsi prétendre à la qualité de lésé<sup>80</sup>.
49. En revanche, par le mécanisme de l'art. 121 al. 2 CPP, le subrogé légal peut exercer l'action civile adhésive, à l'exclusion de l'action pénale<sup>81</sup>. Il en va notamment ainsi de l'Etat qui a indemnisé la victime<sup>82</sup>, de l'assureur privé<sup>83</sup> ou social<sup>84</sup> ou encore du codébiteur solidaire à l'égard de ses co-obligés<sup>85</sup>. En telles hypothèses, les droits procéduraux du subrogé sont alors strictement limités à ce qui est nécessaire pour qu'il puisse valablement soutenir ses conclusions civiles<sup>86</sup>. En revanche, la transmission d'un patrimoine par l'effet

---

<sup>78</sup> Pour les exemples, BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 28.

<sup>79</sup> Sous réserve de l'art. 121 al. 1 CPP relatif aux proches de la victime mais aussi de l'art. 121 al. 2 CPP (cf. GARBARSKI, Qualité de partie plaignante et criminalité économique : quelques questions d'actualité, RPS 2012 160, 168). TF 6B\_549/2013 du 24 février 2014, consid. 3.2.2 : le cas de la fusion de deux sociétés correspond à un acte de cession volontaire et non une subrogation légale.

<sup>80</sup> TF 6B\_252/2013 du 14 mai 2013, consid. 2.1 ; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 26 ; CR-CPP-PERRIER, art. 115 N 13 ; GARBARSKI, RPS 2012 (n. 76), p. 164.

<sup>81</sup> CR CP-JEANDIN/MATZ, art. 121 N 12 ss ; GARBARSKI, Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale : état des lieux de la jurisprudence récente, SJ 2013 II 123, p. 133.

<sup>82</sup> Art. 7 al. 1 LAVI.

<sup>83</sup> Art. 72 al. 1 LCA.

<sup>84</sup> Art. 72 al. 1 LPGA.

<sup>85</sup> Art. 149 CO.

<sup>86</sup> JEANNERET, La partie plaignante et l'action civile, RPS 2010 297, p. 302.

d'une fusion de deux sociétés constitue un cas de cession volontaire excluant l'application de l'art. 121 al. 2 CPP<sup>87</sup>.

50. Lorsque la disposition pénale concernée protège en première ligne des *intérêts collectifs*, la jurisprudence n'admet le particulier comme lésé qu'à condition que ses intérêts privés aient été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que le dommage doit apparaître comme la conséquence directe de l'acte<sup>88</sup>. Il en découle que si des intérêts individuels ne sont touchés qu'indirectement par la commission d'une infraction protégeant uniquement des intérêts collectifs, l'intéressé n'est pas lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP et se verra refuser la qualité de partie à la procédure pénale.
51. Il en va ainsi de la fausse déclaration d'une partie en justice (art. 306 CP) ou du faux dans les titres (art. 251 CP), qui protègent en premier lieu l'intérêt collectif de la bonne administration de la justice civile pour le premier<sup>89</sup> et, pour le second, la confiance qui est placée dans un titre en tant que moyen de preuve dans les relations juridiques<sup>90</sup>. Ne peut dès lors prétendre à la qualité de lésé d'une de ces infractions que celui qui peut démontrer que ses intérêts ont été effectivement touchés par l'infraction en cause, de sorte que son dommage apparaît comme la conséquence directe de l'acte<sup>91</sup>. S'agissant de l'art. 306 CP, cette condition n'est jamais remplie tant et aussi longtemps que dure le litige civil au cours duquel la fausse déclaration a été faite, faute de savoir si elle influence le sort de la procédure en cause<sup>92</sup>, y compris lorsqu'un jugement de première instance est rendu mais qu'il a fait l'objet d'un appel<sup>93</sup>. En revanche,

---

<sup>87</sup> TF 6B\_549/2013 du 24 février 2014, consid. 3.2.2.

<sup>88</sup> ATF 138 IV 258, consid. 2.3, JdT 2013 I 407 ; TF 1B\_489/2011 du 24 janvier 2012 ; TF 1B\_723/2012 du 15 mars 2013, consid. 2.2.

<sup>89</sup> BSK Strafrecht II-DELNON/RUDY, art. 306 N 5 ; CORBOZ (n. 13), art. 306 N 1 ; DUPUIS et AL. (n. 5), art. 306 N 1 s ; CR CP-PERRIER, art. 115 N 11.

<sup>90</sup> ATF 137 IV 167, consid. 2.3.1, JdT 2012 IV 121 ; 138 IV 209, consid. 3.2, JdT 2006 IV 7 ; CORBOZ (n. 13), 251 N 1 à 3 ; DUPUIS et al. (n. 5), art. 251 N 2 s.

<sup>91</sup> ATF 138 IV 258, consid. 2.3, JdT 2013 I 407 ; GARBARSKI, RPS 2012 (n. 75), p. 185.

<sup>92</sup> TF 1B\_489/2011 du 24 janvier 2012.

<sup>93</sup> TF 1B\_649/2012 du 11 septembre 2013.

si le blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP) protège également en premier lieu l'administration de la justice, soit un intérêt collectif, la jurisprudence admet que les intérêts individuels lésés par le crime préalable sont également directement protégés dans les cas où les valeurs patrimoniales proviennent d'actes délictueux contre des intérêts individuels, de sorte que le lésé du crime préalable l'est également du blanchiment<sup>94</sup>.

52. Le Tribunal fédéral a en particulier récemment jugé que la violation simple des règles de la circulation routière (art. 90 al. 1 LCR) ne protégeait directement que l'intérêt collectif de sécurité et de fluidité du trafic et, tout au plus, l'intégrité corporelle et la vie des usagers mais en aucun cas leur propriété ou leur patrimoine<sup>95</sup>. Il en découle que celui qui n'a subi qu'un simple dommage matériel consécutif à une violation simple des règles de la circulation routière n'est pas lésé et ne pourra participer à la procédure<sup>96</sup>. L'on doit d'emblée en déduire qu'une entreprise est exclue du champ des possibles lésés d'une violation simple des règles de la circulation routière.
53. Notons enfin que pour acquérir la qualité de partie à la procédure, le lésé doit encore, selon les termes de l'art. 118 al. 1 CPP, déclarer expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. La déclaration peut être faite auprès de la police, du Ministère public ou de l'autorité pénale compétente en matière de contraventions au plus tard avant la clôture de la procédure préliminaire (art. 118 al. 3 CPP).

## ***B. L'entreprise lésée***

### **1. Généralités**

54. Ce qui précède s'applique bien entendu aux personnes morales, lesquelles doivent être touchées directement et personnellement par

---

<sup>94</sup> ATF 129 IV 322 ; 120 IV 323, consid. 3c ; GARBARSKI, SJ 2013 (n. 81), p. 126.

<sup>95</sup> ATF 138 IV 258, consid. 3.2 et 4.4.1, JdT 2013 I 407.

<sup>96</sup> Il pourra tout au plus dénoncer l'infraction et demander à être informé du sort de celle-ci (art. 301 CPP).

la commission de l'infraction pour revêtir la qualité de lésées et pouvoir ainsi acquérir celle de partie à la procédure. Des difficultés peuvent survenir, notamment lorsqu'il s'agit de distinguer qui de l'entité juridique ou de ses membres personnellement, parfois les deux, est directement touché par la commission d'une infraction. Nous nous efforcerons de nous arrêter brièvement sur l'une ou l'autre de ces situations où l'intervention d'une personne morale ou d'une entité juridique est susceptible de poser des difficultés spécifiques.

55. En revanche, la personne morale ne peut, comme le bon sens l'impose, accéder au statut de victime au sens de l'art. 116 al. 1 CPP<sup>97</sup>.

## 2. Casuistique

### *a) Infractions contre le patrimoine*

56. Les infractions contre le patrimoine sont naturellement susceptibles de protéger directement les personnes morales. Si de manière générale la protection des art. 137 ss CP ne semble pas, pour l'essentiel, poser de problèmes particuliers à l'égard des personnes juridiques, certaines présentent des singularités qui méritent notre attention.
57. C'est notamment le cas en présence d'une infraction commise dans la gestion d'une personne morale. L'application des principes exposés *supra* relativement à la définition du lésé, retenue par le CPP conduit à exclure les actionnaires et les créanciers d'une personne morale du champ des lésés en cas d'infractions commises dans la gestion de celle-ci. Seule la société est ainsi lésée d'une gestion déloyale (art. 158 CP) et peut ainsi revêtir la qualité de partie plaignante<sup>98</sup>. GARBARSKI rapporte une exception : le Tribunal

---

<sup>97</sup> CR CPP-PERRIER, ad art. 115 N 7 ; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 116 N 4 ; SCHMID, Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, Zurich 2004, N 504.

<sup>98</sup> TF 1P.620/2001 du 21 décembre 2001, consid. 2.1 ; BSK StPO-MAZZUCHELLI/

fédéral a admis que lorsqu'il ressortait de l'organisation et du but social que le gérant d'une filiale devait veiller tant aux intérêts pécuniaires de celle-ci que ceux de la maison-mère, cette dernière pouvait être lésée par la gestion déloyale du gérant de la filiale, à condition toutefois que la filiale soit soumise à la direction unique de la maison-mère au moment des faits incriminés<sup>99</sup>.

58. Dans le domaine bancaire, il arrive qu'il soit délicat de distinguer si c'est la banque ou son client qui est directement touché par l'infraction<sup>100</sup>. En présence de malversations commises par un collaborateur sur un compte ouvert au nom d'un nom, la question s'est posée de déterminer qui du client ou de la banque était lésé. Dans un arrêt de 2003, les juges fédéraux avaient soutenu que la banque n'était qu'indirectement lésée par l'abus de confiance commis par un de ses collaborateurs au préjudice (lui, direct) d'un client au motif que l'atteinte est portée à l'état réel de sa créance contre la banque<sup>101</sup>. La Haute Cour semble finalement se rallier à la doctrine ayant majoritairement critiqué cette approche<sup>102</sup> et qui relevait que le client n'était titulaire que d'une créance contre la banque, cette dernière étant devenue propriétaire des avoirs dès le dépôt. Il en découle que seul le patrimoine de la banque est lésé en telle hypothèse. Le client débité, pour sa part, conserve généralement intacte sa créance contre l'établissement bancaire. Tout au plus peut-il se voir admis comme lésé s'il se voit priver de la possibilité – généralement temporaire – de procéder à un retrait. Comme le relève GARBARSKI<sup>103</sup>, la banque recrédite généralement très vite le client concerné par le prélèvement indu ; ce dernier ne subissant qu'un préjudice très temporaire, il se désintéresse

---

POSTIZZI, art. 115 N 56 ; CR CP-PERRIER, art. 115 N 13 ; GARBARSKI, RPS 2012 (n. 75), p. 181.

<sup>99</sup> GARBARSKI, RPS 2012 (n. 75), p. 181, qui fait référence à l'ATF 109 IV 113, consid. 2a, JdT 1984 IV 77 confirmé *in*: TF 6B\_586/2011 du 7 février 2012, consid. 6.2.

<sup>100</sup> BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 57.

<sup>101</sup> TF 6S.709/2000 du 26 mai 2003, consid. 5.3.2.

<sup>102</sup> TF 6B\_199/2011 du 10 avril 2012, consid. 5.3.5.

<sup>103</sup> GARBARSKI, RPS 2012 (n. 75), p. 193.

généralement d'une éventuelle procédure pénale contre l'employé indélicat, ce qui justifie d'autant plus que la banque, qui reste débitrice du montant dépouillé à l'égard du client, soit admise à la procédure. Relevons que si l'employé indélicat a falsifié des ordres, ce qui est fréquemment le cas, son comportement sera souvent qualifié d'escroquerie. Dès lors, le statut de lésé de la banque devrait quoi qu'il en soit être admis puisque c'est elle qui est trompée<sup>104</sup>.

59. Dans un registre proche, le Tribunal fédéral a également retenu qu'en matière d'utilisation sans droit de valeurs patrimoniales (art. 141<sup>bis</sup> CP), la banque qui a fautivement mal exécuté le transfert des fonds est directement touchée par l'infraction, à condition, semble-t-il, qu'elle ait reconnu l'erreur et se soit engagée envers son client débité ou non crédité à tort de couvrir tout ou partie du dommage<sup>105</sup>.

### ***b) Infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes***

60. Il est largement admis que les infractions de banqueroute frauduleuse et fraude dans la saisie (art. 163 CP), gestion fautive (art. 165 CP) et, de manière générale, les infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes protègent en premier lieu le patrimoine des créanciers du failli ou du débiteur, soit leur droit de saisir et de se satisfaire au moyen du patrimoine du débiteur lors de l'exécution forcée<sup>106</sup>. Les créanciers sont ainsi directement touchés en cas de commission de ces infractions et peuvent ainsi intervenir dans la procédure comme partie plaignante. Demeure en revanche controversée la question de savoir si l'administration de la faillite est également directement touchée. Une partie de la doctrine, qui relève que le Tribunal fédéral a répété que les art. 163 à 171<sup>bis</sup> CP protègent également les intérêts de l'exécution forcée en tant que partie de

---

<sup>104</sup> Ce qui suffit à conférer le statut de lésé, même si l'appauvrissement se produit dans le patrimoine d'un tiers (ATF 133 IV 171, consid. 4.3).

<sup>105</sup> ATF 121 IV 258, JdT 1997 IV 99 ; voir également BJP 2004 n°524.

<sup>106</sup> ATF 134 III 56, consid. 1.3.1, JdT 2008 I 307 ; DUPUIS et al. (n. 5), Rém. prélim. aux art. 163 à 171<sup>bis</sup> N 1 ; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. I, Berne 2010, art. 163 N 1 ; BSK StGB II-HAGENSTEIN, art. 163 N 1.

l'administration de la justice<sup>107</sup>, soutient que l'administration de la faillite, en sa qualité de représentante de la masse<sup>108</sup>, doit être admise comme partie au procès pénal<sup>109</sup>. D'autres auteurs, au contraire, relèvent que l'administration n'est pas lésée au sens de l'art. 115 CPP<sup>110</sup>. A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question.

61. Quant au créancier cessionnaire selon l'art. 260 LP, il ne saurait en cette seule qualité revêtir le statut de lésé dans la mesure où, par la cession, il n'acquiert pas la titularité du droit invoqué mais uniquement un mandant procédural de faire valoir les droits dont la masse reste titulaire<sup>111</sup>.

### *c) Infractions contre le marché des capitaux*

62. Les anciens art. 161 et 161<sup>bis</sup> CP, qui réprimaient le délit d'initié et la manipulation de cours, ont depuis migré aux art. 40 et 40a de la Loi sur les bourses (LBVM)<sup>112</sup>. Traditionnellement, il est retenu que ces infractions protègent le bon fonctionnement du marché boursier et l'égalité des chances entre les investisseurs<sup>113</sup>. Dans la mesure où le délit d'initié protège également la confiance placée en l'initié par la société dont les titres sont concernés, la qualité de lésée de cette dernière doit en principe être reconnue<sup>114</sup>.

---

<sup>107</sup> Not. ATF 107 IV 177, consid. 1a ; 106 IV 34, consid. 4a.

<sup>108</sup> Art. 240 LP, not. 240 al. 2.

<sup>109</sup> Pour une présentation de la controverse, cf. GARBARSKI, RPS 2012 (n. 75), p. 182 ss.

<sup>110</sup> BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 60 ; WERMELLE, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive, RPS 1999 363, p. 366 s.

<sup>111</sup> GARBARSKI, RPS 2012 (n. 75), p. 183 s et réf. citées.

<sup>112</sup> RS 954.1.

<sup>113</sup> CORBOZ (n. 106), art. 161 N 4 ; ATF 118 Ib 456, consid. 6c ; FF 2011 6329, p. 6342.

<sup>114</sup> BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 64.

#### ***d) Infractions contre l'honneur***

63. Même si l'auteur du Code pénal avait envisagé que seules les personnes physiques jouissaient d'un honneur pénalement protégé<sup>115</sup>, le Tribunal fédéral a, dès l'entrée en vigueur de la loi, considéré que ce droit était partagé par les personnes morales<sup>116</sup>. Le TF a notamment reconnu l'intérêt d'une personne morale à préserver sa réputation<sup>117</sup>. Si cela concerne les infractions de diffamation (art. 173 CP) et de calomnie (art. 174 CP), cela s'étend également à l'infraction, moins évidente, d'injure (art. 177 CP)<sup>118</sup>. La question n'est pas sans soulever de controverses : plusieurs auteurs, se référant à la notion d'honneur interne retenue par le Tribunal fédéral - soit le sentiment d'être un homme honorable - estiment qu'une personne morale ne peut être le sujet d'un tel sentiment<sup>119</sup>. En revanche, les collectivités publiques et les Autorités ne sauraient se prévaloir d'un honneur pénalement protégé<sup>120</sup>, au contraire d'une entreprise d'économie mixte organisée selon le droit privé<sup>121</sup>. Malgré les critiques, la conception adoptée par le Tribunal fédéral doit être maintenue, à plus forte raison qu'il a encore récemment confirmé sa jurisprudence relativement ancienne, contestée en doctrine, selon laquelle une personne juridique pouvait subir un tort moral au sens

---

<sup>115</sup> Cf. Message du Conseil fédéral relatif au CP, 1918, p. 38.

<sup>116</sup> ATF 126 IV 266, consid. 2a ; 114 IV 15 ; 71 IV 36, JdT 1945 IV 69 ; 96 IV 148 ; HURTADO POZO, Droit pénal : partie spéciale, Genève 2009, § 1991, p. 590 ; CORBOZ (n. 106), p. 586 ; BSK Strafrecht II-RIKLIN, *ad Vor Art. 173 N 40 s.*

<sup>117</sup> ATF 96 IV 149, JdT 1971 IV 111.

<sup>118</sup> Le TF a longtemps laissé la question ouverte s'agissant de l'injure (ATF 96 IV 149, JdT 1973 IV 111 ; 108 IV 22, JdT 1983 IV 30), avant de trancher favorablement la question en 1988 pour une Société en nom collectif (ATF 114 IV 14, JdT 1989 IV 6).

<sup>119</sup> Cf. réf. de HURTADO POZO (n. 116), § 1996 p. 592.

<sup>120</sup> TF 6S.504/2005 du 26 février 2006, consid. 1.1 ; ATF 114 IV 14, consid. 2a ; 69 IV 81 ; ceci à plus forte raison qu'une tentative d'introduction d'un art. 177<sup>bis</sup> CP visant spécifiquement les autorités et d'autres groupements de personnes a échoué devant les Chambres fédérales en 1950 (HURTADO POZO, (n. 116), § 2002).

<sup>121</sup> ATF 108 IV 21.

de l'art. 49 CO<sup>122</sup>. Dans la pratique, l'importance remarquable des sociétés et des personnes morales dans la collectivité démontre qu'elles ont une existence distincte, y compris dans leur réputation, de celle de leurs représentants : la réputation d'une personne morale ternie n'est pas réparée subitement dans l'esprit collectif par le changement de ses représentants.

64. S'agissant d'autres entités dépourvues de la personnalité juridique mais titulaires de certains droits, elles jouissent également d'un honneur pénalement protégé<sup>123</sup>. Il n'est parfois guère aisé de distinguer l'honneur des personnes physiques, associés ou représentants de l'entité juridique, de l'honneur de cette dernière, notamment s'agissant de petites entités, dirigées par un petit nombre. Il convient de déterminer au cas par cas qui de la personne morale en tant que telle ou des individus qui agissent pour elle est directement et personnellement touché par l'attaque, sans exclure par principe que l'une et l'autre soient conjointement lésées.

#### ***e) Infractions contre le domaine secret ou privé***

65. Examinant les infractions contre le domaine secret et le domaine privé, le Tribunal fédéral a exclu la qualité de lésé de la personne morale au cours de l'assemblée générale de laquelle des conversations ont été enregistrées sans l'accord des intervenants<sup>124</sup>. Les juges fédéraux relèvent que l'art. 179<sup>er</sup> CP protège la sphère privée et la spontanéité des déclarations des interlocuteurs et que la personne morale n'est pas un *interlocuteur* au sein de sa propre assemblée générale. Ils prennent toutefois soin de relever que les opinions exprimées au cours d'une telle assemblée générale ne sont pas l'opinion de la personne morale mais uniquement l'opinion des personnes s'étant exprimées, soit exclusivement des personnes physiques, seules dès lors autorisées à déposer plainte pour violation

---

<sup>122</sup> ATF 138 III 337.

<sup>123</sup> Not. la société en nom collectif (ATF 124 IV 266), cf. *infra* ; en revanche, l'honneur d'une société simple ne se distingue pas de celui de ses membres (ATF 100 IV 45 ; CORBOZ (n. 106), p. 587).

<sup>124</sup> ATF 111 IV 63, JdT 1985 IV 74.

de leur intimité. La question a toutefois été laissée ouverte de savoir ce qu'il en serait de l'enregistrement d'une conversation entre les organes d'une personne morale, s'exprimant *ès qualité* pour le compte de celle-ci, et des tiers, étrangers à la formation de la volonté de la personne morale. A notre avis, en telle hypothèse, il doit être retenu que la personne morale doit se voir reconnaître une protection pénale directe de sa sphère privée et, partant, être reconnue lésée de l'infraction contre le domaine secret ou privée<sup>125</sup>.

### ***C. La qualité de partie plaignante des entités dépourvues de la personnalité juridique***

#### **1. Généralités**

66. L'art. 106 al. 1 CPP prévoit que seule la personne titulaire de l'exercice des droits civils peut valablement accomplir des actes de procédure, parmi lesquels figure le droit de déposer plainte pénale et de faire une déclaration d'intervention comme partie plaignante dans la procédure. Cependant, les intérêts d'une entité dépourvue de la personnalité juridique peuvent également être directement touchés par la commission d'une infraction.

#### **2. Casuistique**

67. Une *société en nom collectif*, à laquelle doctrine et jurisprudence refusent traditionnellement la personnalité juridique<sup>126</sup>, s'est vue reconnaître le droit de déposer plainte en son nom propre, en l'occurrence pour atteinte à l'honneur<sup>127</sup>. Il doit en aller de même pour une atteinte directe à ses droits, notamment de nature patrimoniale, dans la mesure où la loi lui reconnaît expressément la faculté d'acquérir des droits<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> BSK Strafrecht I-VON INS/WYDER, art. 179<sup>er</sup> N 42.

<sup>126</sup> ATF 116 II 651 ; CR CO II-VULLIÉTY, art. 552 N 3.

<sup>127</sup> ATF 114 IV 14, JdT 1989 I 6.

<sup>128</sup> Cf. l'art. 567 al. 1 CO.

68. Il en va de même de la *communauté des copropriétaires d'étages*, qui, sans avoir la pleine personnalité juridique, doit se voir reconnaître le droit de déposer plainte en son « nom »<sup>129</sup> pour autant que soient directement lésés ses intérêts propres<sup>130</sup>. En effet, à l'instar de la société en nom collectif, la propriété par étages se voit conférer une quasi-personnalité juridique, et notamment certaines capacités, y compris celles d'acquérir, à certaines conditions, des droits et celles d'agir en justice<sup>131</sup>. L'acquisition de tels droits est toutefois subordonnée à la condition que ceux-ci découlent de la gestion de la propriété par étages en elle-même, à l'exclusion des parties réservées à l'usage exclusif des copropriétaires d'étages. Il peut s'agir de droits réels sur des meubles, voire des immeubles<sup>132</sup>, par exemple dans les parties communes ou pour l'entretien de celles-ci ou de créances, tant contre des tiers que contre des propriétaires d'étages. L'on doit dès lors retenir que la communauté des copropriétaires d'étages ne pourrait être lésée au sens de l'art. 115 al. 1 CPP que pour autant que l'atteinte ou la mise en danger concerne un droit qu'elle est légitimée à acquérir au regard du droit civil.
69. S'agissant de la *société simple*, celle-ci n'ayant pas la personnalité juridique ni aucun droit d'acquérir pour elle-même des droits<sup>133</sup>, elle ne peut être directement et personnellement touchée par la commission d'une infraction et ne saurait déposer plainte en son nom ou acquérir la qualité de partie. En cas d'infraction contre le patrimoine affecté au but commun de la société, seuls les associés peuvent revêtir le statut de lésé. Procéduralement, les associés de la

---

<sup>129</sup> La loi ne prévoit pas que la communauté des propriétaires d'étages ait un nom. Dans la pratique, l'on en rencontre souvent, plus ou moins fantaisistes.

<sup>130</sup> Question laissée ouverte dans l'Arrêt de la Cour pénale du 19 septembre 2003 du Tribunal cantonal du Canton du Jura, RJJ 2003 p.290 ; voir également : TF 6B\_355/2007 du 4 septembre 2007.

<sup>131</sup> Art. 712/ CC ; WERMELINGER, La propriété par étages, Rothenburg 2008, p. 535 ss.

<sup>132</sup> La doctrine majoritaire admet qu'une PPE importante acquiert la part d'étage relative à l'appartement du concierge (WERMELINGER, *op. cit.*, p. 536 et réf. citées).

<sup>133</sup> Selon l'art. 544 al. 1 CO, contrairement à l'art. 712l CC pour la PPE ou à l'art. 567 al. 1 CO pour la SNC, rappelle que les droits à la société appartiennent en commun aux associés.

société simple sont des consorts nécessaires<sup>134</sup>. En cas d'infraction commise par un tiers, ils doivent agir ensemble, ce qui implique le dépôt commun d'une plainte pénale et une déclaration commune de constitution de partie plaignante<sup>135</sup>. Cette consorité nécessaire souffre deux exceptions, d'une part lorsqu'il y a péril en la demeure<sup>136</sup> et, d'autre part, lorsque l'un ou plusieurs des associés sont auteurs de l'infraction au préjudice de la société. En telle hypothèse, le Tribunal fédéral retient, de manière somme toute assez logique, que la consorité nécessaire ne s'impose pas aux associés impliqués dans la commission de l'infraction, pour autant que tous les autres associés « innocents » agissent ensemble<sup>137</sup>. Ainsi, il n'y a aucune paralysie favorable aux responsables et le but de la consorité nécessaire est atteint puisque tous les consorts ont la qualité de partie à la procédure<sup>138</sup>, en l'occurrence soit comme partie plaignante soit comme prévenu. Cette règle n'est toutefois pas sans poser de difficultés en présence de plusieurs associés-prévenus : *quid* par exemple si, de trois sociétaires simples, l'un dénonce une infraction poursuivie sur plainte contre les deux autres dont l'un est, au final et après s'être opposé aux poursuites contre le troisième, reconnu étranger aux faits dénoncés ? A notre avis, un classement contre les deux dénoncés s'impose, même s'il intervient par le juge du fond, au terme d'une procédure menée à son terme. En effet, s'il est constaté que le second associé n'est pas co-auteur, alors la plainte n'émane pas de tous les consorts nécessaires étrangers aux faits pénaux.

70. L'exigence de consorité nécessaire s'impose également aux membres de la *communauté héréditaire*<sup>139</sup>. Le juges fédéraux ont toutefois estimé que c'était par excès de formalisme qu'un acte déposé au nom et

---

<sup>134</sup> Art. 653 al. 2 CC ; art. 535 al. 3 CO ; CR CO II-CHAIX, art. 544 N 6.

<sup>135</sup> CR CPP-PERRIER, art. 115 N 18 ATF 119 Ia 342, consid. 2a, JdT 1995 IV 186 (la traduction est imparfaite).

<sup>136</sup> Cf. art. 535 al. 3 CO, ce qui est le cas du respect d'un délai péremptoire, comme le délai de 3 mois pour déposer plainte pénale (art. 31 CP) ; CR CO II-CHAIX, art. 544 CO N 6 et réf. citées.

<sup>137</sup> ATF 119 Ia 342, consid. 2a, JdT 1995 IV 186.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> Art. 602. al. 2 *cum* 653 al. 2 CC.

pour le compte d'une hoirie en tant que telle, en lien avec un abus de confiance commis postérieurement au décès, avait été jugé irrecevable faute de capacité pour agir et de personnalité juridique, dès lors que tous les hoirs étaient identifiables et représentés par un conseil commun<sup>140</sup>. Cela étant, les mêmes exceptions s'imposent que pour la société simple : l'urgence et les cas dans lesquels un ou plusieurs hoirs ont commis l'infraction au préjudice de la communauté. Dans ce dernier cas, la consorité ne s'impose qu'aux hoirs non impliqués dans la commission de l'infraction (cf. *supra* N 69).

71. L'art. 30 al. 4 CPP, relatif au lésé décédé sans avoir déposé plainte, ne s'applique pas par analogie aux personnes morales. Ainsi une *société anonyme radiée* ne peut plus déposer plainte en lien avec des actes de concurrence déloyale commis après sa radiation<sup>141</sup>.

#### **D. Le dépôt de la plainte pénale**

72. Le droit de déposer plainte est de nature strictement personnelle et intransmissible<sup>142</sup>. La personne morale exprime sa volonté par ses organes<sup>143</sup>. Le lésé peut toutefois, à certaines conditions, se faire représenter pour le dépôt de plainte, selon les règles du droit privé sur la représentation civile et commerciale<sup>144</sup>.
73. S'agissant de la personne habilitée à déposer plainte pénale pour le compte d'une entité juridique, il y a lieu de se référer aux règles du droit privé relatives à la représentation des personnes morales ainsi

---

<sup>140</sup> TF 1B\_194/2012 du 3 août 2012 ; il s'agissait certes d'un recours à l'autorité pénale de recours mais le principe doit valoir pour le dépôt d'une plainte pénale.

<sup>141</sup> ATF 102 IV 145, consid. 2b, JdT 1977 IV 98, le TF relève que, de toute manière, la société radiée n'est plus en concurrence avec l'auteur.

<sup>142</sup> ATF 122 IV 207, consid. 3c, JdT 1998 IV 76 ; à propos de l'atteinte à l'honneur : ATF 99 IV 1, JdT 1974 IV 3 ; REHBERG, Der Strafantrag, RPS 85/1969, p. 256 ; BSK Strafrecht I-RIEDO, art. 30 N 1 ; CR CP-STOLL, art. 30 N 34 ; DUPUIS et al. (n. 5), art. 30 N 15.

<sup>143</sup> Art. 55 CC.

<sup>144</sup> ATF 122 IV 207, consid. 3c, JdT 1998 IV 76 ; REHBERG (n. 142), p. 256 ; BSK Strafrecht I-RIEDO, art. 30 N 87 ss ; CR CP-STOLL, art. 30 N 34.

qu'à ses statuts<sup>145</sup>. Il s'agira généralement de l'organe chargé de veiller aux intérêts de la personne morale touchée par l'infraction, le cas échéant désigné au registre du commerce. Sont ainsi habilités à déposer plainte le conseil d'administration de la société anonyme<sup>146</sup>, le président de l'association<sup>147</sup>, etc. Conformément aux règles du droit privé, il en va de même du titulaire d'une procuration générale ou spéciale, expresse ou tacite, émanant d'un tel organe<sup>148</sup>. Vu le caractère éminemment personnel du droit de plainte<sup>149</sup>, il convient d'apporter une précision et de faire une distinction : en présence d'une atteinte à des biens matériels, une procuration générale suffit, même si elle laisse au représentant le choix de déposer plainte ou non. En revanche, une procuration spéciale est, en principe, nécessaire en cas d'atteinte à des biens immatériels de nature strictement personnelle, la décision de déposer ou non plainte appartenant au seul lésé personnellement et étant inaliénable<sup>150</sup>. S'agissant des entreprises, l'on pense en particulier aux atteintes à l'honneur, pour lesquelles une procuration générale ne suffit donc pas. Le mandataire commercial au sens de l'art. 462 CO peut ainsi, sans procuration spéciale, déposer plainte pour violation de domicile, pour autant que cela ne soit pas contraire à la volonté des organes compétents, mais non pour atteinte à l'honneur de l'entreprise représentée, laquelle doit agir directement par ses organes statutaires<sup>151</sup>.

---

<sup>145</sup> ATF 118 IV 167, consid. 1b ; 117 IV 437, consid. 1 ; BSK StPO-RIEDO, art. 30 N 81 ss ; REHBERG (n. 142), p. p. 259 ; CR CP-STOLL, art. 30 N 31.

<sup>146</sup> ATF 118 IV 167, consid. 1b.

<sup>147</sup> ATF 117 IV 437, consid. 1c (non publié *in* : JdT 1994 IV 38).

<sup>148</sup> ATF 122 IV 207, consid. 3c, JdT 1998 IV 76 ; CR CP-STOLL, art. 30 N 34 ; BSK-Strafrecht I-Riedo, art. 30 N 87 ss, not. 88.

<sup>149</sup> Cf. *supra* nbp 141.

<sup>150</sup> BSK Strafrecht I-RIEDO, art. 30 N 87 ; CR CP-STOLL, art. 30 N 34 s ; CR CO-CHAPPUIS, art. 462 ; ATF 122 IV 207, JdT 1998 IV 76 ; 103 IV 71.

<sup>151</sup> TF 6B\_334/2012 du 26 septembre 2012, consid. 2.2 ; ATF 118 IV 167, consid. 1 ; 99 IV 1, JdT 1978 IV 2 relatif spécifiquement à une plainte pour atteinte à l'honneur par une personne morale liechtensteinoise déposée par un mandataire commercial titulaire d'une procuration générale ; pour une critique : BSK Strafrecht I-RIEDO, art. 30 N 89.

74. En présence d'une infraction poursuivie exclusivement sur plainte, la plainte déposée par une personne non autorisée – par exemple un employé dépourvu de procuration – peut être ratifiée par une personne autorisée. Le cas échéant, la ratification doit intervenir avant l'échéance du délai de 3 mois<sup>152</sup>.
75. Le délai de 3 mois de l'art. 31 CP ne commence à courir qu'à compter du moment où le lésé lui-même, soit, pour une personne morale, l'organe chargé de veiller en premier lieu aux intérêts lésés, a connaissance de la commission de l'infraction et de la personne de son auteur. Si seul un représentant, même autorisé à déposer plainte – à l'exclusion bien sûr des organes – a connaissance de ces informations, le délai de 3 mois ne commence pas à courir<sup>153</sup>.
76. Si le lésé est une personne morale régie par le droit public, il convient de se référer aux bases légales correspondantes du droit public pour déterminer la compétence de déposer plainte<sup>154</sup>. Elle peut être multiple : le droit de porter plainte pour violation de domicile d'une chambre d'hôpital public a été reconnu, selon les règles de droit public applicables au cas d'espèce, au gouvernement cantonal, au gérant de l'hôpital, à son directeur et au médecin-chef de la clinique<sup>155</sup>. En cas de déclarations contradictoires (plainte de l'un et renonciation de l'autre), l'ordre hiérarchique prévaut<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> BSK Strafrecht I-RIEDO, art. 30 N 91 ; ATF 103 IV 71 ; 106 IV 244 ; autre est la question de la justification des pouvoirs du représentant (procuration écrite ou orale) ; pour cette question, cf. TF 6S.36/2003 du 10 avril 2004, consid. 2 ; ATF 103 IV 71 ; 108 Ia 97, JdT 1983 IV 124 ; CR CPP-HARARI/ALIBERTI, art. 129 N 31.

<sup>153</sup> CR CP-BICHOVSKY, art. 31 N 14 ; DUPUIS et Al. (n. 5), art. 31 N 7 ; ATF 130 IV 97, JdT 2006 IV 196 ; *contra* BSK Strafrecht I-RIEDO, art. 31 N 12 s ; REHBERG (n. 142), p. 269.

<sup>154</sup> BSK Strafrecht I-RIEDO, art. 30 N 85 s ; CR CP-STOLL, art. 30 N 33 ; DUPUIS et al. (n. 5), art. 30 N 12.

<sup>155</sup> ATF 90 IV 174, JdT 1964 IV 76.

<sup>156</sup> BSK Strafrecht I-RIEDO, art. 30 N 86 ; REHBERG (n. 142), p. 261.

### ***E. Le droit à l'assistance judiciaire des personnes morales***

77. La question de savoir si une personne morale peut ou non bénéficier de l'assistance judiciaire est controversée. Si la doctrine se montre hésitante<sup>157</sup>, les juges fédéraux y ont répondu de manière générale par la négative<sup>158</sup>. A l'adoption du CPC, le législateur a délibérément laissé la question ouverte<sup>159</sup> ; quant au CPP, le message est muet sur la question<sup>160</sup>. Le Tribunal fédéral retient en effet que seule une personne physique peut être dans une situation d'indigence ou de pauvreté<sup>161</sup>, une personne morale ne pouvant être que surendettée, voire confrontée à une déclaration de faillite<sup>162</sup>. La nécessaire solidarité sociale à l'égard de ceux qui ne peuvent assumer les frais d'une procédure ne se transpose pas aux personnes juridiques, qui n'ont pas de besoins vitaux à assumer. Pour ces raisons, le Tribunal fédéral a toujours exclu les personnes morales du champ de l'art. 29 al. 3 Cst.<sup>163</sup>. Il n'a envisagé qu'une exception : une personne morale pourrait se voir admise au bénéfice de l'assistance si l'objet de la procédure est son seul actif et que les personnes « économiquement intéressées » - qui s'entendent largement, soit tant les sociétaires que les organes, voire les créanciers - répondent eux-mêmes aux critères de l'indigence<sup>164</sup>. Cette approche restrictive se justifie dans la mesure

---

<sup>157</sup> Pour les réf. des différentes opinions exprimées : SHK ZPO-KÖCHLI, art. 117 N 8.

<sup>158</sup> Not. ATF 119 Ia 337, SJ 1994 221 ; 125 V 371 ; 131 II 306, consid. 5.2 ; 126 V 42, consid. 4.

<sup>159</sup> L'avant-projet de CPC excluait expressément l'assistance juridique pour les personnes morales, le projet a abandonné cette restriction de façon à autoriser les exceptions, conformément à la jurisprudence fédérale (Message CPC, p. 6912).

<sup>160</sup> Message FF 2006, p. 104 s, s'agissant de l'assistance judiciaire de la partie plaignante.

<sup>161</sup> L'art. 152 OJ prévoyait que l'assistance judiciaire n'était accordée qu'à la partie qui est dans le besoin.

<sup>162</sup> ATF 119 Ia 337, SJ 1994 221, consid. 4b.

<sup>163</sup> TF 2A.399/2004 du 24 mars 2005, consid. 5, RDAF 2006 I 805 ; ATF 119 Ia 337 ; AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 129 N 13, p. 272 et réf. citées.

<sup>164</sup> ATF 131 II 306, consid. 5.2.2 ; s'agissant en particulier des sociétés de capitaux, la seconde condition fait l'objet de critique (not. CR-CPC-TAPPY, art. 117 N 17).

où l'assistance judiciaire est une forme d'aide publique visant à permettre aux bénéficiaires de mener une existence conforme à la dignité humaine. Face à une personne morale surendettée, en particulier une société de capitaux, l'ordre juridique ne prévoit de manière générale pas de droit à l'assistance publique, mais la faillite<sup>165</sup>.

78. Ces principes valent également en procédure pénale, étant rappelé, s'agissant de la partie plaignante, le lien intime qu'entretiennent l'octroi de l'assistance juridique et le fait de faire valoir des prétentions civiles<sup>166</sup>. La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion d'examiner à l'aune de ces critères si une fondation intervenant en tant que tiers saisi dans une procédure pénale avait droit à l'assistance judiciaire pour s'opposer au séquestre d'un compte dont elle était titulaire ; elle l'a finalement exclu faute pour l'intéressée d'avoir démontré que le séquestre portait sur l'entier de son patrimoine et que le principal bénéficiaire était indigent<sup>167</sup>. L'assistance d'un défenseur d'office, le cas échéant indemnisé par l'Etat, fait toutefois l'objet d'une réglementation propre qui s'applique à l'entreprise prévenue (cf. *supra* N 14).
79. En revanche, d'autres entités capables d'ester en justice peuvent se voir admises au bénéfice de l'assistance judiciaire si elles sont indigentes et que les associés indéfiniment responsables le sont également<sup>168</sup>, ce qui se justifie dans la mesure où le patrimoine de ces sociétés est en réalité celui des associés.

---

<sup>165</sup> CORBOZ, Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire, SJ 2003 II 67 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, Berne 2014, art. 64 N 9.

<sup>166</sup> Art. 136 al. 1 CPP ; CR CPP-HARARI-CORMINBOEUF, art. 136 N 17 ss.

<sup>167</sup> La Cour des plaintes a toutefois laissé ouverte la question du droit à l'assistance judiciaire des autres participants à la procédure de l'art. 105 CPP ; TPF BB.2012.10 du 4 juillet 2012, consid. 5.

<sup>168</sup> ATF 116 II 651, consid. 2, JdT 1991 I 381 à propos de la société en nom collectif et de la société en commandite.

#### IV. Le statut des autres membres et représentants de l'entreprise

80. Au côté du statut dans la procédure de l'entreprise elle-même et, lorsqu'elle est prévenue, de son représentant au sens de l'art. 112 al. 1 CPP (cf. *supra* N 19 ss), se pose également la question du statut procédural des autres membres de l'entreprise, qu'ils soient employés ou organes. On doit notamment se demander en quelle qualité les collaborateurs et les organes d'une entreprise prévenue – mais aussi d'une entité juridique partie plaignante ou simple lésée – doivent être auditionnés.
81. Cela étant, outre les droits et devoirs du comparant et la force probante de ses déclarations<sup>169</sup>, la question présente d'autres enjeux : déterminer qui peut assister aux audiences pour représenter l'entreprise, quelles sanctions assortir d'un refus de collaborer, ou encore servir de critère pour déterminer les droits et devoirs de l'avocat dans ses contacts avec les membres ou collaborateurs de l'entreprise prévenue ou partie plaignante<sup>170</sup>.

##### *A. Les membres de l'entreprise prévenue*

82. La question est délicate : à qui, au sein d'une entreprise prévenue, peut-on imposer un devoir de collaboration avec les autorités pénales ? La réponse ne s'est d'ailleurs pas imposée d'emblée : l'avant-projet de 2001 du CPP prévoyait que tous les membres de l'entreprise bénéficiaient d'un statut les autorisant à refuser de déposer<sup>171</sup> ; certains auteurs soutenaient cette solution<sup>172</sup>. Les Chambres fédérales se sont montrées significativement plus

---

<sup>169</sup> Qui doit au demeurant être relativisée, compte tenu du principe de la libre appréciation des preuves.

<sup>170</sup> L'on pense notamment aux devoirs qui lui échoient dans ses contacts avec de futurs témoins (cf. sur ce sujet ATF 136 II 551, JdT 2010 I 604 ; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, § 1180 à 1185, qui font expressément référence à l'employé d'une personne morale).

<sup>171</sup> Y compris donc les « *membres du personnel* » (art. 186 al. 1 AP-CPP) ; Message FF 2006, p. 1191.

<sup>172</sup> Not. MACALUSO, RPS 2005 (n. 21), p. 87 ; CR CPP-MACALUSO, art. 112 N 28.

restrictives, réservant le droit de refuser de collaborer au seul représentant désigné ou aux seules personnes qui auraient théoriquement pu l'être<sup>173</sup>, ce qui correspondait peu ou prou aux minima fédéraux en vigueur avant l'adoption du CPP<sup>174</sup>. Finalement, afin en particulier d'éviter de rendre inopérant le droit de refuser de collaborer par l'audition en qualité de témoin des collaborateurs les mieux renseignés, un compromis a été proposé par le Conseil fédéral et consacré à l'art. 178 al. 1 let. g CPP<sup>175</sup>. Selon cette disposition, est entendu en qualité de personne appelée à donner des renseignements – et n'est partant pas tenu de déposer<sup>176</sup> – quiconque a été ou pourrait être désigné représentant de l'entreprise dans une procédure dirigée contre celle-ci, ainsi que ses collaborateurs. Ce régime privilégié bénéficie donc, outre au représentant désigné, à tous les membres de l'entreprise autorisés à représenter sans restriction celle-ci en matière civile, ainsi qu'aux collaborateurs directs de ces derniers. Si la formulation retenue n'est pas des plus précises, la notion de collaborateur doit se comprendre comme celle d'*auxiliaire* au sens de l'art. 321 ch. 1 CP<sup>177</sup>. Il doit s'agir d'un collaborateur direct du représentant, soit qu'il a, avec ce dernier, une interaction directe, personnelle et d'une certaine durée. Tombent dans cette catégorie les secrétaires et les assistants de direction ou les préposés à la tenue du procès-verbal des réunions de l'administration ; en revanche, en sont exclus les collaborateurs du service juridique ou d'autres services chargés de conseiller la direction<sup>178</sup>. Si une délimitation du cercle des collaborateurs autorisés à refuser de collaborer s'imposait effectivement, ne serait-ce parce qu'il n'a jamais été envisagé d'accorder un tel privilège à l'employé

---

<sup>173</sup> Message FF 2006, p. 1191 ; BO CN 2001 N 605 ss.

<sup>174</sup> L'art. 102a al. 2 *in fine* aCP prévoyait notamment que les personnes autorisées à représenter l'entreprise en matière civile sans restriction, mais qui n'avaient pas été désignées représentants, n'avaient pas l'obligation de déposer.

<sup>175</sup> Message FF 2006, p. 1191.

<sup>176</sup> Art. 180 al. 1 CPP, et, si l'intéressé accepte néanmoins de déposer, il le fait avec les droits et devoirs du prévenu et, partant, sans aucune obligation de collaborer.

<sup>177</sup> Message FF 2006, p. 1191.

<sup>178</sup> Message FF 2006, p. 1191 ; BSK StPO-KERNER, art. 178 N 13 ; CR CPP-PERRIER, ad art. 178 N 28 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 178 N 25.

d'une personne physique impliquée dans la commission d'une infraction, le cercle des personnes visées par le terme de collaborateur paraît plus restreint que celui d'*auxiliaire* retenu en matière de secret professionnel, où le critère temporel ne joue d'ailleurs de manière générale aucun rôle<sup>179</sup>.

### ***B. Les organes et collaborateurs de la personne morale plaignante***

83. Dans une moindre mesure, la question se pose également de déterminer quel statut procédural doit être réservé aux personnes physiques qui agissent au sein d'une entité juridique, partie plaignante à une procédure pénale.
84. Rappelons en premier lieu que le lésé qui ne s'est pas constitué partie plaignante doit être entendu comme témoin (art. 166 al. 1 CPP) avec les droits et devoirs assortis à ce statut, notamment l'obligation de déposer (sous réserve d'un droit de refus prévu aux art. 168 à 173 CPP) et la sanction criminelle de l'art. 307 CP en cas de faux témoignage.
85. Le lésé qui s'est constitué partie plaignante est soumis à un régime différent puisqu'ayant annoncé son intéressement au résultat du procès pénal, l'audition en qualité de témoin est raisonnablement apparue comme inadmissible au législateur<sup>180</sup>. La partie plaignante est dès lors entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements (art. 178 al. 1 let. a CPP) assortie d'une obligation de

---

<sup>179</sup> Ainsi, le détective privé ou l'expert engagé par un avocat sur un unique dossier tomberait indiscutablement dans la catégorie des *auxiliaires* au sens de l'art. 321 CP (CORBOZ (n. 13), art. 321 N 16). De même, bien que la question ne trouve pas une réponse unanime en doctrine, le personnel de nettoyage d'une chambre d'hôpital est un *auxiliaire* du médecin alors que le caractère personnel de leur interaction paraît modeste (CORBOZ, *op. cit.*, N 16 ; DUPUIS et al. (n. 5), art. 321 N 20).

<sup>180</sup> Message FF 2006, p. 1189 ; avec comme écueil toutefois que la déclaration d'intervention comme partie plaignante peut intervenir à la fin de l'instruction par le Ministère public (art. 118 al. 3 CPP), et donc, éventuellement, après que le lésé aura été entendu comme témoin. Les déclarations faites en qualité de témoin restent telles quelles en cas de changement de statut (CR CP-PERRIER, art. 178 N 12 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (n. 8), art. 178 N 2).

déposer<sup>181</sup> (art. 180 al. 2 CPP) devant le Ministère public, les tribunaux et la police lorsqu'elle intervient sur délégation (art. 312 CPP). Si les droits de refuser de déposer du témoin s'appliquent (par renvoi de l'art. 180 al. 2 *in fine* CPP), le refus injustifié n'est en revanche pas sanctionné, sinon éventuellement au stade de l'appréciation des preuves<sup>182</sup>. La fausse déposition de la partie plaignante n'est pas sanctionnée pour faux témoignage selon l'art. 307 CP, mais, éventuellement et aux conditions de ces infractions, par la dénonciation calomnieuse, l'induction de la justice en erreur ou l'entrave à l'action pénale (art. 303 à 305 CP), voire la fausse déclaration d'une partie en justice selon l'art. 306 CP, pour autant que la déclaration porte sur un fait en relation avec les conclusions civiles et pour autant que le déposant ait été formellement sommé de dire la vérité.

86. Dans la mesure où les auditions ne concernent bien entendu que des personnes physiques, la transposition de ces principes en présence d'une entreprise comme partie se pose. Contrairement au CPC<sup>183</sup> et à l'exception de l'hypothèse de l'entreprise prévenue (cf. *supra* N 82), le CPP est resté muet sur la question.
87. C'est par effet de miroir avec la procédure civile, au cours de laquelle les parties ont en principe l'obligation de déposer<sup>184</sup>, que le législateur a imposé ce même devoir à la partie plaignante dans le procès pénal<sup>185</sup>. C'est également la même sanction que le législateur impose en cas de refus de déposer d'une partie à un procès civil et d'une partie plaignante à un procès pénal<sup>186</sup>, soit qu'il en soit tenu compte au stade de l'appréciation des preuves. Compte tenu de cette

---

<sup>181</sup> Et non de dire la vérité, cf. JEANNERET/KUHN (n. 66), N 12018 p. 220 et réf. citées.

<sup>182</sup> Message FF 2006, p. 1192 ; CR CP-PERRIER, art. 181 N 19.

<sup>183</sup> On pense notamment à l'art. 159 CPC, dont la teneur est la suivante : « Lorsqu'une personne morale est partie au procès, ses organes sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves ».

<sup>184</sup> Art. 160 al. 1 *ab initio* CPC.

<sup>185</sup> Message FF 2006, p. 1192.

<sup>186</sup> Expressément dans le CPC, à l'art. 164, et dans le message relatif au CPP, FF 2006, p. 1192.

symétrie, liée à l'idée qu'un témoin ne saurait être intéressé au sort d'une procédure, les principes prévalant en procédure civile sur le statut d'audition des organes et des collaborateurs d'une personne morale (not. les art. 159 et 169 CPC et les développements y relatifs) devraient s'appliquer *mutatis mutandis* en procédure pénale. Ainsi, les organes formels, légaux ou statutaires, de l'entité partie plaignante doivent être entendus comme personnes appelées à donner des renseignements avec une obligation de déposer dont la violation n'est pas directement sanctionnée. Il doit en aller de même des organes de fait, soit les organes qui participent effectivement et de manière décisive à la formation de la volonté sociale<sup>187</sup>. Les autres membres de l'entité juridique, notamment les collaborateurs, pourront être entendus en qualité de témoin (pour autant que rien ne s'y oppose par ailleurs) (voir la contribution de BOHNET/JÉQUIER dans cet ouvrage).

## V. L'expert : un monopole de la personne physique

88. En application de l'art. 183 al. 1 CPP, l'expert mandaté par l'autorité pénale doit nécessairement être une personne physique. Un institut, un hôpital, un laboratoire ou toute autre entité ne peut pas se voir confier une mission d'expertise ; ainsi, notamment, une personne morale ne peut pas se voir confier une mission d'expertise. Il faut désigner une personne responsable à titre individuel (art. 185 al. 1 CPP) au sein de cet établissement, à charge pour cette dernière, le cas échéant, de se faire autoriser à être assistée par d'autres personnes travaillant sous sa responsabilité (art. 184 al. 2 let. b CPP)<sup>188</sup>. C'est également la personne physique désignée comme expert qui assumera personnellement les conséquences pénales d'un éventuel faux rapport, selon l'art. 307 CP. Il découle de cette règle qu'une entreprise, au sens défini dans cette contribution, ne peut pas se faire confier une mission d'expertise, sous réserve de l'entreprise

---

<sup>187</sup> ATF 121 III 176, consid. 4a ; CPC-SCHWEIZER, art. 159 N 11 ss, not. N 14 ; Message CPC, p. 6925 (FF 2006 6841).

<sup>188</sup> SCHMID, Praxiskommentar, art. 183 N 1 ; CR CPP-VUILLE, art. 183 n. 1.

individuelle, au sein de laquelle la personne de l'expert peut coïncider avec le titulaire de la raison individuelle.

89. L'art. 183 al. 2 CPP réserve la faculté à la Confédération et aux cantons de recourir à des experts permanents ou à des experts officiels dans certains domaines. Le droit fédéral impose des restrictions quant aux choix de l'expert, paradoxalement en visant, pour certains cas, des établissements et non des personnes physiques. Ainsi, par exemple, l'établissement d'un profil d'ADN doit nécessairement être confié à un laboratoire reconnu par le Département fédéral de justice et police en vertu de l'art. 8 al. 1 et 2 de la Loi sur les profils d'ADN, l'examen approfondi d'un cadavre en cas de mort suspecte doit être confié à un institut de médecine légale (art. 253 al. 2 CPP), ou l'analyse de sang ou d'urine et l'expertise destinée à établir la capacité de conduire doivent être confiées à un laboratoire, respectivement un expert, agréé par l'OFROU (art. 14 et 16 OCCR). Dans toutes ces hypothèses, compte tenu de la règle générale de l'art. 183 al. 1 CPP, il faut retenir que la personne de l'expert devra être une personne physique choisie au sein des institutions imposées par la loi aux fins de la mission d'expertise spécifique.
90. On notera que l'entreprise au sein de laquelle œuvre un expert ne pourra jamais encourir de responsabilité pénale au sens de l'art. 102 CP, à raison d'un faux rapport d'expertise (art. 307 CP), dans la mesure où la désignation *ad personam* de l'expert, personne physique, par l'autorité pénale exclut que celui-ci puisse demeurer inconnu (art. 102 al. 1 CP), tandis que l'art. 307 CP ne figure pas dans la liste exhaustive de l'art. 102 al. 2 CP.

## VI. Conclusion

91. Faire voyager le concept d'entreprise au travers des différentes postures qu'aménage le droit pénal n'est pas sans difficulté, à commencer par le fait que la notion d'entreprise constitue une notion juridique précise, définie par l'art. 102 al. 4 CP lorsqu'il s'agit pour elle d'occuper la position de prévenu, tandis que le concept est absent de la loi, s'agissant des autres statuts procéduraux envisageables en procédure pénale. En définitive, une fois la notion

d'entreprise traduite dans les différentes hypothèses, la problématique commune et essentielle réside dans la question de définir le statut procédural des différentes personnes appartenant à une entreprise avec les droits et devoirs attachés à leurs statuts respectifs.



# Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme

Mesures préventives, contestation des décisions  
de l'assemblée générale, blocage du registre du commerce,  
contrôle spécial et contrôle de gestion

par

Olivier Hari  
Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Lino Hänni  
Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

|   |     |
|---|-----|
| Introduction .....  | 106 |
| I. Contestation de décisions de l'assemblée générale .....  | 107 |
| A. En amont de l'assemblée générale .....   | 107 |
| 1. Violation d'une convention d'actionnaires .....  | 108 |
| a) <i>Notion et exemples</i> .....  | 108 |
| b) <i>Conditions</i> .....  | 110 |
| c) <i>Conclusions de la requête</i> .....   | 110 |
| d) <i>Procédure et moyens de preuve</i> .....   | 112 |
| e) <i>For</i> .....   | 112 |
| 2. Motifs prévisibles ou avérés d'annulation ou de nullité .....  | 113 |
| B. Après l'assemblée générale .....   | 115 |
| 1. Immédiatement après l'assemblée générale : blocage du<br>registre du commerce (art. 162 s ORC) ..... | 115 |
| a) <i>Objet</i> .....   | 115 |
| b) <i>Compétence</i> .....  | 117 |
| c) <i>Qualité pour s'opposer</i> .....  | 117 |
| d) <i>Délai d'opposition</i> .....  | 117 |
| e) <i>Forme</i> .....   | 118 |

|  |     |
|--|-----|
| <i>f) Effets du blocage</i> .....  | 118 |
| <i>g) Durée et maintien du blocage</i> .....   | 119 |
| 2. Dans les dix jours suivant le blocage du registre : requête en<br>mesures provisionnelles .....   | 121 |
| <i>a) Objet</i> .....  | 121 |
| <i>b) Compétence</i> .....   | 121 |
| <i>c) Qualité pour agir et pour défendre</i> .....   | 122 |
| <i>d) Délais</i> .....   | 122 |
| <i>e) Conclusions de la requête</i> .....  | 122 |
| <i>f) Conditions</i> .....   | 123 |
| <i>g) Effets</i> .....   | 124 |
| 3. Dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale :<br>action en annulation des décisions de l'assemblée générale<br>(art. 706 CO)..... | 124 |
| <i>a) Introduction</i> .....   | 124 |
| <i>b) Objet</i> .....  | 125 |
| <i>c) Compétence</i> .....   | 125 |
| <i>d) Qualité pour agir</i> .....  | 127 |
| <i>e) Qualité pour défendre</i> .....  | 129 |
| <i>f) Délais</i> .....   | 130 |
| <i>g) Conditions matérielles</i> .....   | 131 |
| <i>h) Frais</i> .....  | 135 |
| 4. Plus de deux mois après l'assemblée générale : constatation<br>de la nullité des décisions de l'assemblée générale<br>(art. 706b CO)..... | 136 |
| II. Requête en institution d'un contrôle spécial .....   | 138 |
| A. But du contrôle spécial .....   | 138 |
| B. Objet du contrôle spécial.....  | 139 |
| C. En amont de la requête : délimitation du cadre du contrôle<br>par la demande de renseignements .....                                      | 140 |
| D. Requête en contrôle spécial .....   | 142 |
| 1. Prémisses .....   | 142 |
| 2. Compétence.....   | 143 |
| 3. Qualité pour agir .....   | 143 |

|  |     |
|--|-----|
| 4. Délai.....  | 144 |
| 5. Procédure.....  | 144 |
| 6. Conditions matérielles.....                                 | 144 |
| a) <i>Subsidiarité</i> .....                                   | 145 |
| b) <i>Nécessité</i> .....                                      | 145 |
| c) <i>Vraisemblance d'une violation</i> .....                  | 146 |
| d) <i>Vraisemblance d'un dommage</i> .....                     | 147 |
| e) <i>Vraisemblance d'un lien de causalité</i> .....           | 148 |
| f) <i>Argumentation juridique</i> .....                        | 148 |
| 7. Effets de l'admission de la requête.....                    | 149 |
| 8. Frais.....  | 150 |
| E. Importance pratique du contrôle spécial.....                | 150 |
| III. Contrôle de gestion.....                                  | 151 |
| A. Compétence décisionnelle.....                               | 151 |
| B. Le contrôleur de gestion : organe ou tiers ?.....           | 154 |
| C. Conditions.....   | 159 |
| D. Aspects pratiques.....                                      | 161 |
| 1. Désignation nominative.....                                 | 161 |
| 2. Objet du contrôle.....                                      | 162 |
| 3. Obligation de faire rapport et secret d'affaires.....       | 164 |
| 4. Valeur et utilisation des faits élucidés ou découverts..... | 165 |
| Conclusion.....  | 166 |

## Introduction

1. La vie d'une société anonyme ne s'apparente pas toujours à un long fleuve tranquille. Il peut arriver que les actionnaires connaissent entre eux, respectivement vis-à-vis du conseil d'administration, des tensions particulièrement fortes, qui ne peuvent pas être résolues autrement que par l'intervention d'une autorité judiciaire, ou la mise en œuvre de certains mécanismes sociaux, ou de protection des actionnaires minoritaires.
2. La présente contribution, qui ne se veut pas exhaustive s'agissant des voies de droit à disposition des actionnaires, détaille quatre mécanismes : les mesures destinées à prévenir une décision, respectivement un comportement susceptible de léser certains ou tous les actionnaires (droit individuel), l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale (droit individuel), le contrôle spécial (droit de minorité) et enfin le contrôle de gestion (droit de majorité).
3. Le but de la présente contribution est d'aborder ces voies de droit et institutions sous un angle non seulement théorique, mais également pratique, avec un accent sur le *qui*, le *comment* et le *quand*.
4. La gestion du temps est particulièrement importante en ce qui concerne les vices dans les décisions de l'assemblée générale. Seront présentés les moyens juridiques pouvant prévenir une décision viciée ou constitutive d'une lésion contraire au droit, puis ceux qui permettent la contestation d'une telle décision.
5. Conçu comme l'« interface » entre l'actionnaire et la société, le contrôle spécial est considéré comme difficile à mettre en œuvre en raison des conditions restrictives d'admission de l'action. L'éclairage est ici mis en particulier sur les exigences à remplir en matière de motivation d'une requête en contrôle spécial.
6. Dans un contexte où la surveillance interne devient de plus en plus importante, une institution peu connue et rarement mise en œuvre en droit de la société anonyme est également traitée : le contrôle de gestion. Nous en présenterons le mécanisme et tenterons de déterminer dans quelles situations ce contrôle peut s'avérer utile.

## I. Contestation de décisions de l'assemblée générale

### A. En amont de l'assemblée générale

7. L'assemblée générale est à la fois un organe – l'organe suprême de la société anonyme<sup>1</sup> – et un événement démocratique – à savoir la réunion de certains ou de tous les actionnaires d'une société anonyme<sup>2</sup>. À quelques exceptions près<sup>3</sup>, au sein de et pendant l'assemblée générale, chaque actionnaire dispose d'un droit social intransmissible et inaliénable, le droit de voter<sup>4</sup>.
8. Chaque vote est pris en compte proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions détenues par chaque actionnaire votant<sup>5</sup>; exceptionnellement, il est statutairement possible de déroger à ce principe, par l'émission d'actions à droit de vote privilégié, en prévoyant que le droit de vote sera exercé proportionnellement au nombre d'actions détenues par chaque actionnaire sans égard à la valeur nominale<sup>6</sup>. Mais même dans ce dernier cas, certaines décisions ne peuvent qu'être prises en application du principe de proportionnalité à la valeur nominale<sup>7</sup>.
9. «*Praestat cautela quam medela*»<sup>8</sup>? Vu ce qui précède, il peut paraître *prima facie* difficile, voire impossible, de prévenir un vote, et ses conséquences, en agissant avant l'assemblée générale. Toutefois,

---

<sup>1</sup> Art. 698 al. 1 CO.

<sup>2</sup> Art. 699 à 701 CO.

<sup>3</sup> Cf. en particulier les art. 681 al. 2 CO, 685c al. 1 CO, 685f al. 2 CO, 691 CO, et 695 CO.

<sup>4</sup> Art. 689 ss CO.

<sup>5</sup> Art. 692 al. 1 CO.

<sup>6</sup> Art. 693 al. 1 CO.

<sup>7</sup> Art. 693 al. 3 CO (désignation de l'organe de révision, des experts chargés de vérifier tout ou partie de la gestion, décision d'instituer un contrôle spécial, décision d'ouverture d'une action en responsabilité).

<sup>8</sup> Phrase attribuée à Sir Edward Coke (cf. RILEY (édit.) Dictionary of Latin quotations, proverbs, maxims, and mottos, classical and mediaeval, including law terms and phrases with a selection of Greek quotations, Londres 1866, p. 341), également en anglais : « *Prevention/precaution is better than cure* ».

deux cas de figure peuvent se présenter, qui légitiment une action préventive :

L'existence d'une convention d'actionnaires liant certains ou tous les actionnaires (contrat de société simple, art. 530 ss CO), ou

La survenance, déjà avant le déroulement d'une assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire, de motifs d'annulation ou de nullité.

## 1. Violation d'une convention d'actionnaires

### *a) Notion et exemples*

10. Les conventions d'actionnaires sont d'une utilité certaine lorsqu'il s'agit de donner, respectivement d'imposer aux actionnaires, ou à certains actionnaires, des droits, ou des obligations, autres que ceux découlant du droit de la société anonyme. Elles sont fréquentes dans les sociétés de famille, pour assurer un maintien du capital en mains de la famille et la pérennité de la société<sup>9</sup>, après des opérations de capitalisation de *startup*<sup>10</sup>, et plus généralement lorsque les actionnaires ressentent le besoin de personnaliser une société

---

<sup>9</sup> En général, dans ce contexte, la convention d'actionnaires prévoit des obligations en matière de vote, des droits relatifs à la représentation au conseil d'administration, des règles limitant le transfert des actions à des personnes faisant partie de différents cercles familiaux, ou extérieures au cercle de la famille, ou encore définir une politique d'entreprise et d'investissement à long terme.

<sup>10</sup> En particulier dans le cadre de tours de financements (*round-financing* en plusieurs séries) dans le domaine du capital-risque (*Venture Capital*), pour assurer aux investisseurs des droits particuliers, et assurer des conditions d'*exit* optimales. L'on règle en général les droits de représentation au conseil d'administration des investisseurs, le droit d'accès régulier aux comptes (chaque trimestre par exemple), le montant des dividendes à distribuer, en cas de désaccord, calculé en pourcent du résultat de l'exercice (après impôts), les limites au transfert d'actions (quantité et embargo pendant une certaine période), les droits d'acquisition préférentielle et de cession conjointe, ou l'obligation de cession conjointe, des règles de protection contre un risque de dilution, et enfin une clause de *best effort* sur un *exit* (vente à un tiers, *MBO* ou *IPO*).

(anonyme) qui par définition est une société de capitaux, dépourvue de caractère personnel.

11. A ce stade, il importe de soigneusement distinguer les différences entre les conséquences de la violation d'une convention d'actionnaires et les conséquences de la violation du droit des sociétés.
12. Une convention d'actionnaires constitue un contrat mettant à charge de certains actionnaires, ou de tous les actionnaires, certaines obligations<sup>11</sup>. Certains actionnaires peuvent avoir l'intention de violer la convention, sans pour autant que cette violation ne constitue autre chose qu'une violation du droit des obligations.

Premier exemple : certains groupes d'actionnaires (par exemple les fondateurs d'une *startup*, ont droit selon la convention d'actionnaires à un certain nombre de représentants au sein du conseil d'administration). Pendant l'assemblée générale, les autres actionnaires parties à la convention élisent des administrateurs, dont aucun ne représente les fondateurs.

Second exemple : dans une société de famille, certains membres, majoritaires, décident de ne pas respecter les règles anti-dilution ni en matière de politique d'entreprises prévues dans la convention d'actionnaires, et votent une suppression du droit de souscription préférentiel afin de procéder à une fusion.

13. Dans les deux exemples figurant ci-dessus, le droit des sociétés n'est a priori pas violé. En revanche, le droit des obligations l'est indiscutablement. Pour autant, dans les deux cas de figure, les actionnaires lésés dans leurs droits découlant de la convention d'actionnaires n'ont aucun motif à faire valoir pour faire annuler ou faire constater la nullité de l'assemblée générale pendant laquelle les décisions ont été prises. Il peut donc s'avérer utile de tenter d'agir préventivement, pour autant que les actionnaires en question aient en leur possession des informations mettant en évidence l'issue des votes.

---

<sup>11</sup> Art. 530 al. 1 CO.

### ***b) Conditions***

14. Les actionnaires qui pressentent une violation de la convention d'actionnaires peuvent tenter de se prémunir en déposant auprès du juge compétent une requête de mesures provisionnelles au sens des art. 261 ss CPC. Ils devront alors cumulativement démontrer qu'ils sont titulaires d'une prétention (art. 261 al. 1 CPC), que cette prétention est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (art. 261 al. 1, let. a CPC) et que l'atteinte risque de leur causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1, let. b CPC).
15. L'apport de la preuve du préjudice difficilement réparable dépendra des circonstances ; dans la mesure où la décision de l'assemblée générale prise en violation de la convention d'actionnaires n'est pas en soi attaquable, sauf si elle recèle des vices ressortissant au droit des sociétés, et donc qu'il n'existe aucun remède autre qu'une hypothétique indemnité à verser en application d'une hypothétique clause pénale, l'autorité compétente devrait théoriquement reconnaître le caractère difficilement réparable du préjudice. L'existence, le montant et la facilité de mise en œuvre d'une éventuelle clause pénale dans la convention d'actionnaires auront cependant une incidence sur le caractère difficilement réparable ou non du préjudice.

### ***c) Conclusions de la requête***

16. Au titre des conclusions à prendre, les actionnaires requérants peuvent cumulativement demander que le tribunal compétent prononce à l'encontre des actionnaires intimés une interdiction (art. 262 let. a CPC) de voter de manière contraire à la convention, ou leur intimer l'ordre d'agir conformément à la convention<sup>12</sup>.
17. Se pose la question de savoir si des conclusions peuvent être prises contre la société, son conseil d'administration, ou encore à l'intention de l'officier public chargé d'instrumenter les décisions

---

<sup>12</sup> OLIVIER BLOCH, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit Suisse avec un aperçu du droit boursier, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2011, p. 104 ss.

nécessitant la forme authentique ou de l'autorité du registre du commerce (art. 262 let. c CPC).

18. Selon nous, il convient de répondre négativement à la question s'agissant de l'office du registre du commerce, dont le devoir et le pouvoir d'examen relatifs à la tenue du registre sont limités à certains aspects du droit. En substance, ce n'est que lors de l'examen des réquisitions d'inscription sous l'angle du respect des règles applicables au registre du commerce (art. 927-956 CO et ORC) que l'office du registre du commerce dispose d'un plein pouvoir de cognition. Il dispose en revanche d'un pouvoir de cognition limité lors de l'examen des réquisitions d'inscription sous l'angle du droit matériel : l'inscription ne sera refusée qu'en cas de violation de dispositions impératives de la loi qui sont édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers, sans égard aux intérêts privés<sup>13</sup>. C'est ce que précise d'ailleurs clairement l'art. 1 ORC, qui fait référence aux « dispositions impératives du droit privé ».
19. La réponse nous paraît identique concernant l'officier public, garant du seul respect des règles impératives du droit des sociétés lors de décisions ayant des conséquences importantes sur les droits des actionnaires, ou au stade de la fondation ; tout au plus peut-on admettre que l'officier public puisse tirer des conséquences juridiques de vices du consentement patents (un actionnaire présent est manifestement incapable de discernement, ou des pressions s'apparentant à de la contrainte aux yeux du droit pénal sont exercées sur un actionnaire par d'autres pour qu'il vote conformément à leurs instructions).

---

<sup>13</sup> ATF 132 III 668, consid. 3.1 = JdT 2007 I 438 ; art. 28 ORC, seconde phrase : « Il vérifie en particulier si la réquisition et les pièces justificatives ont le contenu exigé par la loi et l'ordonnance et ne contredisent pas de dispositions impératives ». Voir également PETER FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 2/1999, pp.1 ss ; cette contribution a fait l'objet d'un résumé et d'une traduction en français : cf. ROLF BÄR/PETER FORSTMOSER/NICOLAS DUC, Le pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce, REPRAX 1/2000, pp. 63 ss. A noter que les contributions précitées sont antérieures à l'entrée en vigueur de l'ORC.

20. La question est plus délicate concernant des conclusions dirigées contre la société et/ou son conseil d'administration. Ce type de conclusions devrait être admis restrictivement, uniquement dans certaines circonstances, par exemple et en particulier si la totalité des actionnaires est partie à la convention d'actionnaires<sup>14</sup>. Il est rappelé à cet égard que la société ne devrait pas être partie à la convention d'actionnaires ; une adhésion de la société à la convention d'actionnaires est synonyme de violation du principe de parité, car dans ce cas le conseil d'administration, qui dispose de la compétence intransmissible et inaliénable – mais déléguable – de la gestion<sup>15</sup>, serait soumis aux instructions des actionnaires.

#### ***d) Procédure et moyens de preuve***

21. La procédure de mesures provisionnelles est conduite en procédure sommaire (art. 248 let. d CPC). Par voie de conséquence, les requérants sont censés apporter les preuves essentiellement par titre (art. 254 al. 1 CPC). L'autorité judiciaire compétente devrait cependant accepter d'autres moyens de preuve (art. 254 al. 2 CPC) au regard des spécificités de la problématique. En effet, si la convention d'actionnaires signée peut être qualifiée de titre, la preuve du risque de lésion, et du dommage irréparable, sera plus difficile à amener sous cette forme. Rappelons cependant qu'en matière de mesures provisionnelles, le degré de preuve exigé est celui de la simple vraisemblance (art. 261 al. 1 CPC).

#### ***e) For***

22. L'autorité compétente *ratione loci* se détermine en application de l'art. 13 CPC, qui prévoit que, sauf disposition contraire de la loi, est impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (let. a), ou le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b). L'art 15 CPC est également applicable ; il précise

---

<sup>14</sup> L'on parle alors de *Doppelgesellschaft*.

<sup>15</sup> Art. 716a aCO.

que lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for (al. 1) ; par ailleurs, lorsque plusieurs prétentions présentant un lien de connexité sont élevées contre un même défendeur, chaque tribunal compétent pour statuer sur l'une d'elles l'est pour l'ensemble (al. 2).

23. Dès lors que la requête de mesures provisionnelles conclut à une interdiction faite à la société ou à son conseil d'administration, le for sera celui du siège de la société (à la fois for de l'action au fond et lieu de l'exécution de la mesure, art. 12 let. a et b CPC). En revanche, si la requête tend seulement à faire interdiction à plusieurs actionnaires d'adopter un comportement déterminé, l'art. 15 al. 1 CPC trouvera application et les requérants pourront choisir le for en fonction du domicile ou du siège de l'un des actionnaires qui entend violer la convention. Il est fréquent que les conventions d'actionnaires contiennent une clause de prorogation de for ; le for se déterminera alors en application de l'art. 17 CPC. Si une clause compromissoire a été prévue, des mesures provisoires, cas échéant *ex parte*, pourront être requises du juge étatique ou du tribunal arbitral selon les règles applicables à ce dernier (art. 374 al. 1 CPC ; art. 183 LDIP ; cf. également art. 26 et 43 du Règlement suisse d'arbitrage international et art. 28 et 29 du Règlement d'arbitrage ICC).

## **2. Motifs prévisibles ou avérés d'annulation ou de nullité**

24. En application de l'adage « mieux vaut prévenir que guérir », certains actionnaires pourraient également être tentés de déposer une requête de mesures provisionnelles avant la tenue d'une assemblée générale, dont l'on sait, ou suppose, à l'avance, qu'elle sera entachée de vices susceptibles de la rendre annulable, voire nulle. Ils pourraient alors conclure à ce qu'il soit fait interdiction à la société et au conseil d'administration de tenir l'assemblée générale, ou de traiter des points à l'ordre du jour, ou, cas échéant, si l'ordre du jour n'a pas encore été envoyé, à ce qu'il soit fait interdiction au conseil d'administration de porter des points à l'ordre du jour.

25. Les chances de succès d'une telle procédure sont relativement faibles, pour diverses raisons. Premièrement, hors cas d'application d'une convention d'actionnaires prévoyant certaines obligations en la matière, l'issue d'un vote est toujours incertaine ; par conséquent, l'apport de la preuve d'un préjudice difficilement réparable tel que causé par un vote sera difficile à amener. Deuxièmement, d'autres mesures existent pour pallier l'existence d'un vice dans une prise de décision sociale : le blocage du registre du commerce<sup>16</sup>, l'action en annulation<sup>17</sup>, respectivement en constatation de la nullité<sup>18</sup> d'une décision de l'assemblée générale qui viole la loi ou les statuts, cette dernière action pouvant pour le surplus être précédée d'une requête de mesure provisionnelle, voire superprovisionnelle concluant à ce qu'il soit fait interdiction au conseil d'administration d'exécuter la décision. Autrement dit, l'intérêt à agir et le caractère difficilement réparable du préjudice, risquent fort d'être niés avant la décision de l'assemblée générale, dans la mesure où l'issue du vote ne peut pas être connue a priori avec certitude, et que des moyens de droit permettent d'agir après l'assemblée générale, une fois le résultat du vote connu. La suppression d'un objet à l'ordre du jour est par ailleurs en conflit avec les droits sociaux des actionnaires, en particulier ceux de prendre position sur un objet dans le cadre de l'assemblée générale et de faire des propositions<sup>19</sup>.
26. On pourrait tout au plus imaginer une mesure provisionnelle ou superprovisionnelle dirigée contre la société et tendant à l'interdiction de porter un objet à l'ordre du jour ou de le traiter lorsque le conseil d'administration aurait de lui-même dû refuser de le porter à l'ordre du jour. Tel serait le cas si la décision proposée au vote était manifestement nulle au sens de l'art. 706b CO<sup>20</sup> ou que le

---

<sup>16</sup> Art. 162 ss ORC. Cf. *infra*, N 27 ss.

<sup>17</sup> Art. 706 s CO. Cf. *infra*, N 61 ss.

<sup>18</sup> Art. 706b CO. Cf. *infra*, N 87.

<sup>19</sup> Voir BSK OR II-SCHAAD, art. 689 N 22.

<sup>20</sup> P. ex. si elle échappait clairement au domaine de compétences de l'assemblée générale, v. ATF 137 III 503.

vice qui la frappe est si grave que le conseil d'administration serait lui-même tenu d'agir en annulation une fois la décision prise<sup>21</sup>.

### ***B. Après l'assemblée générale***

#### **1. Immédiatement après l'assemblée générale : blocage du registre du commerce (art. 162 s ORC)**

##### ***a) Objet***

27. En principe, une décision de l'assemblée générale, même viciée, est immédiatement exécutoire et peut aussitôt faire l'objet d'une réquisition d'inscription au registre du commerce lorsque cela est nécessaire, p. ex. en cas de modification du capital social ou d'élection d'un organe. Le préposé au registre du commerce dispose d'un pouvoir d'examen limité quant à la validité matérielle d'une inscription<sup>22</sup>, raison pour laquelle il revient en principe à l'actionnaire qui s'estime lésé de prendre des mesures pour éviter l'inscription d'une décision. Le cas échéant, le premier moyen qu'il doit envisager est le blocage du registre du commerce<sup>23</sup>.
28. Cette mesure superprovisionnelle permet à toute personne intéressée de s'opposer à une inscription, obligeant ainsi l'office du registre du commerce à surseoir à celle-ci. Une fois le blocage requis, l'opposant dispose d'un délai de dix jours pour déposer une requête de mesures provisionnelles devant le juge compétent<sup>24</sup>. Le blocage du registre du commerce permet ainsi de suspendre provisoirement l'inscription d'une décision de l'assemblée générale, ce qui est essentiel car l'obtention de mesures provisionnelles est exclue une fois la décision exécutée et publiée, le mal étant fait<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Comp. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 12 N 71d s.

<sup>22</sup> ATF 117 II 186, consid. 1. V. *supra*, N 18.

<sup>23</sup> Art. 162 ORC.

<sup>24</sup> Art. 162 al. 3 let. a ORC.

<sup>25</sup> Voir TF 4A\_331/2008 du 15 septembre 2008, consid. 2.1.1 ; la situation est

29. Le blocage du registre est conçu comme une mesure quasi automatique, sans examen des motifs du requérant<sup>26</sup>. Il s'agit dès lors d'un outil important et efficace dans l'arsenal des actionnaires minoritaires. Cette caractéristique le rend cependant susceptible d'être exploité à des fins abusives<sup>27</sup>. Comme l'examen du bien-fondé du blocage du registre n'a lieu qu'à la fin d'une éventuelle procédure de mesures provisionnelles, il se peut qu'un actionnaire tente de monnayer un retrait de son opposition lorsque le temps joue en sa faveur, p. ex. dans le cadre d'une augmentation de capital ou d'une restructuration au sens de la LFus<sup>28</sup>.
30. La procédure d'opposition n'exclut pas le dépôt d'une requête de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles auprès du juge, tendant à faire par exemple interdiction au membre d'un conseil d'administration fraîchement élu, ou réélu, dans le cadre d'une assemblée générale viciée, d'agir comme tel<sup>29</sup>; l'opposition est cependant nettement plus avantageuse en raison de son caractère automatique et immédiat. Des mesures superprovisionnelles peuvent toutefois être indispensables pour paralyser l'exécution de décisions n'impliquant pas une inscription au registre du commerce.

---

différente en matière d'augmentation de capital conditionnelle, l'inscription au registre du commerce et la protection qui en découle ne survenant que plus tard (idem, consid. 2.2).

<sup>26</sup> MICHAEL GWELESSIANI/NIELS SCHINDLER, Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, Genève 2014, N 561.

<sup>27</sup> ZK-TANNER, art. 706 N 220 s.

<sup>28</sup> PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 25 N 77.

<sup>29</sup> Des mesures superprovisionnelles devront être envisagées parallèlement au blocage en particulier lorsque l'inscription n'a qu'un effet déclaratif (voir N 37 ci-après).

### ***b) Compétence***

31. L'opposition doit être adressée par écrit à l'office du registre du commerce compétent pour effectuer l'inscription dont le blocage est requis<sup>30</sup>.

### ***c) Qualité pour s'opposer***

32. Ce moyen de droit est ouvert à toute personne, sauf celle ayant requis l'inscription (les « tiers » au sens de l'art. 162 al. 1 ORC)<sup>31</sup>. Le requérant n'a pas à justifier d'un intérêt digne de protection ; on réservera l'éventuel abus de droit en lien avec les blocages en chaîne (voir N 41 ci-après).

### ***d) Délai d'opposition***

33. Le moment du dépôt de l'opposition est critique : celle-ci doit impérativement parvenir à l'office avant l'inscription au registre journalier, faute de quoi l'opposant est renvoyé à agir par la voie judiciaire<sup>32</sup>. Le délai étant parfois bref entre la décision de l'assemblée générale et l'envoi d'une réquisition<sup>33</sup>, il est recommandé d'agir immédiatement si l'on estime qu'une décision est viciée.
34. La pratique admet d'ailleurs les oppositions déposées avant la réception de la réquisition dont l'inscription doit être bloquée<sup>34</sup>. Le délai de dix jours pour requérir des mesures provisionnelles est

---

<sup>30</sup> MATHIAS KUSTER, Die Handelregistersperre nach revidierter Handelsregisterverordnung, GesKR 2009, p. 554 ss, p. 556.

<sup>31</sup> KUSTER (n. 30), p. 555.

<sup>32</sup> Art. 162 al. 5. Si l'inscription n'a pas encore été publiée dans la FOsc, on peut se demander si l'opposant peut obtenir l'interdiction de la publication par des mesures superprovisionnelles ou provisionnelles. Ce moyen est irréaliste vu la brièveté du délai entre l'inscription au journal et la publication. Voir SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 120 s.

<sup>33</sup> KUSTER (n. 30), p. 557.

<sup>34</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 45 ; KUSTER (n. 30) p. 556 s.

cependant maintenu et commence à courir à compter du dépôt de l'opposition conformément à l'art. 163 al. 1 ORC<sup>35</sup>.

### *e) Forme*

35. L'art. 162 al. 1 ORC exige une opposition écrite. Celle-ci doit comporter une signature manuscrite de l'opposant<sup>36</sup>. Une communication électronique au sens de l'art. 12*b* ORC en lien avec l'art. 130 CPC est admissible<sup>37</sup>.
36. S'agissant des exigences matérielles, il faut retenir que l'opposant n'a pas à motiver sa requête<sup>38</sup> ; il doit simplement y manifester la volonté inconditionnelle<sup>39</sup> de faire bloquer le registre<sup>40</sup>. On exigera de l'opposant qu'il indique son identité, l'identité du sujet de droit concerné par l'opposition et qu'il désigne assez précisément l'inscription devant être suspendue<sup>41</sup> ; l'office du registre du commerce doit être en mesure d'identifier sans doute possible à quelle inscription il doit surseoir<sup>42</sup>.

### *f) Effets du blocage*

37. Le seul effet du blocage est un sursis à l'inscription des faits visés ; il prive temporairement les inscriptions de leur publication et des effets qui y sont liés<sup>43</sup>. Le blocage empêche ainsi les décisions soumises à une inscription constitutive<sup>44</sup> de produire leurs effets ; les

---

<sup>35</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 45.

<sup>36</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 36.

<sup>37</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 36.

<sup>38</sup> GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 562.

<sup>39</sup> GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 562.

<sup>40</sup> KUSTER (n. 30), p. 556.

<sup>41</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 40 ss. Il est admissible de s'opposer en bloc à toute inscription concernant une société déterminée. Voir ég. KUSTER (n. 30), p. 555 pour un exemple de texte d'opposition.

<sup>42</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 41.

<sup>43</sup> Voir art. 932 s CO.

<sup>44</sup> Sont constitutives les inscriptions relatives à l'existence de la société anonyme

faits dont l'inscription a un effet purement déclaratif, notamment les pouvoirs de représentation, sont privés de la protection de la bonne foi liée à l'inscription au registre du commerce<sup>45</sup>. L'opposition n'a en revanche pas d'effets sur l'exécution des décisions sous l'angle du droit privé, et ne modifie pas les délais, p. ex. d'exécution d'une augmentation de capital<sup>46</sup> ou d'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale<sup>47</sup>.

38. La société concernée par le blocage est immédiatement informée de celui-ci (art. 162 al. 2 ORC). Le blocage du registre n'est cependant pas susceptible de recours<sup>48</sup>.

### ***g) Durée et maintien du blocage***

39. L'art. 162 al. 3 ORC prévoit alternativement deux motifs mettant fin au blocage : l'écoulement d'un délai de dix jours sans que l'opposant n'apporte la preuve du dépôt d'une requête de mesures provisionnelles devant un tribunal (let. a) ou le rejet de la requête de mesures provisionnelles par une décision exécutoire du tribunal (let. b).
40. L'opposant qui souhaite prolonger le sursis à l'inscription doit donc déposer une requête de mesures provisionnelles tendant au maintien du blocage jusqu'à la fin de la procédure au fond<sup>49</sup> auprès du juge compétent. Il dispose à cet égard d'un délai de dix jours à compter du dépôt de l'opposition auprès de l'office du registre du commerce (art. 163 al. 1 let. a ORC) ou de la remise à un office postal, le timbre postal faisant foi (art. 163 al. 1 let. b ORC).

---

ainsi que les modifications statutaires (voir art. 647 CO), notamment les modifications du capital social ; SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 89 ; BSK OR II-SCHENKER, art. 647 N 10.

<sup>45</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 90.

<sup>46</sup> Art. 650 al. 3 CO ; GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 568.

<sup>47</sup> Art. 706a al. 1 CO ; SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 50.

<sup>48</sup> GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 561.

<sup>49</sup> Voir l'exemple de KUSTER (n. 30), p. 559.

41. Le délai de dix jours prévu à l'art. 162 al. 2 ORC est péremptoire ; il ne saurait être prolongé, sous réserve d'une nouvelle opposition formée par une autre personne avant la fin du premier délai<sup>50</sup>. Notons à cet égard que l'office du registre du commerce peut rejeter pour des motifs d'abus de droit les blocages en chaîne provenant de personnes proches<sup>51</sup>.
42. Le délai de dix jours commence à courir le lendemain du jour auquel l'opposition est déposée auprès de l'office du registre du commerce ou postée (art. 163 al. 2 ORC). Dans l'hypothèse où le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche, ou un jour férié, la fin du délai est reportée au jour ouvrable suivant (art. 141 al. 3 CPC)<sup>52</sup>. Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas<sup>53</sup>.
43. Le délai de dix jours est respecté si l'opposant remet à l'office du registre du commerce la preuve du dépôt d'une requête de mesures provisionnelles au plus tard à 17h00 le dernier jour du délai (art. 163 ORC). Cette règle présente deux particularités : d'une part, l'art. 163 al. 2 ORC s'écarte du principe habituel de l'envoi et retient le moment de la remise du moyen de preuve comme déterminant pour le respect du délai. D'autre part, le délai est respecté si le moyen de preuve parvient à l'office du registre du commerce au plus tard à 17h le dernier jour du délai, plutôt qu'à minuit.
44. Si le délai n'est pas respecté, l'office du registre du commerce procède à l'inscription (art. 162 al. 3 let. a ORC).
45. Pour prouver le respect du délai, l'opposant doit remettre deux documents à l'office du registre du commerce (art. 163 al. 3 ORC) : la copie de la requête de mesures provisionnelles adressée au

---

<sup>50</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 35 ; GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 570.

<sup>51</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 35 ; voir KG ZG du 20 mars 2012, ZG GVP 2013 151. D'un autre avis : GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 567.

<sup>52</sup> KUSTER (n. 30), p. 560 ; SHK HRegV-CARBONARA, art. 163 N 9.

<sup>53</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 163 N 19.

tribunal (let. a)<sup>54</sup> et un récépissé de la Poste Suisse ou du tribunal (let. b). Un envoi par fax des moyens de preuve devrait suffire<sup>55</sup>.

46. La copie remise au tribunal doit contenir l'intégralité de la requête (sans les pièces) adressée au juge, de manière à ce que l'office du registre du commerce puisse examiner pour quelle(s) inscription(s) le blocage doit être maintenu<sup>56</sup>.
47. Si la preuve du dépôt d'une requête a été apportée, le blocage du registre est maintenu soit jusqu'au moment de l'entrée en force du prononcé sur les mesures provisionnelles si celui-ci rejette la requête (art. 162 al. 3 ORC), soit jusqu'à la fin de la procédure au fond si la requête de mesures provisionnelles est admise<sup>57</sup>.

## 2. Dans les dix jours suivant le blocage du registre : requête en mesures provisionnelles

### a) *Objet*

48. Dans le contexte qui nous intéresse ici, la requête de mesures provisionnelles tendra à prolonger le blocage du registre du commerce. C'est la première étape de la phase judiciaire et le premier moment où une autorité judiciaire devra apprécier le bien-fondé – *prima facie* – de la prétention de l'actionnaire qui conteste une décision de l'assemblée générale.

### b) *Compétence*

49. La compétence locale en matière de mesures provisionnelles est réglée à l'art. 13 CPC, qui l'attribue au tribunal compétent pour

---

<sup>54</sup> La remise d'une copie suffit, voir GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 575.

<sup>55</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 163 N 17 ; GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26) précisent que la communication par fax suffit si les pièces sont ensuite remises à l'office, N 575.

<sup>56</sup> KUSTER (n. 30), p. 560 ; SHK HRegV-CARBONARA, art. 163 N 15.

<sup>57</sup> Le tribunal des mesures provisionnelles transmet une copie de sa décision à l'office du registre du commerce concerné, art. 162 al. 4 *in fine* ORC.

statuer sur l'action principale (let. a), soit celui du siège, dans l'hypothèse où la requête est liée à une action en annulation ; ou alors au tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b), soit celui du siège du registre du commerce chargé de l'inscription.

### ***c) Qualité pour agir et pour défendre***

50. La qualité pour agir appartient à toute personne qui dispose d'un intérêt digne de protection à bloquer les effets de la décision viciée ; on pense notamment à l'actionnaire qui souhaite agir en annulation. La qualité pour défendre appartient à la personne visée par la procédure au fond, soit la société dont l'assemblée générale a pris la décision contestée.

### ***d) Délais***

51. Pour que le blocage du registre soit maintenu, la requête de mesures provisionnelles doit être déposée dans le délai de 10 jours à compter de l'opposition à l'inscription au registre du commerce<sup>58</sup>. Une fois l'inscription effectuée, le requérant n'a plus d'intérêt juridiquement protégé à s'opposer à celle-ci<sup>59</sup>.

### ***e) Conclusions de la requête***

52. La requête de mesures provisionnelles doit conclure à ce qu'il soit ordonné au registre du commerce compétent de prolonger le blocage de l'inscription contestée jusqu'à la fin de la procédure sur le fond<sup>60</sup> ; faute de conclusions tendant au maintien du blocage, l'office du registre du commerce peut considérer que blocage ne se justifie plus<sup>61</sup>. Il conviendra dès lors de désigner précisément dans la requête quelle(s) décision(s) de l'assemblée générale visée(s) ne doivent pas être inscrites.

---

<sup>58</sup> Art. 162 al. 3 let. a.

<sup>59</sup> TF 4A\_331/2008 du 15 septembre 2008, consid. 2.1.1.

<sup>60</sup> Voir l'exemple de KUSTER (n. 30), p. 559.

<sup>61</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 59.

53. La conclusion tendant au blocage du registre pourra être cumulée à une conclusion demandant l'interdiction d'exécuter la décision viciée<sup>62</sup> ; cela peut être important en particulier pour les faits dont l'inscription est déclarative.

### *f) Conditions*

54. Pour que la requête soit admise, le requérant doit rendre vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (art. 261 al. 1 let. a CPC) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 let. b CPC).
55. Au titre de la première condition, il s'agira pour le requérant d'alléguer les faits à la base de sa prétention, les droits dont il prétend qu'ils auraient été violés par la décision contestée et la motivation juridique de l'annulabilité – ou de la nullité – de la décision prise par l'assemblée générale. Cette condition est admise dans la mesure où le requérant parvient à rendre vraisemblable que son action en annulation a des chances de succès<sup>63</sup>.
56. La condition du préjudice difficilement réparable devrait en principe être admise en cas d'inscription constitutive<sup>64</sup>. Cela est particulièrement vrai en matière d'augmentation du capital ; revenir en arrière sur une telle décision après son exécution peut se révéler particulièrement complexe et coûteux.
57. En cas d'inscription déclarative, la situation est moins claire ; la condition du préjudice difficilement réparable devrait être remplie en matière de pouvoirs de représentation dans la mesure où la bonne foi des tiers dépend fortement de l'inscription au registre du commerce<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> BSK ZPO-SPRECHER, art. 262 N 15.

<sup>63</sup> ATF 131 III 473, consid. 2.3.

<sup>64</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 89.

<sup>65</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 90. KUSTER (n. 30), p. 561 est d'avis que l'élection d'un organe ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une mesure

58. La condition de l'urgence, sous-jacente à celle du préjudice difficilement réparable, sera régulièrement donnée dans la mesure où le blocage du registre tombe si le juge rejette la requête de mesures provisionnelles (art. 162 al. 3 let. a ORC)<sup>66</sup>.

### *g) Effets*

59. L'art. 262 let. c CPC prévoit explicitement que le juge des mesures provisionnelles peut ordonner à une autorité qui tient un registre de prendre des mesures ; dans le cas qui nous intéresse, l'ordonnance tendra au maintien de la suspension d'une inscription au registre du commerce jusqu'au droit connu sur le fond. Si le juge du fond rejette la demande, la mesure provisionnelle tendant au blocage du registre tombe et l'office procède à l'inscription (art. 268 al. 2 CPC en relation avec l'art. 162 al. 3 let. b ORC) ; si le juge admet la demande au fond, l'inscription n'a pas lieu, les conditions n'étant plus remplies.
60. L'art. 263 CPC dispose que le juge impartit au requérant un délai pour déposer l'action au fond sous peine de caducité des mesures ; il semble approprié que le juge des mesures provisionnelles accorde à l'actionnaire au moins le bénéfice entier du délai péremptoire de deux mois prévu à l'art. 706a al. 1 CO.

## **3. Dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale : action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO)**

### *a) Introduction*

61. Une fois le blocage du registre obtenu et confirmé par une ordonnance de mesures provisionnelle, l'actionnaire devra agir au

---

provisionnelle, faute de préjudice difficilement réparable. Nous ne pouvons pas nous ranger à cet avis dans la mesure où les actes effectués par des organes non valablement nommés peuvent avoir des conséquences autres que purement patrimoniales.

<sup>66</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 92.

fond pour faire valoir ses droits. L'annulation des décisions de l'assemblée générale est régie à l'art. 706 CO, qui permet au conseil d'administration et à chaque actionnaire d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts (al. 1).

62. En amont de l'examen des conditions matérielles, l'action en annulation présente quelques particularités liées à l'exigence d'un intérêt digne de protection à l'annulation et à l'effet réparateur associé au délai péremptoire de deux mois ; il convient de traiter ces questions avant de s'intéresser à celles relatives au fond.

### ***b) Objet***

63. L'action en annulation est une action formatrice<sup>67</sup>, cassatoire, tendant à l'annulation d'une décision de l'assemblée générale avec effet rétroactif<sup>68</sup>. L'annulation est opposable à tous les actionnaires, pas seulement aux parties au procès<sup>69</sup>.
64. Le droit suisse ne connaît pas d'action (constitutive) qui tendrait à forcer la société à prendre une décision déterminée<sup>70</sup>.

### ***c) Compétence***

65. La compétence locale relève du for général du siège de la société (art. 10 let. b CPC). Ce for n'est pas impératif et peut être prorogé conventionnellement (art. 17 al. 1 CPC). A suivre la lettre de la loi,

---

<sup>67</sup> ATF 122 III 279, consid. 2.

<sup>68</sup> ATF 138 III 204, consid. 4.1 ; 110 II 387, consid. 2c ; TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1 ; 4A\_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 5.1.

<sup>69</sup> Art. 706 al. 5 CO. Sur l'admissibilité d'une transaction ou d'un désistement, FRANÇOIS BOHNET, L'action en annulation du droit de la société anonyme en procédure civile suisse, *in* : Bohnet (édit.), Quelques actions en annulation, Neuchâtel 2007, p. 163 ss, N 89 ss, 117.

<sup>70</sup> ATF 122 III 279, consid. 3c/bb ; 75 II 149, consid. 2b *in fine*.

- une clause statutaire ne suffit pas<sup>71</sup> ; la prorogation de for doit faire l'objet d'un consentement de l'actionnaire (art. 1 CO).
66. L'action en annulation est arbitrable, que le litige soit interne ou international : elle relève de la libre disposition des parties<sup>72</sup> (art. 354 CPC), et elle est en général – mais pas toujours – de nature patrimoniale (art. 177 al. 1 LDIP). Tant en matière nationale qu'internationale, une convention d'arbitrage doit être conclue (art. 358 CPC et 178 LDIP) ; par conséquent, le consentement de l'actionnaire doit être obtenu, et une clause statutaire ne devrait donc pas constituer une base suffisante<sup>73</sup>.
67. Concernant le calcul de la valeur litigieuse déterminant pour la compétence matérielle de l'action en annulation, on retiendra tout d'abord qu'il s'agit d'une action à caractère patrimonial ; la valeur litigieuse correspondra à l'intérêt économique qu'a la société au maintien de la décision<sup>74</sup>. Ainsi, lorsque la décision d'octroi de la décharge est contestée, la valeur litigieuse correspond au moins aux frais que la société devrait hypothétiquement avancer si elle décidait d'agir en responsabilité contre un ou plusieurs administrateurs<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Sauf si la composition de l'actionnariat n'a pas été modifiée depuis l'adoption par les fondateurs des statuts, auquel cas l'on devrait considérer que le consentement de tous les actionnaires a été valablement obtenu, l'unanimité étant requise s'agissant de l'adoption des statuts (art. 629 al. 1 CO). Selon MARC ANDRE MAUERHOFER, *Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln*, GesKR 2011, p. 26, une telle clause statutaire serait en outre contraire aux art. 680 al. 1 et 620 al. 2 CO.

<sup>72</sup> BOHNET (n. 69), N 30.

<sup>73</sup> Cf. n. 71 ci-dessus, et le renvoi à MAUERHOFER.

<sup>74</sup> ATF 133 III 368, consid. 1.3.2 ; 75 II 149, consid. 1 et les réf. citées (distribution de tantièmes) ; TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 1.1 ; 4A\_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 1.1 (contestation de l'approbation des comptes, un poste étant contesté).

<sup>75</sup> TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 1. En l'absence d'éléments permettant une évaluation concrète, le montant du capital social peut constituer une référence pertinente, TF 4P.344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.2.

**d) Qualité pour agir**

68. La qualité pour agir appartient à tout actionnaire<sup>76</sup> et au conseil d'administration (art. 706 al. 1 CO). Dans le dernier cas, le juge désigne un représentant spécial à la société pour la procédure<sup>77</sup>. Les participants ont également qualité pour agir en annulation d'une décision de l'assemblée générale<sup>78</sup>.
69. L'actionnaire qui agit ne doit pas nécessairement avoir participé à la décision ; son intérêt à l'action est cependant nié lorsqu'il a voté en faveur de la décision contestée, l'action en contestation relevant alors d'un comportement contradictoire<sup>79</sup>.
70. L'actionnaire qui agit doit justifier d'un intérêt digne de protection à l'annulation ; cette condition doit être interprétée largement, l'intention de préserver les intérêts de la société suffisant à cet égard<sup>80</sup>. Il faut cependant que la situation juridique de l'actionnaire soit effectivement modifiée par l'annulation de la décision<sup>81</sup> ; celle-ci doit avoir un effet positif sur les droits du demandeur<sup>82</sup>.
71. L'intérêt à l'annulation ne serait dès lors pas donné si l'actionnaire agissait uniquement dans le but de léser la société, pour faire

---

<sup>76</sup> En détail : BOHNET (n. 69), N 42 ss.

<sup>77</sup> Art. 706a al. 2 CO.

<sup>78</sup> Art. 656a CO ; ALEXANDRE RICHA/DAVID RAEDLER, La contestation des décisions en droit de la société anonyme, *in* : Chabot (édit.), *Développements récents en droit commercial III*, Lausanne 2014, p. 10 ; BÖCKLI (n. 21), § 16 N 106.

<sup>79</sup> ATF 99 II 55, consid. 1 ; 74 II 41, consid. 4a.

<sup>80</sup> TF 4A\_97/2010 du 21 mars 2011, consid. 2.3.1 ; 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1 ; ATF 132 III 555, consid. 2 ; 122 III 279, consid. 3a ; 75 II 149, consid. 2b.

<sup>81</sup> TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1 ; 122 III 279, consid. 3c/bb ; voir ég. ATF 86 II 165, consid. 4 ss. Critiques : BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 706 N 4a.

<sup>82</sup> ATF 133 III 453, consid. 7 ; 122 III 279, consid. 3a. Critique : BOHNET (n. 69), N 67.

- pression sur celle-ci ou si la violation n'est pas en lien avec la lésion de ses droits<sup>83</sup>.
72. De même, un intérêt à la constatation est en principe insuffisant<sup>84</sup>.
73. La jurisprudence ancienne dénie l'intérêt digne de protection lorsque la voie de l'action en responsabilité des organes est ouverte, c'est-à-dire lorsque la décision touche uniquement des intérêts financiers des actionnaires<sup>85</sup>. Cette interprétation, récemment laissée ouverte par le Tribunal fédéral<sup>86</sup> doit être réfutée<sup>87</sup>. Les deux actions diffèrent du point de vue de la qualité pour agir et pour défendre, l'une mettant aux prises un actionnaire (ou le conseil d'administration) et la société, l'autre opposant un actionnaire (ou un créancier, ou la société) et un administrateur ; par ailleurs, l'objet du litige n'est pas le même ; surtout, leur nature est différente : l'action en annulation est formatrice alors que l'action en responsabilité est cassatoire<sup>88</sup>. Admettre la subsidiarité serait d'autant plus problématique que l'effet guérisseur rattaché aux décisions de l'assemblée générale pourrait légitimer des actes des administrateurs, les libérant ainsi de leur responsabilité<sup>89</sup>.
74. En matière d'élection d'organes, l'intérêt digne de protection est donné lorsque l'actionnaire fait valoir que l'organe de révision élu n'est pas indépendant, et ce même pour les exercices déjà bouclés<sup>90</sup>. En effet, l'absence d'indépendance du réviseur met en péril l'impartialité et la qualité des informations qu'il fournit. Or, une information appropriée est à la base du contrôle et d'une éventuelle

---

<sup>83</sup> Voir RICH/RAEDLER (n. 78), p. 11 s.

<sup>84</sup> ATF 122 III 279.

<sup>85</sup> ATF 117 II 290, consid. 4e/cc ; 100 II 384, consid. 2a ; 92 II 243, consid. 2 ; 81 II 462, consid. III/1b.

<sup>86</sup> ATF 133 III 453, consid. 7.4.

<sup>87</sup> RICH/RAEDLER (n. 78), p. 8 et les réf. citées.

<sup>88</sup> BÖCKLI (n. 21), § 18 N 456 ; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, art. 706 N 1 ; RICH/RAEDLER (n. 78), p. 8 ; BOHNET (n. 69), N 71.

<sup>89</sup> BSK OR II-TRUFFER/DUBS, art. 706 N 1.

<sup>90</sup> ATF 133 III 453, consid. 7.3.

mise en œuvre de la responsabilité par l'actionnaire et sert aussi au fonctionnement correct de l'assemblée générale<sup>91</sup>.

75. En matière d'octroi de la décharge, l'intérêt à l'annulation ne serait pas donné, selon le Tribunal fédéral, si l'éventualité que la société agisse en responsabilité contre ses administrateurs est nulle<sup>92</sup>. En effet, les droits de l'actionnaire minoritaire sont préservés dans la mesure où il garde la possibilité d'agir en réparation du dommage subi par la société (art. 756 al. 1 CO) dans le délai péremptoire de six mois prévu à l'art. 759 al. 2 CO ; il ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il ne le fait pas<sup>93</sup>. De fait, l'annulation de l'octroi de la décharge dans ces circonstances aurait pour unique effet de repousser le départ du délai péremptoire, celui-ci courant à partir de l'octroi d'une décharge (art. 759 al. 2CO) que la majorité s'empresserait d'accorder lors d'une assemblée générale extraordinaire ultérieure. Nous considérons pourtant que l'interprétation du Tribunal fédéral est discutable pour deux raisons : premièrement, un délai de six mois est généralement insuffisant à préparer une action en responsabilité<sup>94</sup> ; toute prolongation de celui-ci améliore sensiblement la situation de l'actionnaire. Ensuite, rien ne justifie que l'actionnaire minoritaire doive subir les conséquences d'un vice causé par les errements de la majorité ou de la société.

### *e) Qualité pour défendre*

76. La qualité pour défendre appartient à la société, représentée en principe par son conseil d'administration. Lorsque celui-ci est à

---

<sup>91</sup> ATF 133 III 453, consid. 7.2 ; BSK OR II-WEBER, art. 696 N 1 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 28), § 40 N 146.

<sup>92</sup> TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.2.

<sup>93</sup> TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.2.

<sup>94</sup> Voir BÖCKLI (n. 21), § 16 N 197 : si l'actionnaire requiert un contrôle spécial, six mois suffisent à peine pour terminer la procédure judiciaire de nomination d'un contrôleur.

L'origine de l'action en annulation, le juge désigne un représentant spécial à la société<sup>95</sup>.

### *f) Délais*

77. L'action en annulation doit être intentée dans le délai de deux mois après l'assemblée générale<sup>96</sup>. Il s'agit d'un délai péremptoire, qui, s'il n'est pas respecté, entraîne la perte du droit invoqué ; la nature péremptoire du délai s'explique par un besoin de sécurité du droit<sup>97</sup>.
78. Le délai commence à courir le lendemain du jour où l'assemblée générale s'est tenue et est respecté si l'acte introductif d'instance est remis au tribunal, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse avant minuit, le dernier jour du délai<sup>98</sup>. L'introduction d'une requête de mesures provisionnelles tendant au blocage du registre n'emporte pas le respect du délai, faute d'identité d'objet et de procédure entre la requête de mesures provisionnelles et l'action au fond<sup>99</sup>.
79. Un effet guérisseur est associé au délai péremptoire de deux mois ; cette circonstance influence également l'intérêt à l'annulation des décisions de l'assemblée générale. Deux décisions du Tribunal fédéral permettent de mettre en évidence l'importance de cet effet :

Premièrement, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'était pas possible de **revenir sur une décision non contestée** à l'occasion de la contestation d'une décision ultérieure ; il n'est ainsi pas possible de contester des postes des comptes qui ne

---

<sup>95</sup> Art. 706a al. 2 CO.

<sup>96</sup> Art. 706a al. 1 CO ; TF 4A\_10/2012 du 2 octobre 2012, consid. 3.1 ; 4A\_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 5.1.

<sup>97</sup> ATF 86 II 78, consid. 6a ; TF 4A\_10/2012 du 24 octobre 2012, consid. 3.3.

<sup>98</sup> Art. 132 CO et 143 CPC.

<sup>99</sup> Voir ATF 110 II 387. BOHNET (n. 69) considère au contraire que l'identité devrait être admise lorsque les conclusions de la requête de mesures provisionnelles visent à empêcher la décision attaquée de déployer ses effets (N 83).

font que refléter l'évolution d'un poste adopté dans ceux des années précédentes<sup>100</sup>.

Deuxièmement, **tous les motifs d'annulation** doivent être invoqués dans le délai de deux mois<sup>101</sup>. Ainsi, malgré l'admissibilité de faits et moyens de preuve nouveaux au stade de l'appel, il est impossible d'invoquer un nouveau motif d'annulation fondé sur un nouveau complexe de faits dans le cadre de l'action en annulation si le délai de deux mois est échu au moment de la procédure de recours<sup>102</sup>.

### *g) Conditions matérielles*

80. L'art. 706 CO vise en premier lieu la violation de la loi ou des statuts ; le champ d'application de cette norme exclut dès lors la violation d'obligations contractuelles, issues p. ex. d'une convention d'actionnaires. Par ailleurs, l'art. 706 CO ne sanctionne que la violation des règles du droit des sociétés<sup>103</sup>.
81. Globalement, une violation peut relever soit d'un vice formel, affectant la formation de la décision, soit de la violation de droits matériels des actionnaires.
82. Lorsque la décision souffre d'un vice formel, la jurisprudence retient que le vice doit avoir eu une influence sur le résultat de la décision<sup>104</sup>, c'est-à-dire que l'assemblée générale aurait voté dans un autre sens en l'absence du vice. C'est d'ailleurs la solution retenue par le législateur en cas d'action fondée sur la participation sans droit à une assemblée générale (art. 691 al. 3 CO) : cette action est un cas particulier de l'action en annulation, ouverte en cas d'irrégularité dans la formation de la décision<sup>105</sup>. A cet égard, la loi

---

<sup>100</sup> TF 4A\_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 5.3 ; cela n'exclut cependant pas l'introduction d'une action en responsabilité, voir ATF 133 III 453, consid. 7.3.

<sup>101</sup> ATF 86 II 78, consid. 6a.

<sup>102</sup> TF 4A\_10/2012 du 24 octobre 2012, consid. 3.3.

<sup>103</sup> ATF 117 II 290, consid. 4c.

<sup>104</sup> TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 4.1.

<sup>105</sup> ATF 122 III 279, consid. 2.

précise que l'action ne peut être admise que si l'irrégularité a eu une influence sur la décision prise ; elle ne saurait être annulée si la décision avait été la même sans prise en compte des voix viciées<sup>106</sup>.

83. Concernant plus précisément les droits des actionnaires, l'art. 706 al. 2 CO dresse encore une liste non exhaustive des motifs d'annulation : la violation des droits des actionnaires en violation de la loi ou des statuts (ch. 1) ; la violation des droits des actionnaires d'une manière non fondée (ch. 2) ; les inégalités de traitement ou les préjudices causés aux actionnaires et non justifiés par le but de la société (ch. 3) ; la suppression du but lucratif de la société sans l'accord de tous les actionnaires (ch. 4).
84. De manière générale, le juge intervient avec retenue en l'absence de violation de règles formelles claires<sup>107</sup>, car les atteintes matérielles à des droits d'actionnaires peuvent être justifiées par l'intérêt social<sup>108</sup>. Or, c'est là le domaine de compétence de l'assemblée générale et du conseil d'administration, relevant de l'opportunité, que le juge ne contrôle en principe pas<sup>109</sup>. La protection offerte par l'art. 706 al. 2 ch. 2 et 3 CO reste dès lors faible.
85. Plutôt que d'entrer dans un débat dogmatique sur le bien-fondé de cette interprétation restrictive de l'art. 706 CO<sup>110</sup>, nous nous proposons d'étudier ci-après quelques cas concrets et leur traitement par la jurisprudence<sup>111</sup>.

**Information des actionnaires.** Les actionnaires ont le droit de décider de manière éclairée sur les objets portés à l'ordre du jour ; ils doivent savoir sur quoi porteront les débats et, le cas

---

<sup>106</sup> Art. 691 al. 3 CO ; ATF 122 III 279, consid. 2.

<sup>107</sup> ATF 93 II 393, consid. 3b ; 82 II 148.

<sup>108</sup> Voir ATF 99 II 55, consid. 2 ; 95 II 157, consid. 9b.

<sup>109</sup> ATF 100 II 384 ; 99 II 55, consid. 4b ; 95 II 163 ; 91 II 310 ; TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 5.

<sup>110</sup> Voir à ce sujet JULIEN DUBOIS/LINO HÄNNI, *Egalité de traitement matérielle et devoir de fidélité*, in : Trigo/Trindade/Bahar (édit.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique*, Genève 2013, p. 325 ss.

<sup>111</sup> Pour un catalogue, voir ég. BOHNET (n. 69), N 12 ss. Cf. également RICHAR/RAEDLER (n. 78), p. 12 ss.

échéant, les décisions qui peuvent être prises<sup>112</sup>. Afin de pouvoir exercer leurs droits de manière efficace, les actionnaires doivent ainsi pouvoir se déterminer sur le but d'une décision (p. ex. l'efficacité d'une réduction du capital-actions suivie d'une augmentation en vue d'un assainissement) avant de voter, faute de quoi la décision prise est annulable<sup>113</sup>. Il n'est cependant pas interdit d'adopter d'autres mesures que celles proposées à l'ordre du jour lorsqu'il est reconnaissable qu'elles s'inscrivent dans la thématique proposée<sup>114</sup>.

**Election des organes.** La jurisprudence admet l'annulabilité de l'élection d'un réviseur dont les qualifications professionnelles exigées par la loi ne sont pas remplies<sup>115</sup>; cette jurisprudence semble difficilement transposable à l'élection d'administrateurs dans la mesure où la loi n'exige pas de qualifications professionnelles ou qualités personnelles particulières<sup>116</sup>.

**Dilution.** En matière de dilution de la participation des actionnaires suite à une augmentation de capital, il est particulièrement difficile d'obtenir l'annulation d'une décision de l'assemblée générale si le droit de souscription préférentiel disposé à l'art. 652b CO est respecté; le Tribunal fédéral retient que l'actionnaire qui n'est financièrement pas en mesure de souscrire de nouvelles actions ne peut s'en prendre à autrui de ce chef. En outre, les juges font preuve de retenue dans l'appréciation des motifs justifiant une augmentation de capital; il en va de même pour ceux justifiant une suppression du droit de souscription préférentiel<sup>117</sup>. L'art. 706 CO n'offre donc pas de

---

<sup>112</sup> ATF 103 II 141.

<sup>113</sup> ATF 138 III 204, consid. 2.3.

<sup>114</sup> ATF 121 III 420, consid. 2b.

<sup>115</sup> On ne saurait cependant contester l'élection d'un réviseur au motif qu'il ne dispose pas de connaissances spécifiques dans le secteur d'activités de la société, ATF 131 III 38, consid. 4.1.

<sup>116</sup> Les statuts peuvent prévoir ce type d'exigences (BÖCKLI [n. 21], § 12 N 43 ss); le cas échéant, une élection peut être attaquée au motif que les conditions statutaires à l'élection ne sont pas respectées.

<sup>117</sup> ATF 117 II 290, consid. 4c/aa: «Le retrait doit s'avérer indispensable à la

protection supplémentaire à celle procurée par le droit de souscription préférentiel.

**Thésaurisation des bénéfices.** Une problématique voisine de la dilution est celle de la thésaurisation des bénéfices. Il peut être avantageux pour l'actionnaire majoritaire de renoncer à la distribution de dividendes tout en se rémunérant par d'autres biais, p. ex. des intérêts liés à des prêts, des honoraires, ou l'octroi à son égard de prêts par la société, etc. S'il est admis que l'actionnaire a un droit à une part du bénéfice<sup>118</sup>, ce droit est en conflit avec le large pouvoir d'appréciation de l'assemblée générale et du conseil d'administration en ce qui concerne l'emploi de ce bénéfice<sup>119</sup>. Selon la jurisprudence, l'assemblée générale a parfaitement le droit d'accumuler les bénéfices, les actionnaires ne pouvant prétendre exiger un gain à court terme<sup>120</sup>. Il n'en irait autrement qu'en cas de décision arbitraire, « exorbitante de toute considération raisonnable »<sup>121</sup> ou contraire à l'égalité de traitement<sup>122</sup>. Cette position restrictive de la jurisprudence est critiquée avec raison par BÖCKLI, qui retient qu'une thésaurisation systématique peut être illicite<sup>123</sup>. Dans ce cas, les décisions relatives à l'emploi du bénéfice doivent pouvoir être annulées ; cependant, faute d'action constitutive, les moyens de droit de l'actionnaire minoritaire sont limités ; s'il dispose d'une participation suffisante, il peut demander que la distribution de dividendes soit inscrite à l'ordre du jour (art. 699

---

réalisation des buts fixés, même si ces buts ne doivent pas nécessairement apparaître décisifs pour le maintien ou le développement de la société ». Voir ég. ATF 91 II 298, consid. 7.

<sup>118</sup> Art. 660 al. 1 CO.

<sup>119</sup> ATF 100 II 384, consid. 4 ; 91 II 298, consid. 10. Voir ég. l'art. 674 al. 2 CO, relatif à la constitution de réserves supplémentaires par l'AG et les art. 960a al. 4 et 960e al. 4 CO, qui autorisent la constitution de réserves latentes.

<sup>120</sup> TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 3.

<sup>121</sup> TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 3. Voir ég. ATF 91 II 298, consid. 10.

<sup>122</sup> CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 660-661 N 23. Voir ATF 105 II 114 : non-versement de dividendes conjugué au versement de tantièmes importants.

<sup>123</sup> BÖCKLI (n. 21), § 12 N 512, 514a.

al. 3 CO) ; sinon, l'actionnaire n'a d'autre choix que d'agir en annulation de la décision relative à l'emploi du bénéfice jusqu'à ce que le conseil d'administration propose un dividende approprié<sup>124</sup>.

### *h) Frais*

86. L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale peut donner lieu à l'application de l'art. 107 al. 1 let. f. CPC, selon lequel le juge peut répartir les frais entre le demandeur et la société indépendamment de l'issue de la cause<sup>125</sup>. Cette disposition permet de mettre à la charge de la société tout ou partie des frais même dans l'hypothèse où elle a gain de cause, afin de tenir compte de l'éventuelle inégalité économique entre actionnaire et société<sup>126</sup>. Pour apprécier l'opportunité d'une répartition des frais en équité, la jurisprudence retient que «le juge prend en compte tous les éléments du cas particulier, tels que les chances de l'action, l'attitude des parties dans le procès, les motifs de fait et de droit pour lesquels l'actionnaire a pu de bonne foi se croire fondé à agir, compte tenu des informations qu'il avait reçues ou auxquelles il pouvait accéder, et aussi l'intérêt de l'action pour des tiers tels que d'autres actionnaires dans la même situation. Il n'y a en principe pas lieu de déroger aux règles ordinaires lorsque l'actionnaire détient une participation importante dans la société et que les intérêts en présence se situent dans le même ordre de grandeur»<sup>127</sup>. Ainsi, une répartition spéciale sera admise surtout lorsque l'intérêt financier de l'actionnaire est faible par rapport à celui de la société<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> BÖCKLI (n. 21), § 12 N 514a.

<sup>125</sup> Voir ATF 139 III 33, consid. 4.2.

<sup>126</sup> Voir ég. l'ancien art. 706a al. 3 CO : « En cas de rejet de la demande, le juge répartit librement les frais entre la société et le demandeur. »

<sup>127</sup> TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7.

<sup>128</sup> TF 4A\_331/2008 du 15 septembre 2008, consid. 5 ; 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7 ; 4C.324/2001 du 7 février 2002, consid. 5 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 28), § 25 N 83.

#### 4. Plus de deux mois après l'assemblée générale : constatation de la nullité des décisions de l'assemblée générale (art. 706b CO)

87. Lorsque le délai péremptoire de deux mois a expiré, l'actionnaire dispose encore de la possibilité d'agir en constatation de la nullité d'une décision de l'assemblée générale. Cette action, découlant de l'art. 706b CO, tend à faire constater (art. 88 CPC) la nullité d'une décision de l'assemblée générale lorsque le vice qui la frappe est tel que tout effet guérisseur est exclu<sup>129</sup>. Elle est également ouverte contre les décisions du conseil d'administration<sup>130</sup>.
88. L'action en constatation de la nullité peut être introduite par toute personne qui soutient disposer d'un intérêt à la constatation de la nullité, qu'il s'agisse d'un actionnaire – qu'il ait ou non voté en faveur de la décision viciée<sup>131</sup> –, d'un créancier, d'un tiers ou de la société elle-même<sup>132</sup> ; la société peut en particulier avoir un intérêt à la constatation positive de la validité de la décision<sup>133</sup>. L'intérêt à la constatation peut découler d'une atteinte directe aux droits ou aux intérêts du demandeur ou d'une atteinte aux mœurs ou à l'ordre public<sup>134</sup>. L'action est dirigée contre la société<sup>135</sup>.
89. La nullité d'une décision de l'assemblée générale peut être invoquée en tout temps, indépendamment d'une action judiciaire<sup>136</sup> ; elle est prise en compte d'office<sup>137</sup>. La constatation de la nullité par voie

---

<sup>129</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 152.

<sup>130</sup> Art. 714 CO.

<sup>131</sup> ATF 74 II 41, consid. 4a. L'abus de droit est cependant réservé ; selon les circonstances, on pourra reprocher à l'actionnaire un comportement contradictoire.

<sup>132</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 162.

<sup>133</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 163.

<sup>134</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 28), § 25 N 132.

<sup>135</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 165.

<sup>136</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 153.

<sup>137</sup> ATF 100 II 384, consid. 1.

d'action peut dès lors être demandée en tout temps, sous réserve d'une action abusivement tardive<sup>138</sup>.

90. Selon l'art. 706*b* CO, sont nulles en particulier les décisions de l'assemblée générale qui (1) suppriment ou limitent le droit de prendre part à l'assemblée générale, le droit de vote minimal, le droit d'intenter action ou d'autres droits des actionnaires garantis par des dispositions impératives de la loi ; (2) restreignent les droits de contrôle des actionnaires davantage que ne le permet la loi ou (3) négligent les structures de base de la société anonyme ou portent atteinte aux dispositions de protection du capital. Cette disposition s'applique par analogie aux décisions du conseil d'administration en vertu du renvoi de l'art. 714 CO.
91. La délimitation entre décisions annulables et décisions nulles n'est pas évidente<sup>139</sup>. De manière générale, la nullité n'intervient qu'en cas de violation grave en raison de son caractère exceptionnel<sup>140</sup>. La distinction réside dans la nature des intérêts touchés : alors qu'une atteinte à l'intérêt privé des actionnaires est sanctionnée par l'annulabilité, une atteinte à des principes fondamentaux de la SA ou du droit, aux intérêts des créanciers et à l'intérêt public devrait être nulle<sup>141</sup>. On considérera également comme nulle une atteinte aux droits inaliénables des actionnaires<sup>142</sup>.
92. Les conditions d'admission de l'action sont donc particulièrement restrictives. En cas de doute, l'actionnaire cherchant à contester une décision aura dès lors intérêt à présumer qu'elle est annulable<sup>143</sup>. Lorsque le délai péremptoire de deux mois est préservé, l'actionnaire qui souhaite voir une décision annulée conclura, en cas de doute, à

---

<sup>138</sup> ZK-TANNER, art. 706*b* N 168.

<sup>139</sup> ZK-TANNER, art. 706*b* N 4. Voir en détail l'exposé de BÖCKLI (n. 21), § 16 N 159.

<sup>140</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 28), § 25 N 86. Pour un catalogue, voir BOHNET (n. 69), N 8 ss. Cf. également RICHA/RAEDLER (n. 78), p. 16 ss.

<sup>141</sup> ZK-TANNER, art. 706*b* N 6.

<sup>142</sup> ZK-TANNER, art. 706*b* N 45.

<sup>143</sup> Voir ZK-TANNER, art. 706*b* N 16, 18 ss.

la constatation de la nullité et, subsidiairement, à l'annulation de la décision viciée<sup>144</sup>.

93. Dans l'hypothèse où le délai péremptoire pour agir en annulation est dépassé, seule la nullité peut entrer en ligne de compte. La nullité est en particulier envisageable lorsque l'actionnaire a été empêché de participer à l'assemblée générale ou d'agir en annulation dans le délai de deux mois. Tel est le cas lorsqu'une assemblée générale dite universelle se tient en réalité en l'absence d'un ou de plusieurs actionnaires, ou encore lorsqu'au moins un actionnaire n'a pas été convoqué à l'assemblée générale<sup>145</sup>.
94. En matière de procédure, se pose la question de savoir si les règles particulières applicables à l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale valent également pour l'action en nullité. Tel devrait être le cas de la nomination d'un représentant en cas d'action intentée par le conseil d'administration (art. 706a al. 2 CO).
95. La règle de répartition des frais en équité selon l'art. 107 let. f CPC devrait également trouver application dans le cadre de l'action en constatation de la nullité<sup>146</sup>.

## II. Requête en institution d'un contrôle spécial

### A. *But du contrôle spécial*

96. Le contrôle spécial est une procédure tendant à la nomination d'un expert chargé d'élucider certains faits concernant la société, auxquels l'actionnaire n'a pas directement accès, en raison notamment du secret des affaires ou parce que l'accès à l'information lui est refusé indûment. Il a été introduit dans la loi dans le but premier de faciliter l'introduction d'actions en responsabilité ; il sert cependant à

---

<sup>144</sup> RICH/RAEDLER (n. 78), p. 9.

<sup>145</sup> ATF 137 III 460, consid. 3.3.2. Voir cependant BSK OR II-TRUFFER/DUBS, art. 706b N 20, qui considèrent que la nullité doit être envisagée seulement si la voie de l'action en annulation n'est plus ouverte.

<sup>146</sup> Voir ZK-TANNER, art. 706b N 150.

l'exercice de tous les droits de l'actionnaire, comme le met en évidence l'art. 697a al. 1 CO.

### ***B. Objet du contrôle spécial***

97. Afin de bien saisir l'utilité du contrôle spécial, il convient de délimiter tout d'abord les éléments sur lesquels il peut porter. L'art. 697a al. 1 CO prévoit que le contrôle spécial sert à élucider des « faits déterminés » en lien avec la société visée. Il peut porter sur toutes les affaires de la société pouvant influencer l'appréciation de la situation économique et financière de la société<sup>147</sup>.
98. Sont ainsi exclus du cadre du contrôle spécial les activités privées des organes<sup>148</sup>, ou l'état du marché dans un secteur économique donné<sup>149</sup>. Il est en revanche admissible d'examiner dans le cadre du contrôle spécial si la société poursuit des buts contraires à la loi, aux statuts ou à ses propres intérêts en concluant un acte juridique avec des tiers<sup>150</sup>.
99. Comme l'indique la loi, le contrôle spécial porte sur des faits et non des questions de droit ou des jugements de valeur ; sont donc exclus du champ du contrôle spécial les questions relevant de l'opportunité<sup>151</sup>.
100. Les faits à élucider doivent en outre être déterminés ; dès lors, le contrôle spécial ne permet pas de réaliser un contrôle complet de la gestion<sup>152</sup> et ne peut être exploité à des fins purement exploratoires, dans l'espoir de découvrir des irrégularités dont le requérant ne sait

---

<sup>147</sup> BSK OR II-WEBER, art. 697a N 26 ; CR CO II-PAULI, art. 697a N 10.

<sup>148</sup> CR CO II-PAULI, art. 697a N 8.

<sup>149</sup> ATF 123 III 261, consid. 2a.

<sup>150</sup> TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.2.2. et les réf. Voir ég. TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1.

<sup>151</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 133 III 453, consid. 7.5 ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1 ; 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.1.1 ; 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.4.

<sup>152</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 53 ; CR CO II-PAULI, art. 697a N 10. Le contrôle complet de la gestion peut intervenir cas échéant sur la base de l'art. 731a al. 3 CO.

rien<sup>153</sup>. Lors de l'examen du caractère déterminé des faits à élucider, il conviendra cependant de tenir compte de l'asymétrie de l'information dont souffre l'actionnaire ; il faut lui permettre de viser un domaine d'affaires délimité matériellement et temporellement de manière suffisamment claire<sup>154</sup>.

### ***C. En amont de la requête : délimitation du cadre du contrôle par la demande de renseignements***

101. L'art. 697a al. 1 CO exige que l'actionnaire ait préalablement exercé son droit à être renseigné ou à consulter les pièces (art. 697 CO) avant de pouvoir proposer l'institution d'un contrôle spécial. On déduit de cette subsidiarité du contrôle spécial que l'objet de celui-ci doit présenter un lien de connexité matérielle avec la demande de renseignements ou en consultation des pièces qui l'a précédé<sup>155</sup>. Cette connexité, appréciée de manière restrictive, n'est pas simple à établir. Pourtant, l'actionnaire qui envisage de requérir un contrôle spécial doit déjà en tenir compte au moment où il pose ses questions à l'assemblée générale, raison pour laquelle cette question est traitée avant d'aborder la requête en contrôle spécial proprement dite.
102. Lorsqu'il fait usage de son droit au renseignement lors de l'assemblée générale, l'actionnaire doit formuler ses questions avec une certaine précision ; elles doivent correspondre « au moins dans les grandes lignes » à celles qui seraient ensuite posées dans le cadre du contrôle spécial<sup>156</sup>. On attend de l'actionnaire un certain soin

---

<sup>153</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.4 ; 4C.190/2005 du 6 septembre 2005, consid. 3.4.2 ; BSK OR II-WEBER, art. 697a N 23. Voir TF 4C.353/2006 : refus de l'examen de l'ensemble de la rémunération de dirigeants en l'absence d'indices d'abus ; dans le même sens, TF 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.2.2.

<sup>154</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 43 ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.4.1. Voir ég. TF 4C.190/2005 du 6 septembre 2005, consid. 3.2.

<sup>155</sup> CR CO II-PAULI, art. 697a N 34. Voir ATF 123 III 261, consid. 3a ; TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 3.

<sup>156</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 123 III 261, consid. 3a ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1 et plus part. 3.2.2 : différence entre question sur l'état actuel d'un poste et son évolution au cours de l'exercice. L'actionnaire peut

dans la formulation de la demande de renseignements et une formulation aussi claire que possible compte tenu de l'état de ses connaissances<sup>157</sup>.

103. Au-delà de la formulation des questions, l'actionnaire doit activement chercher à obtenir les informations qu'il souhaite<sup>158</sup>. Si nécessaire, il doit poser des questions supplémentaires, à moins que le comportement du conseil d'administration ne laisse deviner que celui-ci ne fournira pas davantage d'informations<sup>159</sup>.
104. Pour apprécier la connexité, le juge de la requête en contrôle spécial se basera sur le besoin d'information que le conseil d'administration peut déduire de bonne foi de la question initiale posée à l'assemblée générale, sans qu'il soit permis de se retrancher derrière une interprétation littérale des questions ou de ne répondre qu'aux questions expressément posées<sup>160</sup>.
105. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a confirmé des jugements niant la connexité matérielle entre une question portant sur l'état actuel d'un poste et celle relative à son évolution au cours de l'exercice<sup>161</sup>; entre le type de prestations fournies par un cocontractant et le temps consacré à l'exécution de ses prestations<sup>162</sup>; entre les rémunérations publiques et les rémunérations occultes<sup>163</sup>; entre un prix facturé et un prix de revient<sup>164</sup>.
106. Ces exemples révèlent que la condition de la connexité est appréciée de manière relativement restrictive; on constate en particulier une

---

réduire l'objet du contrôle spécial par rapport à celui de la demande de renseignements, TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 3.3.

<sup>157</sup> TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1.

<sup>158</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1; 133 III 453, consid. 7.5; 133 III 133, consid. 3; 123 III 261, consid. 3a.

<sup>159</sup> TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 4.

<sup>160</sup> TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1; ATF 123 III 261, consid. 3a.

<sup>161</sup> TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.2.2.

<sup>162</sup> TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.3.2.

<sup>163</sup> TF 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 3.2.

<sup>164</sup> ATF 123 III 261, consid. 3b.

réticence à admettre la connexité entre les questions relatives à des éléments qualitatifs (nature d'une prestation) et celles portant sur des éléments quantitatifs (prix, durée). Pour prévenir une éventuelle irrecevabilité de la requête en contrôle spécial faute de connexité matérielle, l'actionnaire a tout intérêt à clarifier dès le départ le motif pour lequel il entend élucider certains faits et formuler ses questions de manière pointue et complète, quitte à augmenter le volume des questions posées<sup>165</sup>.

## ***D. Requête en contrôle spécial***

### **1. Prémisse**

107. La requête en contrôle spécial doit toujours être précédée d'une proposition d'instituer un contrôle spécial à l'assemblée générale (art. 697a al. 1 CO) ; cet objet ne doit pas être inscrit à l'ordre du jour (art. 700 al. 3 CO). Si l'assemblée générale donne suite à la proposition, la société ou chaque actionnaire peut, dans le délai de 30 jours, demander au juge de désigner un contrôleur spécial. Si l'assemblée générale refuse (art. 697a al. 2 CO), des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs, peuvent demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial (art. 697b al. 1 CO).
108. Si le conseil d'administration refuse de soumettre l'objet au vote de l'assemblée générale, cela équivaut à un vote négatif de l'assemblée générale, ouvrant ainsi la voie au juge ; il faut cependant que l'actionnaire ait insisté sur la réalisation du vote<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Voir TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 3 ; en l'espèce, le requérant avait posé plus de 100 questions à l'assemblée générale, que le conseil d'administration avait expédiées sommairement ; le *Kantonsgericht* des Grisons, puis le Tribunal fédéral ont admis que la requête en contrôle spécial qui en découlait, réduite à l'examen de quelques questions précises, était conforme à l'art. 697a CO.

<sup>166</sup> ATF 138 III 246, consid. 3.3 ; 138 III 252, consid. 3.1. On ne peut en revanche déduire du refus du conseil d'administration de convoquer une assemblée générale extraordinaire que la condition de l'art. 697b al. 1 CO est remplie (ATF 138 III 246, consid. 4.3).

109. L'exposé qui suit se rapporte à la requête déposée par une minorité qualifiée et faisant suite au refus de l'assemblée générale, conformément à l'art. 697b al. 1 CO.

## 2. Compétence

110. La requête en contrôle spécial introduite par un actionnaire relève de la juridiction contentieuse<sup>167</sup>. Elle est dès lors soumise au for général de l'art. 10 let. b CPC, soit celui du siège de la société devant faire l'objet d'un contrôle spécial.
111. *Ratione materiae*, relevons que les litiges concernant la désignation d'un contrôleur spécial sont soumis à une instance cantonale unique<sup>168</sup>.

## 3. Qualité pour agir et pour défendre

112. La qualité pour agir sur la base de l'art. 697b al. 1 CO appartient à « des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs »<sup>169</sup>. Ces seuils alternatifs doivent être maintenus au moins jusqu'au jour du jugement par lequel un contrôleur est nommé<sup>170</sup>.
113. Le requérant ne doit pas nécessairement être à l'origine de la proposition d'instituer un contrôle spécial à l'assemblée générale, ni même avoir participé à l'assemblée générale<sup>171</sup>. Il revient à l'actionnaire de prouver que ce quorum est rempli<sup>172</sup>.

---

<sup>167</sup> ATF 129 III 301, consid. 1.2.2.

<sup>168</sup> Art. 5 al. 1 let. g CPC.

<sup>169</sup> Dans le cadre du projet de révision du droit de la SA, ce seuil est abaissé à 5% du capital-actions, ou des voix, ou des actions totalisant une valeur nominale de CHF 250'000.- au moins dans les sociétés privées et 0,5% du capital-actions, ou des voix, ou des actions pour une valeur nominale de 1 million de francs au moins (art. 697b al. 1 P-CO, FF 2007 1571 ss).

<sup>170</sup> ATF 133 III 180, consid. 3.2 ; 138 III 252, consid. 3.1.

<sup>171</sup> CR CO II-PAULI, art. 697b N 6.

<sup>172</sup> TF 4C.412/2005 du 23 février 2006, consid. 3.2.

114. La qualité pour défendre appartient à la société.

#### 4. Délai

115. En cas de refus de l'assemblée générale, le délai pour introduire l'action est de trois mois après la décision de l'assemblée générale (art. 697*b* al. 1 CO). Ce délai est péremptoire<sup>173</sup>.

#### 5. Procédure

116. La requête en institution d'un contrôle spécial est soumise à la procédure sommaire<sup>174</sup>.

#### 6. Conditions matérielles

117. La première condition à remplir, à prouver par le demandeur est la subsidiarité de la requête en contrôle spécial ; au niveau formel, elle n'est admissible que si le droit aux renseignements et à la consultation des documents a été exercé au préalable (art. 697*a* al. 1 CO). Les conséquences qui découlent de l'exigence de subsidiarité du point de vue de la connexité matérielle ont été exposées ci-dessus<sup>175</sup>.
118. La seconde condition se rapporte au lien entre l'objet du contrôle et les droits de l'actionnaire : le premier doit être nécessaire à l'exercice des seconds (art. 697*a* al. 1 CO).
119. Enfin, en cas de requête d'une minorité qualifiée, le demandeur devra rendre vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux organes<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 1.

<sup>174</sup> Art. 250 let. c ch. 8 CPC.

<sup>175</sup> N 101 ci-dessus.

<sup>176</sup> Art. 697*b* al. 1 CO.

**a) Subsidiarité**

120. Le contrôle spécial n'est ouvert que dans la mesure où les droits au renseignement et à la consultation des livres n'ont pas été satisfaits ; il faut donc que la requête en nomination d'un contrôleur spécial fasse suite à une demande de renseignement ou de consultation<sup>177</sup>.
121. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'actionnaire ait agi par la voie de l'art. 697 al. 4 CO<sup>178</sup>.

**b) Nécessité**

122. La clarification de la situation de fait doit être utile à l'exercice des droits de l'actionnaire<sup>179</sup> ; soit en vue d'une action en responsabilité ou de l'exercice d'autres droits d'actionnaire<sup>180</sup>.
123. Le contrôle spécial ne peut donc pas porter sur des faits connus de l'actionnaire<sup>181</sup>.
124. Le lien entre les droits dont l'exercice est visé et l'objet du contrôle doit être rendu vraisemblable par l'actionnaire<sup>182</sup>. Concrètement il s'agira d'exposer des raisons sérieuses permettant de mettre en doute l'exhaustivité et l'exactitude des réponses données à l'occasion de l'assemblée générale ou la sincérité des motifs justifiant le refus de renseigner l'actionnaire<sup>183</sup>. Le demandeur doit rendre

---

<sup>177</sup> Art. 697a al. 1 CO. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'un actionnaire qui est en même temps administrateur ait cherché à exercer son droit au renseignement issu de l'art. 715a CO, ATF 133 III 133, consid. 3.

<sup>178</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 138 III 246, consid. 3.3 ; 133 III 133, consid. 3.2.

<sup>179</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 123 III 261, consid. 4a ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.2.

<sup>180</sup> TF 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 2.2. Intérêt nié en lien avec l'examen de comptes annuels d'exercices précédents *in* : TF 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 3.4 s.

<sup>181</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1.

<sup>182</sup> TF 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 2.2 et 3.1 ; 4C.190/2005 du 6 septembre 2006, consid. 3.2.

<sup>183</sup> SCHWARZENBACH RENÉ, Die Sonderprüfung und Fact-finding Gutachten im Hinblick auf die Verantwortlichkeit, *in* : Bühler (édit.), Informationspflichten des

vraisemblable que des doutes subsistent par rapport aux informations fournies par le conseil d'administration<sup>184</sup> et qu'il n'arrive pas à se faire une idée suffisamment claire des circonstances<sup>185</sup>. C'est une question que le juge apprécie en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce<sup>186</sup>.

### ***c) Vraisemblance d'une violation***

125. Concernant la violation, le requérant doit alléguer les faits visés, mais aussi en quoi ils s'écartent du comportement d'un administrateur respectueux de ses devoirs<sup>187</sup>. Il doit démontrer que le comportement ou l'omission des organes a violé une disposition légale ou statutaire précise, en indiquant en quoi consiste cette violation<sup>188</sup>; la violation d'une directive, d'une règle de *soft law* ou d'une obligation contractuelle ne suffit pas<sup>189</sup>. De même, un risque abstrait de conflit d'intérêts<sup>190</sup> ou un comportement inopportun<sup>191</sup> ne

---

Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, p. 67 ss, p. 75. Comp. TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 5.2; 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.1; ATF 123 III 261, consid. 3b.

<sup>184</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 42; CR CO II-PAULI, art. 697a N 12; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1.

<sup>185</sup> Voir p. ex. TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 4.3: informations fournies insuffisantes pour apprécier la solvabilité du bénéficiaire d'un prêt de la société.

<sup>186</sup> Comp. TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.1.2.

<sup>187</sup> CR CO II-PAULI, art. 697b N 14.

<sup>188</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1; 120 II 393, consid. 4c: violation de règles de compétence en lien avec des aliénations et des acquisitions; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 3.1; 4A\_129/2013 du 20 juin 2013; 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.3.

<sup>189</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.2; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.3.

<sup>190</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.3. Il faut pouvoir rendre vraisemblables des éléments indiquant l'exercice effectif d'une activité concurrente. Voir ég. TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.2.3 (mandats d'administrateur multiples).

<sup>191</sup> CR CO II-PAULI, art. 697b N 14. Voir ATF 138 III 25, consid. 3.2: le fait d'avoir un comportement d'investissement qui pourrait apparaître comme excessivement prudent ne suffit pas pour constater une violation de la loi ou des statuts; TF 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.3.

suffisent pas à rendre vraisemblable un manquement. La vraisemblance doit en revanche être admise en cas de conclusion d'un contrat de prêt apparemment non conforme aux conditions du marché avec un proche<sup>192</sup>.

126. La vraisemblance d'une violation est établie lorsque le comportement allégué présente un certain degré de vraisemblance, même si le juge compte encore avec la possibilité que les choses ne se soient pas déroulées comme exposé par le requérant<sup>193</sup>. On ne saurait exiger du requérant la preuve stricte des faits que le contrôle spécial doit élucider<sup>194</sup>. Néanmoins, l'actionnaire doit au moins offrir des indices du comportement allégué ; des soupçons ou des affirmations sans fondement ne suffisent pas<sup>195</sup>.

#### ***d) Vraisemblance d'un dommage***

127. Le dommage devra être allégué conformément à la théorie de la différence<sup>196</sup>. Le requérant devra dès lors rendre vraisemblable une différence entre l'état actuel du patrimoine social et l'état hypothétique du patrimoine en cas de comportement conforme aux devoirs<sup>197</sup>.
128. En matière de prêt à un proche, l'existence de conditions non conformes au marché suffit à rendre vraisemblable un dommage, puisque le respect de ces conditions aurait permis à la société d'avoir des conditions plus avantageuses, en particulier un taux d'intérêt

---

<sup>192</sup> Et ce même si l'administrateur concerné s'est abstenu lors de la prise de décision, voir TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 4.3.

<sup>193</sup> TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.1.

<sup>194</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2.

<sup>195</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2 ; 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.3 ; 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 2.3.

<sup>196</sup> TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 6.2.

<sup>197</sup> Le projet de révision du droit de la SA prévoit un allègement dans le sens où le demandeur n'a plus à rendre vraisemblable un préjudice, mais seulement que la violation « peut porter préjudice à la société ou à l'actionnaire » (art. 697b al. 3 ch. 2 P-CO, FF 2007 1571 ss).

plus important (gain manqué)<sup>198</sup>. Il doit en aller de même si c'est la société qui emprunte à un proche avec un taux d'intérêt supérieur aux conditions du marché.

### ***e) Vraisemblance d'un lien de causalité***

129. Le dommage allégué doit être la conséquence de la violation invoquée<sup>199</sup>. Le requérant s'attachera alors à démontrer que le manquement allégué est la condition *sine qua non* du préjudice subi et que la survenance du dommage était prévisible sur la base de l'expérience générale de la vie et du cours naturel des événements<sup>200</sup>. Si le manquement consiste en une omission, le requérant alléguera que le dommage ne serait pas survenu si l'organe s'était comporté conformément au droit<sup>201</sup>. Il suffit en principe que les soupçons exposés par le requérant indiquent avec un certain degré de vraisemblance (« *einer gewissen Wahrscheinlichkeit* ») que les actes ou omissions de l'organe peuvent effectivement avoir causé un dommage<sup>202</sup>.

### ***f) Argumentation juridique***

130. Le requérant doit rendre vraisemblables non seulement les faits à l'origine de sa prétention, mais aussi leur qualification juridique<sup>203</sup>. Cette condition est remplie lorsqu'un examen sommaire des motifs

---

<sup>198</sup> TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 6.3.

<sup>199</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1.

<sup>200</sup> Voir parmi d'autres ATF 129 II 312, consid. 3.3.

<sup>201</sup> ATF 115 II 440, consid. 5a.

<sup>202</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013 ; ainsi, l'existence de pertes importantes restées inexpliquées serait un indice suffisant d'une violation dommageable, voir ANDREAS CASUTT, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes ?, ECS 2002, p. 502 ss, p. 510.

<sup>203</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 120 II 393, consid. 4c ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2 ; 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1.

juridiques allégués fait apparaître certaines chances de succès ou qu'ils sont au moins défendables<sup>204</sup>.

## 7. Effets de l'admission de la requête

131. Si le juge donne favorablement suite à la requête, il nomme un contrôleur spécial chargé d'enquêter et de remettre un rapport à l'assemblée générale (art. 697d ss CO) ; le contrôleur doit être indépendant (art. 697c al. 2 CO), aussi bien envers le conseil d'administration et la direction que face à l'organe de révision et aux actionnaires<sup>205</sup>. L'expert doit également être compétent en regard du mandat qui lui est confié ; le requérant et la société peuvent faire des propositions, que le juge est libre de suivre ou non<sup>206</sup>.
132. Le juge définit l'objet du contrôle dans les limites de la requête (art. 697c al. 2 CO). Il convient dès lors de préciser dans la requête les questions auxquelles le contrôleur devra répondre. Ces questions devront respecter les principes de subsidiarité et de nécessité et l'obligation d'élucider des faits déterminés. Dans ce contexte, la jurisprudence admet non seulement les questions relatives à des faits concrets, comme la valeur d'une installation<sup>207</sup> ou le type et le montant de certaines rémunérations<sup>208</sup>, mais aussi des éléments moins purement factuels, comme des questions relatives aux motifs d'une décision<sup>209</sup> ou des hypothèses relatives à l'évolution d'un poste si une décision différente avait été prise<sup>210</sup>. Cela nous paraît approprié ; le contrôleur doit être en mesure d'élucider tous les faits

---

<sup>204</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 120 II 393, consid 4c ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2.

<sup>205</sup> BSK OR II-WEBER, art. 697d N 8.

<sup>206</sup> CR CO II-PAULI, art. 697d N 5.

<sup>207</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, faits.

<sup>208</sup> TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, faits.

<sup>209</sup> TF 4A\_219/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.2.1 ; cela est admissible à notre sens dans la mesure où cette question permet d'élucider la base factuelle sur laquelle la décision a été prise, un critère important dans l'appréciation des décisions de gestion selon la *business judgment rule* (voir not. ATF 139 III 24).

<sup>210</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, faits.

qui permettront ensuite au requérant d'apprécier juridiquement les actes ou omissions à l'origine de la requête en contrôle spécial<sup>211</sup>.

## 8. Frais

133. La valeur litigieuse de la requête en institution d'un contrôleur spécial se calcule sur la base du dommage potentiel allégué par le requérant ; les frais calculés sur cette base devront cependant être inférieurs aux frais éventuels d'une action en responsabilité reposant sur les faits allégués<sup>212</sup>. Si le contrôle spécial est admis par le juge, la société supporte les frais de la procédure devant le juge<sup>213</sup>.
134. Dans l'hypothèse où le requérant succombe, se pose la question d'une éventuelle répartition des frais en équité en application de l'art. 107 al. 1 let. f CPC. Il est à notre avis opportun d'appliquer les principes énoncés par la jurisprudence en matière d'annulation des décisions de l'assemblée générale<sup>214</sup>.

### *E. Importance pratique du contrôle spécial*

135. L'exposé ci-devant se limite à la partie judiciaire de la procédure de contrôle spécial ; il faut garder à l'esprit qu'entre la nomination d'un contrôleur spécial et la remise d'un rapport à l'assemblée générale, il s'écoule un temps considérable, la procédure étant notamment ponctuée de deux aller-retours entre le juge et la société afin qu'elle puisse se prononcer sur le rapport rendu par le contrôleur<sup>215</sup>. Cette durée est d'ailleurs l'un des aspects contribuant à l'inefficacité du

---

<sup>211</sup> Dans le même sens, BÖCKLI, § 16 N 54.

<sup>212</sup> ATF 123 III 261, consid. 4 ; 120 II 393.

<sup>213</sup> BÖCKLI (n. 21) § 16 N 84.

<sup>214</sup> Voir N 86 ci-devant. Le TF a en particulier jugé que l'intérêt financier du requérant à l'exécution du contrôle spécial est faible en particulier lorsqu'il vise à élucider des faits indiquant un manquement envers la société, puisqu'il ne profiterait qu'indirectement et partiellement du produit d'une éventuelle action en responsabilité (ATF 123 III 261, consid. 4a. Voir art. 756 al. 1 CO). En pareilles circonstances, il se justifierait de mettre à la charge de la société une partie ou la totalité des frais.

<sup>215</sup> Art. 697e al. 2 et 3 CO.

contrôle spécial, en particulier lorsqu'il est envisagé dans le contexte d'une action en responsabilité dirigée contre un organe<sup>216</sup>.

136. Un obstacle matériel particulièrement important est sans doute l'exigence de subsidiarité et la connexité matérielle qui en découle<sup>217</sup>. Notre exposé a permis de mettre en évidence quelques principes directeurs qui pourraient être utiles à l'actionnaire souhaitant mettre à profit le contrôle spécial. Sans vouloir minimiser l'obstacle que représentent les autres conditions d'admission du contrôle spécial, nous pensons qu'une bonne compréhension de la condition de la connexité permettra déjà à l'actionnaire d'exercer une certaine pression sur le conseil d'administration. Celui-ci prend un risque en refusant de répondre ou en répondant de manière trop vague à une demande de renseignements claire et motivée. En définitive, la communication envers les actionnaires s'en verrait améliorée sans qu'il soit nécessaire d'aller jusqu'au contrôle spécial.

### III. Contrôle de gestion

#### A. Compétence décisionnelle

137. Un mécanisme supplémentaire de contrôle a été prévu par le législateur en faveur de l'assemblée générale des actionnaires, qui se voit octroyer la compétence intransmissible – à un autre organe – et inaliénable – à laquelle elle ne peut renoncer – de nommer des experts chargés de contrôler tout ou partie de la gestion de la société (*Sachverständige*)<sup>218</sup>.
138. Cette disposition n'empêche en rien le conseil d'administration de mandater des tiers indépendants, à tout moment, et hors application de l'art. 731a al. 3 CO, afin de faire vérifier la gestion de la société telle qu'effectuée par leurs prédécesseurs, ou leur délégataires, ou élucider des faits ayant des conséquences juridiques, pour la société

---

<sup>216</sup> Voir BSK OR II-WEBER, art. 697a N 14 ; BÖCKLI (n. 21), § 16 N 16.

<sup>217</sup> BSK OR II-WEBER, art. 697a N 13.

<sup>218</sup> Art. 731 al. 2 aCO, devenu l'art. 731a al. 3 CO suite à la modification du droit des sociétés anonymes, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1992.

ou ses employés (enquêtes internes en matière de respect des prescriptions applicables aux marchés financiers ou dans le domaine du droit de la concurrence).

139. La nomination d'experts au sens de l'art. 731a al. 3 CO ne peut qu'intervenir sur décision de l'assemblée générale, selon les règles de majorité ad hoc<sup>219</sup>. De par la loi, la décision doit être prise à la majorité simple, la décision n'étant pas qualifiée d'importante<sup>220</sup>; la détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique par ailleurs pas<sup>221</sup>. Théoriquement, il devrait être possible de statutairement prévoir une majorité qualifiée là où la loi prévoit une majorité simple; toutefois, au regard du but de l'institution, l'on ne saurait admettre que les statuts ne durcissent excessivement les règles en matière de majorité applicable à la désignation des experts, afin de rendre cette dernière impossible<sup>222</sup>. Il ne s'agit donc pas d'un outil destiné à protéger un actionnaire minoritaire, comme l'est le contrôle spécial.
140. Contrairement au contrôle spécial, le contrôle de gestion ne suppose par l'intervention d'une autorité judiciaire, sauf indirectement, pour trancher un litige ayant trait à l'assemblée générale au cours de laquelle la décision a été prise, ou la proposition rejetée (action en annulation ou en constatation de la nullité). Mais, en pareilles circonstances, ce n'est pas le contrôle de gestion, mais la décision de l'assemblée générale, qui est directement visée. Le contrôle de gestion reste donc un processus purement interne: « il faut laver son

---

<sup>219</sup> De par la loi, la décision doit être prise à la majorité simple, la décision n'étant pas qualifiée d'importante (art. 704 al. 1 CO); la détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique par ailleurs pas (art. 693 al. 3 ch. 2 CO). Il est possible de statutairement prévoir une majorité qualifiée.

<sup>220</sup> Art. 704 al. 1 CO.

<sup>221</sup> Art. 693 al. 3 ch. 2 CO.

<sup>222</sup> TRUFFER va même au-delà, estimant que les statuts ne peuvent qu'alléger les règles applicables à la désignation d'experts en charge du contrôle de la gestion (ROLAND TRUFFER, Die Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung (Art. 731a Abs. 3 OR), in: Vogt/Stupp/Dubs, Unternehmen, Transaktion, Recht: *Liber amicorum* für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zurich 2008, p. 405 ss, p. 416).

linge sale en famille»<sup>223</sup>, à une exception près, à savoir que les experts en charge du contrôle de la gestion doivent être des tiers, impartiaux et neutres.

141. Peuvent demander la désignation d'experts en charge du contrôle de gestion :

- Si l'assemblée générale ordinaire a déjà eu lieu, un ou plusieurs actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions peuvent demander la convocation d'une assemblée générale extraordinaire, dont l'objet est la désignation de contrôleurs de gestion<sup>224</sup>.
- Dans le cadre de la convocation d'une assemblée générale, des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions totalisant une valeur nominale d'au moins un million de francs peuvent requérir que la désignation de contrôleurs de gestion soit ajoutée à l'ordre du jour<sup>225</sup>.
- Le conseil d'administration peut spontanément décider de proposer à l'assemblée générale la désignation de contrôleurs de gestion. Ce cas de figure devrait demeurer rare, et survenir par exemple à la suite de la destitution en bloc de membres du conseil d'administration précédent, suspectés de ne pas avoir déployé leurs activités avec toute la diligence requise, pour fonder une action en responsabilité, ou, dans le cas d'un conflit entre actionnaires majoritaires et minoritaires, en parallèle d'un contrôle spécial, pour prévenir ou remettre en cause ses conclusions. Le Message précise d'ailleurs – curieusement – que les contrôleurs de gestion « interviennent à côté des contrôleurs spéciaux et non à leur place »<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> HONORÉ DE BALZAC, Eugénie Grandet, expression attribuée par l'auteur à Napoléon.

<sup>224</sup> Art. 699 al. 3, première phrase, CO.

<sup>225</sup> Art. 699 al. 3, deuxième phrase, CO. Il est admis que le quorum de 10% est également applicable à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, voir BÖCKLI (n. 21), § 12 N 66.

<sup>226</sup> Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983,

- Indépendamment de ce qui précède, pendant une assemblée générale, un actionnaire peut en tous les cas proposer la désignation d'experts en charge du contrôle de la gestion, même si l'objet ne figure pas à l'ordre du jour, en application analogique de l'art. 700 al. 3 CO<sup>227</sup>.

### ***B. Le contrôleur de gestion : organe ou tiers ?***

142. Systématiquement, l'institution du contrôle de gestion figure au sein du Chapitre III (organisation de la société), lettre C (organe de révision) du Titre vingt-sixième consacré à la société anonyme. Faut-il en déduire que seul l'organe de révision peut être chargé de cette activité ? Il convient de répondre par la négative à cette question, et de constater que la loi n'est malheureusement pas un modèle de clarté à cet égard ; la doctrine ne semble par ailleurs pas unanime<sup>228</sup>. A priori, rien ne s'oppose à ce que l'organe de révision ne soit désigné pour exécuter cette mission<sup>229</sup> ; il conviendra de veiller toutefois à ce que la révision des comptes d'une part, et le contrôle de la gestion d'autre part, soient fonctionnellement séparés, et traités par des personnes différentes.
143. Des tiers choisis en fonction des aspects de la gestion qui constituent la cible du contrôle pourront également être désignés : experts-comptables, experts-fiscaux, avocats spécialisés en *corporate governance*, localisation (*asset tracing*) ou recouvrement (*recovery*) d'actifs, ou encore en investigations internes. Les experts devront en tous les cas présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité, et

---

FF 1983 II 961.

<sup>227</sup> BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731a N 12 ; TRUFFER (n. 222), p. 415.

<sup>228</sup> DANIEL CHRISTIAN PFIFFNER, Revisionsstelle und Corporate Governance Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz, in Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Thèse, Zurich 2008, § 1094 ss.

<sup>229</sup> Message Révision, FF 2004 3762 et 3804, qui parle d'organe de révision multicéphale et souligne la difficulté de conserver l'unité de l'organe de révision ; VALÉRIE ENGAMMARE, Système de contrôle interne et information des actionnaires : comment garantir aux actionnaires un droit de regard en matière de contrôle interne ?, ECS 2003, p. 491 ss, p. 494 et la note de bas de page 41.

disposer de solides compétences dans les domaines concernés par le contrôle de la gestion<sup>230</sup>. Ils ne pourront ainsi pas être actionnaires, membres du conseil d'administration, ou travailleurs de la société, ni avoir occupé ces fonctions récemment ; rien ne s'oppose à la désignation d'un tiers ayant fonctionné au préalable comme curateur<sup>231</sup>, commissaire au sursis<sup>232</sup>, chargé d'enquête<sup>233</sup> ou commissaire<sup>234</sup>.

144. L'art. 731a al. 3 CO se borne à préciser que l'assemblée générale peut nommer des experts pour contrôler l'ensemble ou une partie de la gestion. Au regard de la systématique, et même de la lettre de la loi, l'on est en droit de se demander si le législateur ne consacre pas ici pour l'assemblée générale un droit de désigner une sorte de conseil de surveillance permanent à la française<sup>235</sup>, ou un *Aufsichtsrat* à l'allemande<sup>236</sup>, organe de la société. La réponse à cette question ne va en réalité pas de soi : historiquement, le Conseil fédéral avait proposé l'introduction dans le droit suisse d'un système facultativement dualiste, tel que connu notamment dans le droit allemand et français<sup>237</sup>. La question est toutefois aujourd'hui tranchée : en Suisse, c'est le système moniste qui a cours, même si le conseil d'administration peut déléguer des tâches<sup>238</sup>. Autoriser une

---

<sup>230</sup> BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731a N 12 ; TRUFFER (n. 222), p. 416.

<sup>231</sup> Art. 725a CO.

<sup>232</sup> Art. 293 ss LP.

<sup>233</sup> Art. 36 LFINMA notamment, et les lois et ordonnances applicables à l'assujetti concerné.

<sup>234</sup> Art. 731b CO.

<sup>235</sup> Art. L225-68 al. 1 du Code de commerce : Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire.

<sup>236</sup> § 111 al. 1 de l'Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 26 des Gesetzes vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist : Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.

<sup>237</sup> Art. 725 P-CO 1928, FF 1928 I 289. Voir également BO de l'AF 1931 III 571, 1934 II 341 et BO de l'AF 1985 IV 1659.

<sup>238</sup> ISABELLE CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance - Etude comparée : Suisse, Australie, Allemagne, Thèse d'habilitation, Genève 2012, § 277.

surveillance permanente serait contraire à l'art. 716a CO. Il convient donc de répondre par la négative à la question.

145. Faut-il par ailleurs, et nonobstant ce qui précède, estimer que ces experts constituent un organe de la société dont ils contrôlent tout ou partie de la gestion, comme le sont par exemple les liquidateurs ordinaires, ou encore le réviseur ? La conséquence de la qualification est essentiellement pertinente en matière de responsabilité : en effet, la société répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter<sup>239</sup>, et la loi prévoit un système spécial de responsabilité pour le prospectus d'émission<sup>240</sup>, dans les actes de fondation<sup>241</sup>, dans l'administration, la gestion et la liquidation<sup>242</sup>, ou encore dans la révision<sup>243</sup>.
146. Elle l'est également en matière de preuve, puisqu'en application de l'art. 159 CPC, lorsqu'une personne morale est partie à un procès, ses organes sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves.
147. À nouveau, la réponse ne va pas de soi. À l'exception d'un auteur<sup>244</sup>, plus nuancé, la doctrine estime que les experts nommés pour contrôler la gestion de la société ne doivent pas être qualifiés d'organes de cette dernière<sup>245</sup>. Il est par ailleurs généralement admis que le contrôleur spécial n'est pas un organe<sup>246</sup>, même si parfois ce point de vue se base, à tort, sur le fait que le contrôleur spécial est lié par un rapport de nature contractuelle à la société, alors que l'un n'exclut pas l'autre.

---

<sup>239</sup> Art. 722 CO.

<sup>240</sup> Art. 752 CO.

<sup>241</sup> Art. 753 CO.

<sup>242</sup> Art. 754 CO.

<sup>243</sup> Art. 755 CO.

<sup>244</sup> TRUFFER (n. 222), p. 420.

<sup>245</sup> BÖCKLI (n. 21), § 15 N 757 ; KUKO OR-KIRCHSCHLÄGER/WIRTH, art. 731b N 7 ; ZK-BÜRGI, art. 731 aCO N 8, lequel ne motive pas réellement son point de vue.

<sup>246</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 87 ; CR CO II-PAULI, art. 697d N 2.

148. Selon nous, la qualification d'organe des experts chargés de contrôler la gestion doit être exclue pour les raisons suivantes :

- En droit privé, les organes expriment la volonté d'une personne morale<sup>247</sup>. Cette dernière est engagée par leurs actes juridiques<sup>248</sup>. En droit des sociétés, la notion d'organe s'entend plus largement<sup>249</sup> ; la loi énumère exhaustivement les organes de la société anonyme : il s'agit de l'assemblée générale, du conseil d'administration, respectivement de ses délégués et, si les conditions pour un contrôle ordinaire ou restreint sont remplies, de l'organe de révision. Cette énumération est exhaustive. Ce n'est d'ailleurs que si l'un de ces organes fait défaut qu'un actionnaire peut notamment agir judiciairement sur la base de l'art. 731*b* CO (carence dans l'organisation) ; les art. 752 ss CO, qui instaurent un régime particulier en matière de responsabilité des organes, ne prévoient qu'une responsabilité du réviseur, à savoir les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe<sup>250</sup>.
- À côté de ces organes prévus par la loi, la jurisprudence et la doctrine ont développé la notion d'organe de fait. Est traditionnellement considéré comme organe de fait celui qui est doté d'une compétence de gestion de fait, d'un pouvoir décisionnel propre, relevant typiquement d'un organe, sans pour autant formellement détenir la qualité d'organe, choisi par l'assemblée générale (aspects internes) et inscrit au registre du commerce comme tel, ou qui agit vis-à-vis des tiers comme un représentant ayant des pouvoirs décisionnels et éveille ainsi la confiance des tiers (aspects externes)<sup>251</sup>.

---

<sup>247</sup> Art. 55 al. 1 CC.

<sup>248</sup> Art. 55 al. 2 CC.

<sup>249</sup> ATF 117 II 570 = JdT 1993 I 80. Cf. PFRUNDER-SCHIESS MAYA R., Zur Differenzierung zwischen dem Organbegriff nach ZGB 55 und dem verantwortlichkeitsrechtlichen Organbegriff, Besprechung von BGE 117 II 570 ff, RSDA 3/1993, pp. 126 ss.

<sup>250</sup> Art. 755 al. 1 CO.

<sup>251</sup> ATF 117 II 570, consid. 3 : « Als mit der Verwaltung oder Geschäftsführung

- Le fait que la doctrine qualifie le liquidateur d'organe n'est pas relevant ; en substance, le rôle de liquidateur (ordinaire, hors faillite) n'est rien d'autre qu'une déclinaison de celui d'administrateur, à l'exception près que les actes effectués sont limités au nouveau but de la société, à savoir la liquidation.
- Le curateur au sens de l'art. 725a CO est parfois qualifié d'organe de la société qu'il surveille. À notre avis, cette qualification est inexacte ; le curateur est certes un organe, mais, à l'instar du commissaire au sursis concordataire<sup>252</sup>, il s'agit d'un organe atypique de l'exécution forcée.
- Les experts chargés du contrôle de tout ou partie de la gestion sont désignés par l'assemblée générale parmi des tiers indépendants et neutres. Qualifier les experts en charge du contrôle de la gestion d'organes revient à affaiblir leur neutralité et impartialité.
- L'institution du contrôle spécial d'une part, et du contrôle de gestion d'autre part, sont des outils revêtant des caractéristiques communes. Dès lors que la grande partie des auteurs se prononçant sur le sujet estiment à juste titre que le contrôleur spécial n'est pas un organe, il convient également de considérer que le contrôleur de gestion n'est pas non plus un organe.

149. Il semble indiscutable de considérer que les experts en charge du contrôle de la gestion sont liés à la société par un contrat de

---

betrault im Sinne dieser Bestimmung gelten nach Lehre und Rechtsprechung nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen » ; cf. également PETER FORSTMOSER, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, *in* : Forstmoser/Schluep (édit.), Freiheit und Verantwortung im Recht, *in* : Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Berne 1982, p. 129 ss ; PFRUNDER-SCHIESS (n. 249), p. 126 ss.

<sup>252</sup> OLIVIER HARI, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 292 ss LP), Thèse, Neuchâtel 2010, § 62.

mandat<sup>253</sup> ; au regard de leur obligation d'indépendance et d'impartialité, ils ne sauraient être liés par un contrat de travail à la société, car dans ce cas, ils seraient, directement ou indirectement, soumis aux instructions du conseil d'administration ou de ses délégués, alors que précisément l'objet du contrôle a trait à la gestion telle que déployées par ces derniers. En application analogique de l'art. 697g al. 2 CO, la société est débitrice de la créance en rémunération des experts.

### *C. Conditions*

150. Le contrôle de gestion ne revêt pas de caractère subsidiaire, comme le contrôle spécial, qui ne peut intervenir qu'après épuisement de certaines démarches préalables<sup>254</sup>. Au regard du message de forte défiance et de rupture du lien de confiance entre assemblée générale et conseil d'administration véhiculé potentiellement par une telle décision, et vu le mode de désignation des experts (décision de l'assemblée générale, prise a priori à la majorité simple), le contrôle de gestion demeure un outil qui reste en pratique relativement rarement utilisé. Il entre par ailleurs dans une certaine mesure directement en concurrence avec le contrôle spécial et les investigations internes conduites informellement, ou sur demande d'une autorité administrative.
151. Formellement et matériellement, les conditions à la désignation d'experts chargés de contrôler tout ou partie de la gestion sont donc essentiellement dépendantes de la volonté des actionnaires, qui s'expriment à la majorité simple<sup>255</sup>. Au regard de l'absence de

---

<sup>253</sup> BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731a N 16 ; TRUFFER (n. 222), p. 420.

<sup>254</sup> Art. 696 ss. Le droit de la société anonyme consacre ici un concept d'informations en trois étapes (mise à disposition du rapport de gestion, droit aux renseignements et consultation puis, si ces préalables nécessaires n'ont pas donné satisfaction, contrôle spécial).

<sup>255</sup> Pour BÖCKLI (n. 21), § 15 N 754, la désignation d'experts au sens de l'art. 731 al. 3 se justifie « wenn starke Hinweise auf ein heilloses Durcheinander auf der Ebene von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung, Unregelmässigkeiten oder eine grobe Vernachlässigung des Aufsichtspflicht durch den Verwaltungsrat vorliegen ; eine rechtliche Voraussetzung des entsprechenden Beschlusses ist das aber nicht ».

jurisprudence y relative, il est difficile de développer des éléments casuistiques en lien avec des aspects factuels ayant donné lieu à la désignation d'experts chargés de contrôler la gestion. Les situations suivantes peuvent toutefois motiver un contrôle de gestion :

- Dans une société dont le but statutaire est d'acquérir, vendre et gérer tous types d'investissements sous forme de participation au capital de sociétés (*private equity*), la délégation des investissements à une société mère et les investissements effectués<sup>256</sup>.
- En cas de suspicion d'agissements contraires, ou ayant des conséquences indirectes contraires, au droit réglementaire des marchés financiers (banques, négociants en valeurs mobilières, placements collectifs de capitaux), des assurances, des entreprises de révision, ou encore au droit de la concurrence et pénal.
- En cas de totale perte de confiance entre la majorité des actionnaires et le conseil d'administration, respectivement certains de ses membres, actuels ou sortants.
- En cas de totale perte de confiance entre la majorité des actionnaires et la haute direction, respectivement certains de ses membres, actuels ou sortants, et de doute sur la correcte exécution par le conseil d'administration, respectivement certains de ses membres, de l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion.
- En cas d'insolvabilité, afin d'établir précisément la situation, ainsi que les causes de l'insolvabilité, et faire des recommandations à l'assemblée générale sur les mesures à prendre. Dans ce cas, la mission des experts en charge du contrôle de la gestion s'apparenterait à celle d'un curateur (art. 725a CO) ou d'un commissaire au sursis (art. 293 ss LP), sans qu'une procédure judiciaire ne soit ouverte.

---

<sup>256</sup> ATF 137 III 503, lequel ne traite cependant pas de la problématique du contrôle de gestion mais de la licéité du principe et des modalités de la délégation dans un cas particulier.

### ***D. Aspects pratiques***

152. L'attribution à l'assemblée générale de la compétence exclusive de désigner des experts au sens de l'art. 731a al. 3 CO ne va pas sans poser quelques problèmes pratiques.

#### **1. Désignation nominative**

153. Avoir la compétence et décider de nommer des experts en charge de contrôler la gestion est une chose, choisir le ou les experts, nominativement, en est une autre. Il est rappelé à cet égard que l'assemblée générale dispose à notre avis, en application de l'art. 731a al. 3, d'une compétence intransmissible et inaliénable. Partant, elle ne peut ni déléguer au conseil d'administration la compétence pour décider d'instaurer un contrôle de gestion, ni même déléguer au conseil d'administration l'organisation du contrôle de gestion, sauf si elle a au préalable fixé un cadre et un cahier des charges des experts très précis.
154. Si la proposition émane du conseil d'administration, il est fort probable, et à vrai dire conseillé, que ce dernier donne à l'assemblée générale le choix entre quelques experts potentiels, et communique à l'assemblée générale un *curriculum vitae* des personnes pressenties. L'assemblée générale pourra ainsi aisément décider d'instaurer un contrôle de la gestion et, immédiatement après, attribuer la tâche à une personne physique ou morale déterminée.
155. En revanche, si la décision est prise par l'assemblée générale, sans révocation du conseil d'administration, ou des membres concernés qui seraient majoritaires au sein dudit conseil, la désignation peut s'avérer difficile à mettre en œuvre. Partant, il reviendra à l'assemblée générale de débattre à propos de la personne, ou des personnes à nommer. L'actionnaire, ou les actionnaires ayant requis l'inscription, à l'ordre du jour de l'assemblée générale, du contrôle de gestion devront donc agir comme proposé ci-dessus. En tous les cas, il reste possible de désigner l'organe de révision – qui doit en

principe être présent à l'assemblée générale ordinaire en cas de contrôle ordinaire<sup>257</sup> – en qualité d'expert.

## 2. Objet du contrôle

156. Une fois le principe du contrôle de gestion décidé, l'assemblée générale doit encore en fixer les détails matériels. Il s'agit à nouveau d'une compétence intransmissible et inaliénable ; tout au plus devrait-on admettre que, suivant les circonstances, le conseil d'administration soit autorisé à mettre en œuvre le contrôle de gestion en fonction d'un cadre général, mais relativement précis, défini par l'assemblée générale.
157. Ce qui précède s'agissant de la désignation nominative des experts par l'assemblée générale vaut également ici : il est à l'évidence plus aisé de choisir entre quelques noms, que de rédiger avec précision un cahier des charges. Il est par conséquent conseillé à l'actionnaire à l'initiative duquel un contrôle de gestion est porté à l'ordre du jour, qu'il prépare et soumette à l'approbation de l'assemblée générale les points essentiels du mandat.
158. Alternativement, l'assemblée peut nommer en son sein un comité d'actionnaires représentatifs de la majorité ayant voté en faveur, en charge d'instruire et surveiller les experts en charge du contrôle nommés par l'assemblée générale. Dans ce cas, il appartient à l'assemblée générale de fixer au préalable, c'est-à-dire pendant l'assemblée générale au cours de laquelle les experts sont désignés, un cadre, à préciser ensuite par le comité d'actionnaires.
159. En application de l'art. 731a al. 3 CO, c'est l'ensemble ou une partie de la gestion qui constitue l'objet du contrôle. A cet égard, les précisions suivantes peuvent être apportées.
160. Dans la mesure où le législateur a renoncé à instaurer un organe de surveillance, facultatif ou obligatoire, il paraît douteux d'admettre que le mandat des experts en charge du contrôle de la gestion soit illimité dans le temps, même s'il peut être durable. Pour la même

---

<sup>257</sup> Art. 731 al. 2 CO.

raison, les experts ne sauraient donner des instructions, ni même des recommandations au conseil d'administration ; leur seul interlocuteur, est l'assemblée générale, respectivement un comité d'actionnaires représentatifs<sup>258</sup>, et leur seule mission, le contrôle<sup>259</sup>.

161. L'art. 716 al. 2 CO fait référence à la notion de gestion des affaires sociales, et à son caractère délégable. Pour autant, la loi ne donne pas de définition de ce qu'est la gestion au sens de cette disposition. Traditionnellement, la gestion se définit comme l'ensemble des activités nécessaires à la poursuite du but de la société, et recouvre tant la haute direction interne – qui elle-même englobe d'autres aspects<sup>260</sup> – que la représentation de la société envers l'extérieur<sup>261</sup>.
162. La notion de gestion doit s'entendre à notre avis le plus largement possible dans des cas d'application de l'art. 731a al. 3 CO, et recouvrir non seulement la gestion interne et les rapports externes tels que définis ci-dessus, mais également tous les autres aspects découlant en particulier de l'art. 716a al. 1 CO et 717 CO, ainsi que ceux en lien avec les rapports entre membres du conseil d'administration et actionnaires : il en va ainsi des appels de versements des apports non-versés (art. 682 CO), de l'exécution d'une augmentation de capital autorisée (art. 651 ss CO) ou conditionnelle (art. 653 ss CO), d'opérations de restructuration au sens de la LFus, des obligations en cas d'insolvabilité (art. 725 CO et

---

<sup>258</sup> Cf. N 158 ci-dessus.

<sup>259</sup> Du même avis, BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731a N 13 s.

<sup>260</sup> Art. 716a al. 1 ch. 1 CO. Selon le Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, « La haute direction comprend trois éléments, à savoir le développement des buts stratégiques de la société, la fixation des moyens permettant d'atteindre ces buts et le contrôle des organes de gestion en rapport avec la poursuite des buts fixés. Les moyens d'assurer la haute direction sont les instructions du conseil d'administration, qui sont nécessaires pour atteindre les buts fixés. La gestion doit s'en tenir à ces instructions » (FF 1983 II 949). Ces trois éléments sont en partie énumérés par l'art. 716a al. 1 CO.

<sup>261</sup> Art. 718 CO. ATF 137 III 503, consid. 3.1. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716 N 92.

art. 293 ss LP), ou encore de la vérification du respect du principe d'égalité de traitement entre actionnaires (art. 717 al. 2 CO).

### 3. Obligation de faire rapport et secret d'affaires

163. La loi n'indique pas comment les experts doivent rapporter à l'assemblée générale les résultats de leur examen. L'on doit partir du principe qu'il appartient aussi à l'assemblée générale de déterminer la forme du rapport, étant précisé que la forme écrite devrait être la règle. Si l'assemblée générale devait omettre de régler ce point, une application analogique des art. 697e CO, 728b al. 2 et 3 CO, et 729b s'imposerait.
164. En application analogique de l'art. 730b CO, le conseil d'administration a l'obligation de remettre tout document idoine aux experts chargés du contrôle de la gestion, et de leur communiquer tous les renseignements dont ils ont besoin pour s'acquitter de leur tâche. Il convient en outre de partir du principe que la même obligation incombe aux fondateurs, organes, mandataires, travailleurs, curateurs, commissaires au sursis et liquidateurs, en application analogique de l'art. 697d al. 2 CO. Ce n'est qu'ainsi que les experts pourront réellement exécuter le mandat confié par l'assemblée générale.
165. La problématique du respect du secret d'affaires dans le cadre d'un contrôle de gestion ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale. L'art. 730b al. 2 CO met à la charge de l'organe de révision une obligation de garder le secret sur ses constatations, ainsi qu'une autre obligation de garantir le secret d'affaires de la société lorsqu'il établit son rapport et qu'il fournit des renseignements à l'assemblée générale. Le contrôleur spécial est soumis à un devoir de discrétion (art. 697d al. 4 CO) ; il doit également rendre compte du résultat de son contrôle dans le respect du secret des affaires (art. 697e al. 1, première phrase CO). Un processus judiciaire d'épuration est par ailleurs prévu au cas où la société devait considérer que le rapport contient des passages qui portent atteinte au secret des affaires (art. 697e al. 1 CO).
166. L'art. 731a al. 3 CO ne prévoit pas à charge des experts d'obligation de transmettre le rapport à la société, respectivement au conseil

d'administration, ce qui est logique, au regard de l'objet du contrôle de la gestion. Dès lors, c'est l'art. 730b al. 2 CO qui doit s'appliquer : les experts désignés doivent apprécier de façon autonome ce qui doit être transmis et ce qui ne doit pas l'être, et mentionner clairement dans leur rapport que certains aspects de leur examen sont volontairement censurés pour respecter le secret d'affaires. Il appartiendra ensuite à l'assemblée générale de décider, en procédant à une pesée d'intérêts, si le secret d'affaires mérite ou non d'être levé<sup>262</sup>.

167. Selon les circonstances, rien n'empêche toutefois l'assemblée générale de décider d'une procédure – interne – permettant une certaine forme d'épuration. Deux solutions sont possibles : la désignation d'un comité d'actionnaires, dont l'on sait avec certitude qu'ils ne sont pas directement ou indirectement concurrents de la société, et auxquels les experts rapporteraient en tout premier lieu ; ou encore l'obligation pour les experts de transmettre un projet de leur rapport au conseil d'administration, et la désignation d'un arbitre qui pourrait trancher en cas de divergence de point de vue entre le conseil d'administration et les experts.

#### 4. Valeur et utilisation des faits élucidés ou découverts

168. En application de l'art. 168 al. 1 CPC, les moyens de preuve sont (let. a) le témoignage, (let. b) les titres, (let. c) l'inspection, (let. d) l'expertise, (let. e) les renseignements écrits et (let. f) l'interrogatoire et la déposition de partie. La loi n'indique pas la qualification à donner au rapport des experts en charge du contrôle de la gestion.
169. Le rapport émis par les contrôleurs spéciaux est traditionnellement qualifié de témoignage doté d'une force probante accrue<sup>263</sup>, voire d'expertise privée<sup>264</sup>. A notre avis, cette qualification s'applique

---

<sup>262</sup> TRUFFER (n. 222), p. 424.

<sup>263</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 74 ; BSK OR II-WEBER, art. 697f N 4 ; ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Thèse, Zurich 1991, p. 225.

<sup>264</sup> CR CO II-PAULI, art. 697f N 8.

également au rapport des experts en charge du contrôle de la gestion. Dès lors, la présentation des faits dans le rapport de contrôle de gestion ne saurait lier le juge saisi d'une action subséquente<sup>265</sup>. Il s'agit certainement là d'une faiblesse, également attribuée au contrôle spécial<sup>266</sup>.

### Conclusion

170. Au moment de conclure, deux constats peuvent être effectués.
171. Premièrement, le contrôle spécial et le contrôle de gestion nous paraissent deux outils a priori efficaces permettant, selon les conclusions des experts, de fonder une action en responsabilité contre des organes dirigeants, ou alternativement, de blanchir lesdits organes. Dans le dernier cas, les deux institutions précitées peuvent même potentiellement éviter les dommages réputationnels d'un litige porté directement par certains actionnaires auprès d'un juge, alors que les récriminations desdits actionnaires sont infondées.
172. Pour autant, le contrôle spécial et le contrôle de gestion pâtissent de caractéristiques propres à leur ôter une certaine attractivité : l'obligation de parfaite similitude, ou presque, entre les demandes de renseignements et l'objet du contrôle spécial d'une part, ainsi que le manque de cadre pour le contrôle de gestion, peuvent s'avérer problématiques dans certaines circonstances.
173. Deuxièmement, hors des salons des assemblées générales, force est de constater que l'avocat a aussi un rôle à jouer dans la protection des actionnaires, car celle-ci passe par des procédures complexes et techniques, où la gestion du temps est essentielle et la précision des actes primordiale. Sans maîtrise de ces paramètres, les droits des

---

<sup>265</sup> BSK OR II-WEBER, art. 697f/N 4. L'expertise privée doit être considérée comme un titre au sens de l'art. 177 CPC (voir FRANÇOIS BOHNET, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Neuchâtel 2014, N 1226 et en détail FRANCESCO TREZZINI, note relative à l'arrêt 5P.217/2004 du 1<sup>er</sup> novembre 2004, RSPC 2005 267 ss).

<sup>266</sup> BÖCKLI, *loc. cit.*

actionnaires sont inutiles. L'anticipation est également de mise. Il est toujours plus difficile de revenir sur une décision adoptée et exécutée ; tenter de la prévenir peut dès lors s'avérer une stratégie gagnante.



# Les associations en procédure civile et administrative

par

Anne-Sylvie Dupont

Avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

|   |     |
|---|-----|
| I. Introduction .....   | 171 |
| II. L'acquisition de la personnalité juridique .....          | 171 |
| III. Les affaires propres de l'association .....              | 175 |
| A. En droit civil.....  | 175 |
| 1. Les affaires internes de l'association .....               | 176 |
| <i>a) Les carences organisationnelles (art. 69c CC)</i> ..... | 176 |
| <i>b) Les décisions de l'association (art. 75 CC)</i> .....   | 177 |
| 2. Les relations aux autres sujets de droit .....             | 178 |
| B. En droit administratif.....                                | 180 |
| IV. L'action sociale en procédure administrative .....        | 181 |
| A. Le recours corporatif égoïste .....                        | 182 |
| B. Le recours idéal .....                                     | 184 |
| 1. Le caractère national.....                                 | 186 |
| 2. La poursuite statutaire d'un but d'intérêt général .....   | 187 |
| 3. La pérennité de l'association .....                        | 188 |
| 4. La mention dans une liste ad hoc.....                      | 189 |
| 5. L'épuisement des moyens de droit.....                      | 190 |

|  |     |
|--|-----|
| V. L'action sociale en procédure civile.....   | 191 |
| A. L'action des organisations selon le CPC .....   | 191 |
| 1. Les conditions de la qualité pour agir .....  | 192 |
| a) <i>Une association d'importance nationale ou régionale</i> .....  | 192 |
| b) <i>L'habilitation statutaire à défendre les intérêts d'un groupe</i><br><i>de personnes déterminé</i> ..... | 193 |
| 2. Une atteinte à la personnalité des membres du groupe .....  | 194 |
| 3. Les conclusions possibles .....   | 195 |
| B. L'action des associations selon les lois spéciales .....  | 196 |
| C. Quelques remarques .....  | 199 |
| VI. Conclusion.....  | 201 |

## I. Introduction

1. Forme corporative permettant l'acquisition de la personnalité morale, l'association, telle qu'elle est prévue par les articles 60 à 79 du Code civil suisse<sup>1</sup>, est une forme privilégiée pour regrouper des personnes, physiques ou morales, mues par des intérêts communs ou désireuses d'atteindre les mêmes objectifs.
2. L'absence, en Suisse, de procédure d'enregistrement systématique ne permet pas de savoir exactement combien d'associations sont actives sur le territoire helvétique. Des statistiques établies en 2012 révélaient que près de 40% de la population résidante en Suisse déclarait déployer activement une activité bénévole au sein d'une structure associative<sup>2</sup>. On peut déduire de ce chiffre l'importance de l'association dans le paysage juridique suisse.
3. L'objectif de cette contribution est de rappeler les conditions auxquelles une association au sens des articles 60 à 79 CC peut agir ou être actionnée en justice, tant en matière civile qu'en matière administrative, ce qui suppose, avant toute chose, l'acquisition de la personnalité juridique (II).
4. Nous traiterons ensuite dans un premier temps de la capacité de l'association d'être partie à une procédure judiciaire pour ses propres affaires, tant sur le plan civil que sur le plan administratif (III). Dans un deuxième temps, nous examinerons les possibilités de l'action dite sociale, en procédure administrative (IV) et en procédure civile (V).

## II. L'acquisition de la personnalité juridique

5. Procédure caractérisée par son absence de formalisme, la constitution d'une association suppose simplement, *d'un point de vue*

---

<sup>1</sup> CC ; RS 210.

<sup>2</sup> Source : Office fédéral de la statistique, Enquête sur les revenus et les conditions de vie, SILC-2012, version au 14 avril 2014.

*formel, l'adoption de statuts*<sup>3</sup>. Les statuts doivent être rédigés par écrit<sup>4</sup> et contenir au moins les indications mentionnées à l'article 60 al. 2 CC (but, ressources et organisation de l'association). En principe, les statuts qui ne sont pas conformes aux exigences de l'article 60 al. 1 et 2 CC ne permettent pas l'acquisition de la personnalité morale. L'interprétation de statuts lacunaires, selon le principe de la confiance<sup>5</sup>, est cependant possible dans certains cas<sup>6</sup>.

6. D'un point de vue matériel, l'acquisition de la personnalité morale par une association suppose la réunion des éléments suivants :
7. – l'expression de la volonté des membres fondateurs<sup>7</sup> d'être organisés corporativement<sup>8</sup>. Cette volonté doit être claire et dépourvue de toute ambiguïté<sup>9</sup>. Elle doit ressortir des statuts<sup>10</sup> ;
8. – le but de l'association, qui doit lui aussi figurer dans les statuts, doit être de nature idéale. L'association n'est en effet pas une forme autorisée pour une corporation qui poursuit un objectif final de nature économique<sup>11</sup>. Déterminer la nature du but d'une association peut parfois s'avérer ardu, notamment lorsque des objectifs idéaux et commerciaux sont poursuivis de concert. Le but effectif de l'association doit alors être déterminé *en tenant compte de toutes les circonstances concrètes*, en particulier du fonctionnement et des

---

<sup>3</sup> Art. 60 al. 1 et 2 CC.

<sup>4</sup> Art. 60 al. 2 CC. Sur la nécessité pour les statuts d'être signés par les membres fondateurs, cf. JEAN-FRANÇOIS PERRIN, *Le droit de l'association*, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 37 s. Cf. également CR CC I–JEANNERET/HARI, N 43 ad art. 60 CC.

<sup>5</sup> CR CC I–JEANNERET/HARI, N 45 ad art. 60 CC.

<sup>6</sup> Cf. PERRIN (n. 4), p. 30 ss.

<sup>7</sup> Et non de l'association puisque, logiquement, l'expression de la volonté de s'organiser corporativement précède la création de l'association (cf. PERRIN [n. 4], p. 27).

<sup>8</sup> Art. 60 al. 1 CC.

<sup>9</sup> CR CC I–JEANNERET/HARI, N 17 ad art. 60 CC.

<sup>10</sup> Art. 60 al. 1 CC.

<sup>11</sup> On choisira alors une forme de société de personnes ou de capitaux, telle qu'elles sont décrites dans le Code des obligations (cf. CR CC I–JEANNERET/HARI, N 3 ad art. 60 CC).

ressources de l'association<sup>12</sup>. Il est admis qu'une association poursuive un but idéal et exerce, dans le même temps, une activité commerciale. Cette activité permet en général à l'association de dégager des moyens suffisants pour atteindre son but idéal. A cet égard, les hypothèses mentionnées à l'article 60 al. 1 CC n'ont qu'une valeur exemplative. L'association qui a pour objectif de procurer à ses membres, par ses activités, des avantages patrimoniaux poursuit un but économique<sup>13</sup>, contrairement à celle qui poursuit le but d'améliorer la condition économique de tiers<sup>14</sup> ou de défendre la position économique d'un groupement d'intérêts<sup>15</sup>. A noter que l'association qui se dote, dès sa fondation, d'un *but illicite ou contraire aux mœurs, de même qu'un but économique non autorisé*, ne peut acquérir la personnalité juridique<sup>16</sup> ;

9. – l'indication, dans les statuts, *des ressources de l'association* est également un élément nécessaire à l'acquisition de la personnalité morale, notamment dans le but de renseigner les tiers<sup>17</sup>, dès lors que l'association ne répond en principe de ses dettes que sur son patrimoine<sup>18</sup>. A noter que le financement par le biais de cotisations des membres n'est possible que s'il a été prévu dans les statuts<sup>19</sup> ;
10. – finalement, les statuts devraient, selon l'article 60 al. 2 CC, renseigner sur *l'organisation de l'association*. Il faut entendre par là la désignation des organes de l'association, leur composition et leurs fonctions<sup>20</sup>. Cette exigence doit toutefois être relativisée dès lors que les articles 64 à 69b CC permettent de combler un éventuel silence à ce sujet. Ces dispositions ne précisent toutefois pas les modalités du

---

<sup>12</sup> CR CC I-JEANNERET/HARI, N 9 ad art. 60 CC.

<sup>13</sup> BAK ZGB I-HEINI/SCHERRER, N 5 ad art. 60 CC.

<sup>14</sup> BAK ZGB I-HEINI/SCHERRER, N 9 ad art. 60 CC.

<sup>15</sup> BAK ZGB I-HEINI/SCHERRER, N 10 ad art. 60 CC.

<sup>16</sup> BAK ZGB I-HEINI/SCHERRER, N 16 ad art. 60 CC ; CR CC I-JEANNERET/HARI, N 11 ad art. 60 CC.

<sup>17</sup> CR CC I-JEANNERET/HARI, N 22 ad art. 60 CC.

<sup>18</sup> Art. 75a CC.

<sup>19</sup> Art. 71 CC.

<sup>20</sup> CR CC I-JEANNERET/HARI, N 35 ad art. 60 CC.

choix de la direction de l'association<sup>21</sup>. Il est donc indispensable que les statuts règlent cette question<sup>22</sup>. A défaut, l'association ne peut a priori pas acquérir la personnalité juridique<sup>23</sup> et ne jouira en tout cas pas de l'exercice des droits civils<sup>24</sup>.

11. L'acquisition de la personnalité juridique ne suppose en revanche pas que les statuts règlent expressément la question du *siège*, l'article 56 CC posant à ce sujet une présomption qui viendra combler un éventuel silence<sup>25</sup>.
12. La question de savoir si l'association a l'*obligation de se doter d'un nom* fait l'objet de discussions en doctrine<sup>26</sup>. Il est acquis pour tous les auteurs que la possibilité de désigner l'association répond à une nécessité de la vie pratique. Contrairement à PERRIN<sup>27</sup>, nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'une condition nécessaire à l'acquisition de la personnalité morale. La loi ne l'impose pas. Si l'on raisonne de la même manière que pour les personnes physiques, on notera que l'acquisition de la personnalité n'attend pas que la personne ait reçu un nom<sup>28</sup>. L'obligation de doter une personne physique d'un prénom n'est d'ailleurs confirmée qu'à la lecture de l'ordonnance sur l'Etat civil<sup>29</sup>, qui impose aux parents d'annoncer les prénoms à l'Etat civil en même temps que la naissance<sup>30</sup>, et à l'autorité d'en donner un aux enfants trouvés<sup>31</sup>. L'attribution d'un nom est ainsi une conséquence de l'acquisition de la personnalité (physique ou

---

<sup>21</sup> Cf. art. 69 et 69a CC.

<sup>22</sup> Cf. PERRIN (n. 4), p. 32 s.

<sup>23</sup> Cf. CR CC I-JEANNERET/HARI, N 37 ad art. 60 CC.

<sup>24</sup> Cf. art. 54 CC.

<sup>25</sup> En revanche, la désignation d'un siège est nécessaire si l'association entend se faire inscrire au Registre du commerce (cf. art. 92 let. a ORC).

<sup>26</sup> Cf. PERRIN (n. 4), p. 33 s ; CR CC I-JEANNERET/HARI, N 29 ad art. 60 CC.

<sup>27</sup> Cf. PERRIN (n. 4), p. 33 s.

<sup>28</sup> Cf. art. 31 al. 1 CC : « La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant ; elle finit par la mort ».

<sup>29</sup> OEC ; RS 211.112.1.

<sup>30</sup> Cf. art. 37c al. 2 OEC.

<sup>31</sup> Cf. art. 38 OEC.

morale), mais non une condition<sup>32</sup>. Il est assurément préférable que le nom de l'association soit indiqué dans ses statuts ; il n'est toutefois pas inimaginable qu'il le soit après-coup.

13. L'association a la *possibilité de se faire inscrire au Registre du commerce*<sup>33</sup>. Elle y est obligée si, pour atteindre son but social, elle exploite une industrie en la forme commerciale<sup>34</sup>.
14. A noter que l'*association qui n'a pas encore acquis la personnalité juridique* obéit aux règles de la société simple<sup>35</sup>. Dans certains cas, elle aura néanmoins la possibilité d'être partie à un procès<sup>36</sup>.

### III. Les affaires propres de l'association

15. Sujet de droit à part entière, l'association qui a acquis la personnalité juridique conformément à ce que nous avons décrit ci-dessus<sup>37</sup> est titulaire de droits et d'obligations. A ce titre, elle peut agir et être actionnée en justice, tant au plan civil (A) qu'au plan administratif (B).

#### A. En droit civil

16. En tant que sujet de droit civil, l'association peut être amenée à conduire un procès ou à y être atraite d'une part pour des affaires qui la concernent (1), d'autre part pour des affaires qui concernent ses relations à d'autres sujets de droit (2).

---

<sup>32</sup> Apparemment dans le même sens, CR CC I-JEANNERET/HARI, N 29 ad art. 60 CC.

<sup>33</sup> Art. 61 al. 1 CC.

<sup>34</sup> Art. 61 al. 2 CC.

<sup>35</sup> Art. 62 CC. Les sociétaires sont alors consorts nécessaires.

<sup>36</sup> Cf. N 18.

<sup>37</sup> Cf. N 5 ss.

## 1. Les affaires internes de l'association

17. Les articles 60 ss CC contiennent deux dispositions prévoyant des procédures spéciales relatives aux affaires internes de l'association. La première concerne son organisation (a), la seconde ses activités (b).

### *a) Les carences organisationnelles (article 69c CC)*

18. Si l'association présente une carence organisationnelle, en ce sens que *l'un des organes prescrits par la loi fait défaut*, un membre ou un créancier peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires.

La question de savoir si une association qui, initialement, ne dispose pas des organes prescrits acquiert néanmoins la personnalité juridique, n'a pas été tranchée<sup>38</sup>. Dans le cadre de l'action de l'article 69c CC, elle peut rester ouverte selon nous dès lors qu'une association qui n'a pas valablement acquis la personnalité juridique se voit de toute manière reconnaître la capacité d'être partie à un procès lorsque ce dernier a trait, directement ou indirectement, à l'existence de cette capacité<sup>39</sup>.

19. Le juge fixera alors en règle générale *un délai* à l'association pour régulariser sa situation. Si l'association n'obtempère pas, ou si l'octroi d'un délai paraît d'emblée vain, le juge peut *désigner un commissaire*<sup>40</sup>. Ce commissaire peut être révoqué par le juge, sur demande de l'association qui doit alors avancer de justes motifs<sup>41</sup>. Les frais liés à la désignation d'un commissaire sont à la charge de l'association, qui peut être contrainte de verser une provision<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Cf. CR CC I-JEANNERET/HARI, N 36 ad art. 60 CC.

<sup>39</sup> Cf. CR CC I-JEANNERET/HARI, N 58 ad art. 60 CC. Cf. également FRANÇOIS BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II, p. 185 ss, p. 270.

<sup>40</sup> Art. 69c al. 2 CC

<sup>41</sup> Art. 69c al. 4 CC.

<sup>42</sup> Art. 69c al. 3 CC.

***b) Les décisions de l'association (article 75 CC)***

20. Conformément à l'article 75 CC, « tout sociétaire est autorisé de par la loi à attaquer en justice, dans le mois à compter du jour où il en a eu connaissance, les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent des dispositions légales ou statutaires ».
21. Dans une action fondée sur cette disposition, *ont qualité pour agir les membres de l'association* exclusivement<sup>43</sup>. L'action doit être dirigée contre l'association elle-même, et non contre sa direction ou contre le ou les organes qui ont pris la décision contestée<sup>44</sup>.
22. Le membre qui conteste une décision de l'association doit ne pas y avoir adhéré. Il doit *s'y être opposé* au moment du vote, ou à tout le moins s'être abstenu ou ne pas avoir pris part au vote<sup>45</sup>. Il peut s'agir de toute décision prise par un organe de l'association. Selon la doctrine majoritaire, seules les « manifestations de volonté corporative exprimant une résolution ferme »<sup>46</sup> peuvent faire l'objet d'une action fondée sur l'article 75 CC. Sont en revanche exclus de toute contestation par ce biais-là les actes internes à l'association<sup>47</sup>, comme le résultat d'un vote purement consultatif<sup>48</sup>. A noter que d'éventuelles *voies de recours internes* prévues par les statuts doivent être épuisées avant que l'accès au juge ne soit donné. A défaut, l'action sera irrecevable.
23. Le sociétaire qui conteste une décision doit *invoker la violation de la loi ou d'une norme réglementaire*<sup>49</sup>. Il peut en particulier faire valoir un vice de forme s'il entend plaider la nullité de la décision.

---

<sup>43</sup> Cf. FRANÇOIS BOHNET, *Actions civiles*, Bâle 2014, N 14 ad art. 75 CC, et les références citées.

<sup>44</sup> Cf. BOHNET (n. 43), N 17 ad art. 75 CC.

<sup>45</sup> CR CC I-FOËX, N 7 ad art. 75 CC.

<sup>46</sup> CR CC I-FOËX, N 11 ad art. 75 CC ; BOHNET (n. 43), N 20 ad art. 75 CC.

<sup>47</sup> CR CC I-FOËX, N 13 ad art. 75 CC.

<sup>48</sup> BAK ZGB I-HEINI/SCHERRER, N 21 ad art. 60 CC.

<sup>49</sup> Cf. CR CC I-FOËX, N 19 ss ad art. 75 CC ; BOHNET (n. 43), N 23 ad art. 75 CC.

24. Le sociétaire dispose, pour ouvrir action, d'un *délai d'un mois* dès qu'il a eu connaissance de la décision complète<sup>50</sup>, cas échéant de la décision rendue au terme de la procédure interne prévue par les statuts. Il s'agit d'un *délai de péremption*<sup>51</sup>. La nullité de la décision peut en revanche être soulevée en tout temps<sup>52</sup>.

## 2. Les relations aux autres sujets de droit

25. L'association qui a acquis la personnalité juridique et l'exercice des droits civils<sup>53</sup> est un sujet de droit privé comme un autre. A ce titre, elle est *titulaire de tous les droits inhérents à la personnalité*, et peut se défendre contre quiconque les viole<sup>54</sup>.
26. Elle est également susceptible de souscrire des *engagements contractuels*, par exemple comme employeur, locataire, maître d'œuvre, etc. Elle peut être victime d'*actes illicites* ou, au contraire, engager sa responsabilité, par exemple du fait de ses auxiliaires. A ce titre, elle peut être partie à toute procédure civile visant à la défense de ses intérêts, et peut être atraite en justice par quiconque estime qu'elle a violé ses droits ou ses engagements<sup>55</sup>.
27. Dans ce contexte, le rôle de l'association est le même que celui de tout autre sujet de droit et la procédure ne présente pas de particularités.
28. Soulignons tout de même quelques points importants :
29. – les *organes de l'association*<sup>56</sup> qui sont entendus dans le cadre de la procédure le sont *en qualité de parties*<sup>57</sup>. Les *membres de l'association qui*

---

<sup>50</sup> TF 5A\_153/2009 du 29 mai 2009, consid. 2.1 ; ATF 132 III 503, consid. 3.2. Cette date ne correspond pas nécessairement avec la date à laquelle la décision a été prise (CR CC I-FOËX, N 26 ad art. 75 CC).

<sup>51</sup> BAK ZGB I-HEINI/SCHERRER, N 21 ad art. 60 CC ; BK-RIEMER, N 62 ad art. 75 CC ; CR CC I-FOËX, N 25 ad art. 75 CC.

<sup>52</sup> BAK ZGB I-HEINI/SCHERRER, N 31 ad art. 60 CC.

<sup>53</sup> Cf. art. 66 CPC.

<sup>54</sup> Cf. art. 27 ss CC.

<sup>55</sup> Cf. également Comm. CPC-JEANDIN, N 4 ad art. 66 CPC.

<sup>56</sup> Sur cette notion, cf. Comm. CPC-SCHWEIZER, N 12 ss ad art. 159 CPC.

*n'ont pas le statut d'organe*, de droit ou de fait, seront, cas échéant, entendus *en qualité de témoins*<sup>58</sup>. Cette distinction entre partie et tiers aura des conséquences en cas de refus de collaborer. En effet, la partie qui refuse de collaborer conformément aux prescriptions du Code de procédure civile<sup>59</sup> n'encourt aucune sanction particulière, si ce n'est que le juge tiendra compte de ce refus dans le cadre de l'appréciation des preuves. Le témoin encourt les sanctions prévues par l'article 167 CPC, soit notamment le prononcé d'une amende ou le recours à la force publique<sup>60</sup> ;

30. – en procédure de conciliation, l'association a, comme tout autre sujet de droit, *l'obligation, en principe, de comparaître personnellement*. Cela signifie que doivent se présenter à l'audience les organes dont la signature est nécessaire pour engager valablement l'association<sup>61</sup>. Par la suite, l'association a tout loisir de se faire représenter au procès, conformément à l'article 68 CPC ;
31. – une association peut se voir reconnaître l'attribution de *mandataire professionnellement qualifié* au sens de l'article 68 al. 2 let. d CPC<sup>62</sup> et, partant, être autorisée à pratiquer la représentation en justice à titre professionnel. Il faut toutefois que l'association soit active dans le domaine juridique concerné<sup>63</sup> et avoir pour but statutaire de défendre les intérêts de ses membres, éventuellement d'autres personnes dans des situations identiques. Il faut encore que la personne chargée, à l'interne, de rédiger les actes de procédure et de suivre les audiences bénéficie de compétences suffisantes<sup>64</sup>.

---

<sup>57</sup> Art. 159 CPC.

<sup>58</sup> Cf. art. 169 CPC.

<sup>59</sup> Cf. art. 160 CPC.

<sup>60</sup> Sur cette question, cf. Comm. CPC–SCHWEIZER, N 3 ss ad art. 159 CPC.

<sup>61</sup> Cf. Comm. CPC–BOHNET, N 3 ad art. 204 CPC.

<sup>62</sup> Il en va souvent ainsi, par exemple, des associations de locataires ou des syndicats.

<sup>63</sup> Par exemple en droit du bail ou en droit du travail.

<sup>64</sup> Cf. FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 958.

### ***B. En droit administratif***

32. Comme en droit privé, l'association qui a valablement acquis la personnalité juridique est, dans sa relation à l'Etat, un sujet de droit comme un autre. A ce titre, elle peut *faire l'objet de décisions administratives* contre lesquelles elle dispose des mêmes droits que tout administré<sup>65</sup>.
33. Un recours en justice contre une décision rendue par l'autorité administrative de dernière instance suppose *la qualité pour recourir*, au moins dans la mesure définie par l'article 89 LTF<sup>66</sup>. Les cantons ne peuvent en effet restreindre l'accès à leur juridiction administrative comparativement aux droits accordés aux justiciables au niveau fédéral<sup>67</sup>.
34. L'association doit ainsi avoir *participé à la procédure devant l'autorité inférieure*, ou avoir été privée de la possibilité de le faire.

Une association peut notamment avoir été écartée de la procédure administrative interne parce que la qualité pour agir lui aurait été déniée à tort, ou encore parce qu'elle n'a pas été invitée à y participer, quand bien même elle aurait dû l'être.
35. Elle doit ensuite être *particulièrement atteinte* par la décision attaquée.

Une association est toujours spécialement atteinte par la décision administrative si elle en est la destinataire. C'est également le cas si, bien que la décision s'adresse à un autre sujet de droit, elle déploie des effets négatifs pour elle-même. Il revient à l'association recourante d'établir le lien de connexité entre ses intérêts et la procédure qu'elle intente.
36. Finalement, elle doit avoir un *intérêt digne de protection* à son annulation ou à sa modification<sup>68</sup>. Cet intérêt doit subsister au moment où le juge statue<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Cf. art. 6 PA. Elle peut également avoir le statut de tiers bénéficiant d'un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 354 ss).

<sup>66</sup> Cf. également art. 48 al. 1 PA.

<sup>67</sup> Cf. art. 111 LTF. Cf. également BOVAY (n. 65), p. 349 s.

<sup>68</sup> Art. 48 al. 1 PA. Cf. également art. 89 al. 1 LTF. BOVAY (n. 65), p. 361.

<sup>69</sup> FRANÇOIS BELLANGER, La qualité pour recourir, *in* : Le contentieux administratif,

L'intérêt au recours est digne de protection si l'association, en tant que sujet de droit, se trouve dans un rapport étroit avec la décision contestée. Il doit être plus intensément touché par cette décision que le reste des sujets de droit. Contrairement à ce qui prévaut en matière de recours corporatif égoïste<sup>70</sup>, l'association doit ici établir qu'elle est touchée à titre individuel par la décision contestée. L'intérêt des membres, qui sont des tiers, n'est ici pas déterminant<sup>71</sup>.

37. A noter que l'association peut, dans certaines circonstances particulières, fonctionner comme autorité administrative. Il en va ainsi, par exemple, *dans le cadre de l'assurance-maladie sociale*. Les caisses-maladie au sens de l'article 12 LAMal peuvent notamment revêtir la forme de l'association<sup>72</sup>. Délégué de la puissance publique pour la gestion de l'assurance sociale, la caisse-maladie est investie d'un pouvoir décisionnel, ses décisions pouvant faire l'objet de procédures judiciaires dans lesquelles elle apparaît comme autorité intimée.

#### IV. L'action sociale en procédure administrative

38. Au-delà de la possibilité, pour l'association, d'être elle-même partie dans une procédure administrative, celle-ci peut aussi être amenée à recourir contre une décision ou un acte législatif *par lequel elle n'est pas directement touchée*. Les conditions de recevabilité de son action diffèrent selon qu'elle tend à défendre les intérêts individuels de ses membres (recours corporatif égoïste)<sup>73</sup> ou à défendre l'intérêt général (recours idéal)<sup>74</sup>.
39. En effet, le recours à vocation idéale est prohibé par principe, à moins d'être expressément prévu par une loi fédérale. Le recours corporatif égoïste est admis en pratique, bien qu'il ne soit pas

---

Genève 2013, pp. 111-135, pp. 112 et 121.

<sup>70</sup> Cf. N 40 ss.

<sup>71</sup> Pour davantage de détails sur les conditions de la qualité pour recourir, cf. BELLANGER (n. 69), pp. 114 ss.

<sup>72</sup> Art. 12 al. 1 let. a OAMal.

<sup>73</sup> Cf. N 40 ss.

<sup>74</sup> Cf. N 47 ss.

expressément consacré par la loi<sup>75</sup>. Ses conditions de recevabilité ont été précisées par la jurisprudence<sup>76</sup>.

### ***A. Le recours corporatif égoïste***

40. Le recours corporatif égoïste peut être défini comme *le recours intenté par une association à l'encontre d'une décision ou d'un acte législatif qui touche les intérêts de ses membres, sans léser ses propres intérêts*<sup>77</sup>.
41. La qualité pour former un recours corporatif égoïste suppose tout d'abord que l'association ait pour *but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres*. Des intérêts d'ordre général, relevant de l'intérêt public, ne sont pas suffisants. D'une manière générale, la condition de l'intérêt digne de protection semble plus facilement admise lorsque la décision ou l'acte législatif a pour objet l'usage du domaine public<sup>78</sup>.

L'association suisse des planeurs de pente est légitimée à recourir contre un arrêté cantonal qui restreint le décollage et l'atterrissage des planeurs de pente<sup>79</sup>. En revanche, une association qui a pour but « la sauvegarde des biotopes » d'une région déterminée ne peut recourir contre un plan de zones de protection des eaux, son but social relevant de l'intérêt public<sup>80</sup>. L'association Oxyromandie, qui a pour but statutaire de prévenir le tabagisme et de lutter contre le tabac, défend un intérêt général dans le domaine de la santé publique et n'a pas qualité pour recourir contre le rejet d'une plainte tendant à sanctionner la TSR pour avoir, lors de la diffusion de matchs de tennis, montré de manière insistante le logo d'un fabricant de tabac<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> Cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II (Les actes administratifs et leur contrôle), Berne 2011, p. 750 s.

<sup>76</sup> Pour un exemple, cf. ATF 137 II 40, consid. 2.6.4.

<sup>77</sup> Cf. LAURENT PFEIFFER, *La qualité pour recourir en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement : étude de droit fédéral et vaudois*, Thèse, Lausanne/Genève 2013, p. 134.

<sup>78</sup> Cf. les exemples cités par PFEIFFER (n. 77), p. 137.

<sup>79</sup> ATF 122 I 70, consid. 1b.

<sup>80</sup> ATF 121 II 39, consid. 2d/aa.

<sup>81</sup> ATF 137 II 40.

42. Les intérêts couverts par le but social doivent, dans le cas d'espèce, être *communs à la majorité, ou à tout le moins à un grand nombre des membres*. Contrairement à ce qui prévaut en droit civil pour l'action des organisations<sup>82</sup>, l'importance de l'association n'est pas déterminante. Seule compte la proportion des membres pouvant se prévaloir d'un intérêt digne de protection.

Pour une association qui recrute ses membres sur tout le territoire d'un canton, il est insuffisant que seuls deux membres puissent se prévaloir d'un intérêt digne de protection<sup>83</sup>.

43. Finalement, les membres concernés *doivent, à titre individuel, pouvoir se prévaloir d'un intérêt digne de protection*, de sorte que la qualité pour recourir leur serait reconnue s'ils faisaient recours individuellement. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'ils aient effectivement la volonté de recourir.

44. Cette dernière condition confirme qu'il ne s'agit pas, comme cela peut être le cas pour le recours idéal ou encore en procédure civile<sup>84</sup>, de conférer aux associations une importance particulière dans la protection d'intérêts possiblement touchés par l'activité étatique. L'admission du recours corporatif égoïste repose principalement sur *des motifs d'organisation et d'économie de procédure*<sup>85</sup>, une procédure conduite par une association valant mieux, sous cet angle, qu'une multitude de procédures introduites par chacun de ses membres individuellement. Le recours corporatif égoïste n'excluant pas les actions individuelles simultanées, il n'y a toutefois aucune certitude que l'activité de l'association permette d'atteindre cet objectif.

45. L'association recourante porte le fardeau de démontrer qu'elle remplit les conditions pour que la qualité pour recourir lui soit

---

<sup>82</sup> Cf. N 67.

<sup>83</sup> TA-NE du 28 janvier 1983, RJN 1983, p. 274.

<sup>84</sup> Cf. N 47 et 71.

<sup>85</sup> Cf. MOOR/POLTIER (n. 75), p. 751 ; BOVAY (n. 65), p. 362.

reconnue. A défaut, son recours sera jugé irrecevable<sup>86</sup>. Le degré de la preuve dépendra des circonstances du cas d'espèce<sup>87</sup>.

46. Si les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies, l'association dispose d'un *droit d'action qui lui est propre* et qui se superpose aux droits individuels des membres concernés. Si l'association agit seule, le jugement à intervenir au terme de la procédure ne déploiera que des effets *inter partes*, soit entre l'association elle-même et la partie adverse, respectivement les autorités administratives. Seule l'association pourra donc, cas échéant, obtenir l'exécution forcée de la décision judiciaire obtenue au terme de la procédure. Si des membres agissent à titre individuel à côté du recours corporatif, ils pourront également se prévaloir du jugement rendu au terme de la procédure.

### ***B. Le recours idéal***

47. Comme évoqué ci-dessus<sup>88</sup>, la loi confère parfois la qualité pour recourir aux *organisations qui poursuivent un but idéal* et qui invoquent en procédure des *arguments relevant de la défense de l'intérêt public*. En quelque sorte, il s'agit d'une délégation, à des organismes privés, d'une tâche de surveillance de la bonne exécution de la loi<sup>89</sup>. La loi définit alors de manière détaillée les conditions auxquelles l'association peut recourir, et les actes attaquables par le biais d'un recours corporatif idéal.
48. Les lois qui habilent les associations à défendre l'intérêt public relèvent le plus souvent de la *législation sociale*<sup>90</sup> et de la *législation en*

---

<sup>86</sup> TF 1C\_390/2010 du 17 mai 2011, consid. 2.

<sup>87</sup> ATF 136 II 539, consid. 1.1.

<sup>88</sup> Cf. N 39.

<sup>89</sup> Cf. ETIENNE POLTIER, La qualité pour recourir des organisations à but idéal, *in* : 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Tappy/Kahil-Wolff/Bruchez (édit.), p. 275 ss, p. 281.

<sup>90</sup> Historiquement, le droit de recours idéal des organisations a pour la première fois été reconnu aux associations de travailleurs et d'employeurs dans le cadre de l'application de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (cf. POLTIER [n. 89], p. 276).

*matière de protection de l'environnement, de la nature et du paysage.* C'est dans ce second domaine que le droit de recours des associations fait le plus parler de lui, puisqu'il fait régulièrement l'objet de critiques, souvent violentes, de la part des milieux économiques, qui lui attribuent notamment la responsabilité d'échecs de projets immobiliers<sup>91</sup>. Ces critiques prennent la forme, à intervalles réguliers, d'interventions parlementaires qui donnent lieu à de vifs débats au sein des Chambres fédérales. Malgré cela, à ce jour, le droit de recours des organisations à des fins idéales n'en résiste pas moins<sup>92</sup> et reste un outil régulièrement utilisé<sup>93</sup>. Le taux de succès de ces recours achève de prouver leur utilité, si l'objectif reste celui d'une correcte application du droit<sup>94</sup>. Hors contexte de la protection de l'environnement, les critiques sont moins virulentes, voire inexistantes<sup>95</sup>.

49. Dans le cadre de cette contribution, nous nous limiterons à l'examen des bases légales existant en droit fédéral. Dans les domaines où ils conservent des compétences résiduelles, *les cantons* ont la faculté d'adopter les bases légales nécessaires à un droit de recours idéal<sup>96</sup>. Ils n'ont en revanche pas le droit de restreindre les possibilités offertes par le droit fédéral<sup>97</sup>.
50. Au-delà des spécificités propres à chaque matière, en particulier du type de décisions attaquables, qui sont souvent énumérées dans la

---

<sup>91</sup> Cf. également ANNE-CHRISTINE FAVRE, Les nouvelles dispositions sur le droit de recours des organisations à but idéal, *in*: 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Tappy/Kahil-Wolff/Bruchez (édit.), p. 121 ss, p. 123 s.

<sup>92</sup> Il faut toutefois relever que les art. 12 LPN et 55 LPE ont été révisés au 1<sup>er</sup> juillet 2007, à la suite d'une initiative parlementaire déposée en 2002, qui réclamait des aménagements du régime légal du recours à but idéal (cf. FAVRE [n. 91], p. 124).

<sup>93</sup> Cf. PFEIFFER (n. 77), p. 162 et les références citées en notes 706 à 711 ; POLTIER (n. 89), p. 282.

<sup>94</sup> Cf. POLTIER (n. 89), p. 282.

<sup>95</sup> POLTIER (n. 89), p. 277.

<sup>96</sup> C'est par exemple le cas en matière de protection de la nature (cf. art. 78 al. 1 Cst.), mais non pour ce qui concerne la protection de l'environnement (cf. art. 74 Cst. et 65 al. 1 LPE). Cf. PFEIFFER (n. 77), p. 219.

<sup>97</sup> Art. 111 al. 1 LTF.

loi<sup>98</sup>, les *conditions* auxquelles une association<sup>99</sup> peut se prévaloir de la qualité pour interjeter un recours corporatif idéal sont le plus souvent les mêmes. Outre l'acquisition de la personnalité morale, conformément à ce qui a été décrit ci-dessus<sup>100</sup>, l'association doit avoir un caractère national (1), poursuivre un but spécifique d'intérêt général (2) et ce depuis un certain temps (3). Parfois, il est nécessaire qu'elle figure dans une liste ad hoc (4). Elle doit en outre avoir participé à la phase interne de la procédure administrative (5).

## 1. Le caractère national

51. La qualité pour interjeter un recours corporatif idéal suppose tout d'abord, en principe, que l'association soit *active au niveau national*<sup>101</sup>. Cela signifie que, selon ses statuts, l'association doit se vouer à la réalisation de son but social sur l'ensemble du territoire de la Confédération. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'association soit physiquement présente dans tous les cantons<sup>102</sup>.

Par exception, l'article 58 LTr confère un droit de recours aux associations d'employeurs et de travailleurs, sans référentiel géographique<sup>103</sup>. Logiquement, l'article 6 al. 4 LLCA confère un droit de recours aux associations cantonales d'avocats contre les inscriptions au registre de ce canton. En matière de restriction de la concurrence, les associations d'importance nationale et régionale peuvent, selon l'article 43 al. 1 let. c LCart, s'annoncer pour participer à une enquête.

---

<sup>98</sup> Cf. par exemple art. 55 al. 1 LPE ou 9 LHand.

<sup>99</sup> La loi ne limite pas la possibilité de recourir aux seules associations, mais aux « organisations », ce par quoi elle désigne une entité dotée de la personnalité morale. L'exclusion d'un but lucratif permet d'admettre la qualité pour recourir d'une fondation (cf. PFEIFFER [n. 77], p. 193).

<sup>100</sup> Cf. N 5 ss.

<sup>101</sup> Cf. art. 55 al. 1 LPE, 12 al. 2 let. b ch. 1 LPN (et 46 al. 3 LFo, qui y renvoie), 28 LGG, 14 al. 1 let. b LCPR, et 9 al. 1 LHand.

<sup>102</sup> Comm. LPE–WISARD, N 4 ad art. 55 LPE.

<sup>103</sup> En revanche, il est nécessaire que l'association soit active dans le secteur professionnel considéré (TF 2C\_344/2008 du 26 mars 2009, consid. 3.3).

52. *En matière de protection de l'environnement, de la nature et du paysage, il est prévu que l'association nationale puisse, à certaines conditions<sup>104</sup>, se faire représenter par une section locale ou régionale pour la procédure devant les autorités cantonales<sup>105</sup>. Cette possibilité n'existe pas au niveau fédéral, de sorte qu'il appartiendra à l'organisation faitière, cas échéant, de poursuivre la procédure devant le Tribunal fédéral.*

## **2. La poursuite statutaire d'un but d'intérêt général**

53. Les différentes lois qui habilent les associations à recourir à des fins idéales font dépendre ce droit de la *poursuite d'un but social spécifique, relevant de l'intérêt général et concernant le domaine du droit dans lequel le recours a vocation à s'inscrire.*

Ainsi, en matière de protection de l'environnement, de la nature et du paysage, l'article 12 al. 1 let. b LPN réserve le droit de recours aux associations qui « se vouent à la protection de la nature, à la protection du paysage, à la conservation des monuments historiques ou à des tâches semblables ». Les destinataires de l'article 55 al. 1 LPE sont les associations « de protection de l'environnement »<sup>106</sup>. Dans un autre domaine, l'article 9 LHand permet aux associations « d'aide aux personnes handicapées » de recourir. L'article 43 LCart réserve la participation à l'enquête aux associations qui « se consacrent statutairement à la défense des consommateurs ».

54. Les formulations assez larges adoptées par ces différentes lois ne signifient pas que l'association doit nécessairement avoir pour but statutaire de couvrir la totalité du champ d'activité décrit. Par exemple, une association peut avoir pour but statutaire de venir en aide aux personnes handicapées psychiquement, ou handicapées en raison d'une pathologie spécifique (les aveugles, les sourds, etc.), sans que cela ne les prive de la faculté de recourir. Il faut en revanche que le but correspondant à la défense de l'intérêt général *représente une part importante, sinon la part prépondérante de l'activité de*

---

<sup>104</sup> Cf. PFEIFFER (n. 77), p. 202 ss.

<sup>105</sup> Art. 55 al. 5 LPE, 12 al. 5 LPN.

<sup>106</sup> Cf. également art. 28 LGG.

*l'association*. S'il n'est poursuivi que de manière subsidiaire, voire marginale, l'association ne pourra se prévaloir de la qualité pour intenter un recours idéal<sup>107</sup>.

55. *L'association ne peut formuler que des griefs en rapport avec ses objectifs statutaires*, et ne peut se prévaloir de la violation d'autres dispositions légales qui auraient vocation à s'appliquer au cas d'espèce. Ainsi, une association admise à recourir en application de la LPE ne pourra soulever que des moyens qui relèvent de la protection de l'environnement. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle doit s'en tenir au grief de violation de la LPE et de ses ordonnances d'application. Elle pourrait, par exemple, invoquer une violation de la loi sur l'aménagement du territoire<sup>108</sup>.

### 3. La pérennité de l'association

56. Afin, d'une part, d'éviter que des associations ne soient fondées uniquement dans le but de déposer le recours envisagé, et, d'autre part, de garantir que les associations recourantes disposent des connaissances et de l'expérience nécessaires, l'accès au recours idéal est généralement réservé *aux associations existant depuis un certain temps, en principe dix ans*<sup>109</sup>.
57. En matière de protection de l'environnement, de la nature et du paysage, la loi est plus restrictive. Indépendamment de l'âge de l'association, c'est sa vocation statutaire spécifique qui est déterminante pour juger de la qualité pour recourir. Ainsi, les articles

---

<sup>107</sup> On peut ainsi imaginer qu'une association ayant pour but statutaire de promouvoir la musique de chambre en Suisse se verrait dénier la qualité pour recourir contre une autorisation délivrée pour la construction d'une salle de concert dont les plans ne prévoient pas de dispositif pour les personnes atteintes de surdité (cf. également ATF 98 Ib 120 : il en va de même pour une association qui a pour but principal de promouvoir une activité sportive, et non d'œuvrer en faveur de la protection de l'environnement).

<sup>108</sup> Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700). Pour plus de détails à ce sujet, cf. PFEIFFER (n. 77), p. 197 s.

<sup>109</sup> Cf. art. 28 al. 1 LGG, 55f LPE (cf. Comm. LPE-WISARD, N 7 ad art. 55f/LPE) et 9 LHand.

55 al. 2 LPE et 12 al. 2 LPN réservent le recours idéal aux *associations qui, depuis dix ans au moins, se vouent statutairement à la défense des intérêts dont ils invoquent la lésion*<sup>110</sup>.

#### 4. La mention dans une liste ad hoc

58. En matière de protection de l'environnement, de la nature et du paysage ainsi que de génie génétique, la loi impose au Conseil fédéral de *désigner les organisations qui ont qualité pour recourir*<sup>111</sup>. Les associations habilitées à recourir en application des articles 55 et 55f LPE, 12 LPN et 28 LGG sont répertoriées dans l'annexe à l'ordonnance du 27 juin 1990 relative à la désignation des organisations habilitées à recourir dans les domaines de la protection de l'environnement ainsi que de la protection de la nature et du paysage<sup>112</sup>.
59. La portée de la liste contenue à l'annexe de l'ODO fait l'objet d'une jurisprudence peu claire, dont la doctrine majoritaire a déduit que le fait, pour une association, d'y figurer créait une *présomption (réfragable)* qu'elle remplissait les conditions pour se voir reconnaître la qualité pour interjeter un recours idéal. Les associations qui n'y figurent pas conservent la possibilité de faire examiner par le juge du fond, à titre préjudiciel et sous l'angle de la légalité de l'annexe à l'ODO, leur qualité pour recourir<sup>113</sup>.

La loi fédérale du 4 octobre 1985 sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre<sup>114</sup> subordonne également la qualité pour recourir à l'admission dans une liste, établie par le DETEC<sup>115</sup>. Il en va de

---

<sup>110</sup> Sur les raisons de cette restriction de l'accès au recours idéal, introduite par la révision du 20 décembre 2006, cf. FAVRE (n. 91), p. 128 s.; PFEIFFER (n. 77), p. 196 et n. 895. Sur l'historique de la modification, cf. Comm. LPE-WISARD, N 10 ss ad art. 55 LPE.

<sup>111</sup> Cf. art. 55 al. 2 et 55f al. 2 LPE, 12 al. 3 LPN et 14 al. 1 let. b LCPR.

<sup>112</sup> ODO; RS 814.076.

<sup>113</sup> Sur toute cette question, cf. Comm. LPE-WISARD, N 44 ss ad art. 55 LPE.

<sup>114</sup> LCPR; RS 704.

<sup>115</sup> Cf. ordonnance du 16 avril 1993 relative à la désignation des organisations spécialisées pour les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre habilitées à recourir (RS 704.5).

même pour la loi sur l'égalité pour les handicapés<sup>116</sup>. Ce que nous avons dit au paragraphe précédent s'agissant de la portée juridique de l'ODO vaut à notre sens également pour les listes établies en application de ces deux lois.

## 5. L'épuisement des moyens de droit

60. Par souci d'économie de procédure et dans un but évident de prévisibilité<sup>117</sup>, les associations qui entendent recourir à des fins idéales *doivent participer à la procédure administrative dès les premières démarches*. Il ne leur est pas possible, si une procédure préalable d'opposition est prévue, de ne pas y prendre part, pour recourir ensuite contre la décision sur opposition. Il ne leur serait plus non plus loisible de recourir au Tribunal fédéral contre un jugement cantonal.
61. Par exception, les associations qui n'ont pas pris part à la phase interne de la procédure administrative *parce qu'il ne se posait pas de problème particulier en lien avec leur champ d'activité* conservent le droit de recourir si une modification de la décision (par exemple un remaniement d'un projet de construction à la suite d'oppositions) leur porte atteinte<sup>118</sup>.
62. La loi sur l'égalité pour les handicapés prévoit expressément, dans certains cas<sup>119</sup>, *une procédure de notification*, soit individuelle, soit par voie de publication officielle. L'association qui n'a pas participé à la procédure d'opposition ou qui n'a pas recouru n'est plus admise

---

<sup>116</sup> Art. 9 al. 2 LHand en lien avec l'art. 5 OHand et l'Annexe I à l'OHand (RS 151.31).

<sup>117</sup> Cf. Comm. LPE-WISARD, N 1 ad art. 55b LPE.

<sup>118</sup> Cf. art. 55b al. 1 LPE et 12c al. 1 LPN. Pour plus de détails sur toute cette question, cf. Comm. LPE-WISARD, N 1 ss ad art. 55b LPE ; PFEIFFER (n. 77), p. 212 ss.

<sup>119</sup> En matière d'approbation des plans et d'admission ou de contrôle des véhicules en vertu de certaines lois (art. 9 al. 3 let. c LHand), ainsi que s'agissant de concessions en matière d'aviation, télécommunications et radio-télévision (art. 9 al. 3 let. d LHand).

comme partie dans la suite de la procédure, à moins que la décision initiale ne soit modifiée au détriment des personnes handicapées<sup>120</sup>.

## V. L'action sociale en procédure civile

63. En procédure civile, l'action sociale a été généralisée par l'adoption, dans le Code de procédure civile, d'une disposition consacrant l'action des organisations (A). Avant cela, elle était déjà présente dans plusieurs lois fédérales spéciales, que l'entrée en vigueur de la législation fédérale n'a pas modifiées et qui sont d'ailleurs expressément réservées par la norme générale, au titre de *lex specialis* (B).

### A. L'action des organisations selon le CPC

64. L'article 89 al. 1 CPC permet aux associations et aux autres organisations « d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé » d'agir en leur propre nom « pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe ».
65. *Avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile*<sup>121</sup>, au-delà des dispositions légales spéciales qui prévoyaient expressément une compétence de ce type<sup>122</sup>, la qualité pour agir des associations avait déjà été consacrée par le Tribunal fédéral, pour la première fois en 1947<sup>123</sup>, dans le cadre d'une action intentée par une association professionnelle en vue de défendre les intérêts économiques de ses membres. Plus tard, le Tribunal fédéral a étendu la qualité d'agir des associations à la protection des droits de la personnalité de leurs

---

<sup>120</sup> Cf. art. 9 al. 4 LHand.

<sup>121</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2011.

<sup>122</sup> Cf. N 79 ss.

<sup>123</sup> ATF 73 II 65.

membres, indépendamment de leur caractère économique<sup>124</sup>. L'article 89 CPC codifie la jurisprudence fédérale<sup>125</sup>.

66. Pour être habilitée à ouvrir action en se prévalant de l'article 89 CPC, une association doit, en plus d'avoir acquis la personnalité morale<sup>126</sup>, remplir un certain nombre de conditions spécifiques (1). Elle doit en outre invoquer une atteinte à la personnalité des membres du groupe dont elle a pour objectif statutaire de défendre les intérêts (2). Finalement, son action ne peut tendre qu'à prévenir, faire constater ou faire cesser l'atteinte (3).

## 1. Les conditions de la qualité pour agir

### *a) Une association d'importance nationale ou régionale*

67. Pour se voir reconnaître la qualité pour agir, l'association doit tout d'abord *revêtir une certaine importance*. D'un point de vue matériel, le critère de l'importance signifie que l'association doit être reconnue dans son rôle de défenseur des intérêts des personnes concernées, ce qui suppose une activité régulière et suffisamment intense<sup>127</sup>. D'un point de vue territorial, le degré d'importance « régionale » n'est considéré comme atteint que si l'association déploie son activité sur un territoire dépassant celui d'un seul canton<sup>128</sup>.
68. Cette condition implique que seules les associations « bien implantées » seront admises à invoquer l'article 89 CPC, à l'exclusion d'associations nouvellement créées et, d'autant plus, d'associations ad hoc qui seraient constituées à la suite d'une atteinte, ou devant la menace imminente d'une atteinte, dans le but précis d'ouvrir action sur la base de l'article 89 CPC.

---

<sup>124</sup> Cf. Comm. CPC–JEANDIN, N 5 ad art. 89 CPC.

<sup>125</sup> Cf. Comm. CPC–JEANDIN, N 5 ad art. 89 CPC.

<sup>126</sup> Cf. N 5 ss.

<sup>127</sup> Cf. Comm. CPC–JEANDIN, N 5 ad art. 89 CPC.

<sup>128</sup> Cf. Comm. CPC–JEANDIN, N 5 ad art. 89 CPC ; BAK ZPO–OBERHAMMER, N 13 ad art. 89 CPC.

69. L'article 89 CPC *ne subordonne en revanche pas l'action sociale à la condition de pérennité*, comme c'est le cas en droit administratif, en matière de recours idéal<sup>129</sup>.

***b) L'habilitation statutaire à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé***

70. L'association doit être habilitée par ses statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes. Ces personnes doivent posséder au moins *une caractéristique commune* qui conditionne leur appartenance, non pas à l'association, mais au groupe de référence selon l'article 89 CPC. Il peut s'agir, par exemple, des personnes âgées, des étudiants, des fonctionnaires, des personnes de telle ou telle religion, etc.<sup>130</sup>. Il est essentiel néanmoins que le groupe soit déterminé ou déterminable<sup>131</sup>, c'est-à-dire circonscrit de manière suffisamment précise. En outre, compte tenu de la condition de l'importance de l'association<sup>132</sup>, le groupe doit être suffisamment large pour que l'activité de l'association puisse être jugée suffisamment étendue.
71. Les intérêts défendus par l'association doivent être *collectifs*, c'est-à-dire qu'ils doivent concerner, possiblement, toutes les personnes possédant la caractéristique commune qui les place dans le champ d'activité de l'association. Ainsi, l'action de l'association doit soulever, de manière prépondérante, des *questions de principe*, et non des circonstances personnelles propres à certains membres du groupe<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Cf. N 56 s.

<sup>130</sup> Voir également les exemples mentionnés par JEANDIN (Comm. CPC-JEANDIN, N 11 ad art. 89 CPC).

<sup>131</sup> Pour des exemples, cf. Comm. CPC-JEANDIN, N 11 ad art. 89 CPC.

<sup>132</sup> Cf. N 67.

<sup>133</sup> Comm. CPC-JEANDIN, N 12 ad art. 89 CPC ; BAK ZPO-OBERHAMMER, N 20 ad art. 89 CPC. Cela ne signifie toutefois pas que l'atteinte à la personnalité des membres du groupe doive toucher la totalité d'entre eux, ni même une majorité (cf. N 74).

72. *La nature des intérêts n'est pas importante.* Il peut s'agir aussi bien d'intérêts de nature économique<sup>134</sup> que d'intérêts de nature purement idéale<sup>135</sup>.

## 2. Une atteinte à la personnalité des membres du groupe

73. L'action d'une association doit, sur le plan civil, avoir pour objet *une atteinte à la personnalité* des membres du groupe dont elle a pour but statutaire de défendre les intérêts. Cette notion se comprend par référence à l'article 28 CC, ce qui signifie qu'elle doit être illicite<sup>136</sup>. *Une atteinte à la personnalité est illicite* à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant, privé ou public, ou par la loi<sup>137</sup>. La notion d'atteinte à la personnalité est concrétisée par une abondante jurisprudence, souvent décrite par la doctrine<sup>138</sup>, à laquelle il y a lieu de se référer pour l'application de l'article 89 CPC également.
74. La question de savoir si tous les membres du groupe de référence doivent être atteints dans leur personnalité, ou à tout le moins une grande majorité d'entre eux, est controversée<sup>139</sup>. A notre sens, *la question du nombre n'est pas déterminante* dès lors que l'admissibilité de l'action des organisations au sens de l'article 89 CPC met l'accent sur la lésion des intérêts d'un groupe de personnes que l'organisation a pour vocation de défendre. L'exigence de griefs de portée générale<sup>140</sup> exclut précisément le rattachement de l'action à la violation concrète, individuelle, des droits de la personnalité des différents membres du groupe visé par le but statutaire de l'association. Avec

---

<sup>134</sup> Par exemple pour une association de commerçants.

<sup>135</sup> Cf. Comm. CPC–JEANDIN, N 13 ad art. 89 CPC.

<sup>136</sup> Cf. Comm. CPC–JEANDIN, N 14 ad art. 89 CPC.

<sup>137</sup> Art. 28 al. 2 CC.

<sup>138</sup> Cf. CR CC I–JEANDIN, N 70 ss ad art. 28 CC ; BAK ZGB I–MEILI, N 45 ss ad art. 28 CC. Cf. par exemple ATF 129 III 49, consid. 2.2 ; 127 III 481, consid. 2/c ; 126 III 209, consid. 3a.

<sup>139</sup> Cf. BAK ZPO–OBERHAMMER, N 16 ad art. 89 CPC et les références citées.

<sup>140</sup> Cf. N 71.

OBERHAMMER<sup>141</sup>, nous relevons qu'une condition supplémentaire tendant à exiger la preuve, par l'association, que la majorité, voire la totalité des personnes faisant partie de ce groupe est atteinte dans ses droits, fait perdre à l'action de l'article 89 CPC toute chance d'aboutir, surtout si l'on considère que l'association doit avoir, pour être admise à agir, une activité territorialement étendue<sup>142</sup>.

75. Il faut en outre souligner que l'article 89 CPC, contrairement à ce qui prévaut pour le recours corporatif égoïste en droit administratif<sup>143</sup>, *n'exige pas que l'on démontre effectivement l'atteinte à la personnalité* de tel ou tel membre du groupe. L'atteinte doit potentiellement concerner les membres du groupe défendu, qui ne sont par ailleurs pas nécessairement membres de l'association. L'action de l'article 89 CPC s'apparente donc plutôt, sur ce point, au recours corporatif idéal<sup>144</sup>. Si elle ne tend pas – ce qui est logique dans le contexte d'une action de droit civil – à la défense de l'intérêt général, *elle tend à la défense des intérêts collectifs* des membres du groupe que l'association a pour vocation de défendre. Cette interprétation est d'autant plus justifiée si l'on considère que l'action de l'article 89 CPC n'a pas pour objectif de permettre aux membres du groupe d'obtenir des avantages individuels, notamment patrimoniaux.

### 3. Les conclusions possibles

76. Sur le modèle des actions défensives prévues par le Code civil<sup>145</sup>, l'article 89 CPC prévoit exclusivement la possibilité, pour l'association qui agit par la voie de l'action sociale, de *faire interdire une*

---

<sup>141</sup> Cf. BAK ZPO–OBERHAMMER, N 16 ad art. 89 CPC.

<sup>142</sup> OBERHAMMER donne l'exemple d'une association active au niveau suisse pour la protection des consommateurs, dont on ne peut exiger qu'elle démontre concrètement une atteinte à la personnalité de plusieurs milliards de membres (Cf. BAK ZPO–OBERHAMMER, N 16 ad art. 89 CPC).

<sup>143</sup> Cf. N 43.

<sup>144</sup> Cf. N 47 ss.

<sup>145</sup> Cf. art. 28a al. 1 CC.

*atteinte imminente, de faire cesser une atteinte qui dure encore ou d'en faire constater le caractère illicite si le trouble qu'elle a créé subsiste*<sup>146</sup>.

77. Cette liste est exhaustive<sup>147</sup>. Il n'est en particulier pas possible, pour l'association, de conclure à l'allocation de dommages-intérêts, y compris au titre d'une indemnité pour tort moral. En revanche, les membres du groupe dont elle défend les intérêts peuvent, *à titre individuel*, prendre de telles conclusions contre l'auteur de l'atteinte si un chef de responsabilité lui est imputable. Ils ont la faculté, cas échéant, de grouper leurs actions<sup>148</sup>.
78. Comme en droit administratif<sup>149</sup>, l'association qui agit sur la base de l'article 89 CPC *agit en son propre nom*. Le jugement qui intervient au terme de l'action ne déploie ses effets qu'entre elle et la partie défenderesse. C'est donc l'association exclusivement qui, le cas échéant, pourra exiger l'exécution du jugement, et non les membres du groupe dont elle défend les intérêts. Ces derniers sont libres d'agir à titre individuel pour la défense de leurs droits<sup>150</sup>.

### ***B. L'action des associations selon les lois spéciales***

79. L'article 89 al. 3 CPC réserve l'application de lois spéciales qui, chronologiquement, ont précédé l'adoption de la clause générale. Si la finalité des actions prévues par ces lois sont toujours les mêmes, soit une finalité défensive<sup>151</sup>, les conditions posées à l'action sociale peuvent varier, soit dans le sens d'un régime plus favorable, soit au contraire de conditions plus restrictives.
80. *En matière de protection des marques*<sup>152</sup>, l'article 56 LPM aménage un droit d'action en deux temps : les associations professionnelles ou

---

<sup>146</sup> Art. 89 al. 2 CPC.

<sup>147</sup> Cf. Comm. CPC-JEANDIN, N 19 ad art. 89 CPC.

<sup>148</sup> Cumul subjectif d'actions (cf. art. 15 al. 2 CPC).

<sup>149</sup> Cf. N 46.

<sup>150</sup> Cf. Comm. CPC-JEANDIN, N 15 ad art. 89 CPC.

<sup>151</sup> Cf. N 76 ss.

<sup>152</sup> Cf. loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM ; RS 232.11).

économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres sont autorisées à intenter les actions prévues par les articles 52<sup>153</sup> et 55 al. 1 LPM<sup>154</sup>, sans condition supplémentaire. Les autres associations qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs doivent, pour revendiquer les mêmes droits, être d'importance nationale ou régionale, comme l'exige l'article 89 CPC.

81. La *loi contre la concurrence déloyale*<sup>155</sup> prévoit les mêmes conditions différenciées selon qu'il s'agit d'une association professionnelle ou économique, ou d'une autre association qui se consacre statutairement à la protection des consommateurs<sup>156</sup>.
82. La *loi sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises*<sup>157</sup> aménage un droit d'action aux employeurs et travailleurs intéressés, ainsi qu'à leurs associations. Toutefois, ces dernières ne peuvent intenter que l'action en constatation de la violation des dispositions de la loi sur le travail<sup>158</sup>. A noter encore, en matière de droit du travail, que les associations parties aux conventions collectives, peuvent s'aménager des voies de droit<sup>159</sup>.

---

<sup>153</sup> A noter qu'une association n'est habilitée à intenter l'action prévue par l'art. 52 LPM, qui tend à faire constater un droit ou un rapport juridique découlant de cette loi, que si elle porte sur une marque de garantie ou une marque collective (art. 56 al. 2 LPM).

<sup>154</sup> L'art. 55 al. 1 LPM prévoit les actions « classiques » en interdiction (let. a) et en cessation (let. b) de l'atteinte. Il prévoit une action spécifique, permettant d'exiger du défendeur qu'il indique la provenance et la quantité des objets sur lesquels la marque ou l'indication de provenance ont été illicitement apposées et qui se trouvent en sa possession et qu'il désigne les destinataires et la quantité des objets qui ont été remis à des acheteurs commerciaux » (let. c).

<sup>155</sup> Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

<sup>156</sup> Art. 10 al. 2 LCD.

<sup>157</sup> Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation ; RS 822.14).

<sup>158</sup> Cf. art. 15 al. 2 de la loi sur la participation.

<sup>159</sup> Cf. art. 357b CO.

83. Deux lois spéciales subordonnent l'action des organisations à une condition de pérennité<sup>160</sup>. La *loi sur l'égalité*<sup>161</sup> n'admet à l'action que les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins<sup>162</sup>. Elles ne peuvent alors agir qu'en constatation d'une discrimination, et ce uniquement s'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail. Cette dernière condition ne doit à notre sens pas être comprise comme une restriction par rapport à l'article 89 CPC ; il s'agit d'une expression de la nécessité de soulever des arguments relevant de la question de principe, d'ordre général, au-delà des intérêts individuels des membres du groupe protégé. En revanche, à titre de condition formelle supplémentaire, il faut relever que l'association, avant d'ouvrir action, doit donner à l'employeur concerné la possibilité de prendre position.
84. La *loi sur l'égalité pour les handicapés*<sup>163</sup> subordonne le droit d'action des associations à la double condition d'une importance nationale (et non seulement régionale<sup>164</sup>), et d'une longévité de dix ans au moins<sup>165</sup>. Elles n'ont alors compétence que pour faire constater une inégalité. La loi sur l'égalité pour les handicapés fait ainsi figure d'exception dans le paysage de l'action sociale en droit civil. D'un point de vue dogmatique, cette double restriction, par rapport à l'article 89 CPC, est difficilement justifiable<sup>166</sup>. A notre sens, l'explication réside dans le fait que l'article 9 LHand régit la qualité pour agir des associations de protection des personnes handicapées

---

<sup>160</sup> Rappelons que l'art. 89 CPC ne pose pas de condition « de durée » (cf. N 69).

<sup>161</sup> Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1).

<sup>162</sup> Cf. art. 7 LEg.

<sup>163</sup> Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand ; RS 151.3).

<sup>164</sup> Cf. art. 9 al. 1 LHand.

<sup>165</sup> Art. 9 LHand.

<sup>166</sup> Le message ne contient d'ailleurs aucune explication à ce sujet (cf. Message du Conseil fédéral du 11 décembre 2000 relatif à l'initiative populaire fédérale « Droits égaux pour les personnes handicapées » et au projet de loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, FF 2001 1605, notamment p. 1675).

à la fois en droit civil et en droit administratif. Le volet « administratif » de l'article 9 LHand créant les bases légales nécessaires à un recours idéal, il est vraisemblable que les deux conditions supplémentaires posées à l'action sociale en droit civil soient le résultat d'un mélange avec les conditions « traditionnelles » du recours idéal en droit administratif<sup>167</sup>.

### *C. Quelques remarques*

85. Dans la doctrine civiliste, l'action des organisations est présentée comme l'alternative continentale à la *class action* anglo-saxonne<sup>168</sup>. A notre avis, si ces deux figures juridiques ont en commun d'aboutir à un résultat<sup>169</sup> susceptible de concerner de nombreuses personnes, la ressemblance s'arrête là.
86. Sans vouloir ici débattre de l'opportunité de disposer, en Suisse, d'une procédure collective pour les litiges de masse<sup>170</sup>, plusieurs éléments excluent selon nous que l'action des organisations au sens de l'article 89 CPC et des lois spéciales soit considérée comme une solution satisfaisante et dispense désormais de toute réflexion à ce sujet.
87. *Tout d'abord*, l'exigence d'une activité reconnue, dans le domaine considéré, dans certains cas *depuis un temps assez long*, empêche la création d'une organisation ad hoc, après la survenance d'une atteinte à des intérêts juridiquement protégés. Cette condition ferme ainsi la porte à une véritable organisation *ex post* de l'action judiciaire, dans le but d'épargner à la justice la multiplication de procès similaires, comme le permet la *class action* anglo-saxonne.

---

<sup>167</sup> Cf. N 56 s.

<sup>168</sup> BAK ZPO–OBERHAMMER, N 1 s. ad art. 89 CPC ; Comm. CPC–JEANDIN, N 2 ss ad art. 89 CC.

<sup>169</sup> Dans les deux cas, l'action peut aboutir à un jugement, mais le litige peut aussi faire l'objet d'une transaction.

<sup>170</sup> Pour une discussion, cf. ANNE-SYLVE DUPONT, Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, Thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 792 ss.

Cette condition fait ainsi vraisemblablement obstacle au but de rationalisation visé par l'adoption de l'article 89 CPC.

88. Ensuite, *la condition de l'importance géographique* aura vraisemblablement pour effet de réserver l'action des organisations aux causes d'importance nationale. Pourtant, le besoin de rationaliser l'administration de la justice existe au niveau local également. D'un point de vue dogmatique, si cet objectif est bien celui que visait le législateur par l'adoption de l'article 89 CPC, rien ne justifie que des groupes de personnes moins étendus ne bénéficient pas de la même possibilité, en cas d'atteinte à leur personnalité, de voir leur cause portée par une association locale. En droit administratif, les droits de recours idéaux prévus au niveau fédéral sont effectivement réservés aux associations d'envergure nationale ou régionale, mais les cantons conservent le plus souvent la faculté de prévoir des recours idéaux au niveau cantonal<sup>171</sup>. En procédure civile, qui relève de la compétence exclusive de la Confédération, cette possibilité n'existe pas.
89. La dernière réserve concerne *le caractère relatif de l'autorité de chose jugée du jugement à intervenir, en lien avec l'impossibilité, dans le cadre de l'action des organisations, de revendiquer des dommages-intérêts*. S'il est logique, compte tenu des règles régissant la réparation du préjudice civil en droit suisse, qu'une association ne puisse pas faire valoir de créance pécuniaire en faveur de personnes dont elle ignore si elles ont subi un dommage<sup>172</sup>, il est moins compréhensible que la personne, physique ou morale, qui, individuellement, veut obtenir réparation d'un préjudice subi du fait d'une atteinte illicite à sa personnalité, ne puisse pas opposer à l'auteur de l'atteinte le jugement intervenu au terme de l'action conduite par l'organisation. Si ce jugement démontre l'atteinte, il serait contraire à l'objectif visé par le législateur d'exiger du demandeur qu'il démontre à nouveau cette atteinte. A notre sens, le demandeur qui démontre faire partie du groupe dont les intérêts ont été défendus dans le cadre de l'action menée par l'association devrait bénéficier des effets du jugement

---

<sup>171</sup> Cf. N 49.

<sup>172</sup> Au sens des art. 42 ss CO.

intervenu au terme de cette première étape, seul le préjudice restant alors à démontrer.

## VI. Conclusion

90. Au terme de ce tour d'horizon, nous pouvons tirer le constat que les procédures civiles et administratives accordent aux associations une place qui reflète leur importance dans le quotidien de notre pays. Au-delà des possibilités pour les associations de faire valoir leurs droits en justice, comme tout sujet de droit, elles sont imaginées en moyen de simplifier l'accès à l'administration de la justice, et se voient conférer, dans certains domaines sensibles, un statut de garant de la bonne application du droit.
91. Les conditions plutôt strictes auxquelles la loi subordonne la possibilité, pour les associations, d'agir pour la sauvegarde des intérêts qu'elles défendent, font que ces situations sont moins nombreuses que ce que la légende prétend. Les effets négatifs que l'on prête au recours idéal en droit administratif et que l'on pourrait attribuer à l'action des organisations en droit civil doivent ainsi plutôt être compris comme une réaction de dépit, qui ne reflète pas l'utilité réelle de ces procédures. C'est d'autant plus vrai que la confiance que le législateur accorde aux associations doit aussi dissuader ces dernières d'abuser de leurs prérogatives, pour ne pas entamer leur crédibilité.
92. Il est sans doute regrettable que les conditions auxquelles la loi subordonne l'action des associations, tant en procédure administrative que civile, soient souvent différentes selon les lois applicables, sans qu'une raison objective ne justifie cette différence. Il serait donc utile de réfléchir à l'opportunité et, cas échéant, à la manière d'uniformiser ces conditions.

# L'entreprise et la personne morale en procédure civile

par

François Bohnet  
Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Guillaume Jéquier  
Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat

|   |    |
|---|----|
| I. Introduction .....                                     | 3  |
| II. Compétence .....                                      | 3  |
| A. Les tribunaux de commerce .....                        | 3  |
| B. Le for .....   | 6  |
| 1. Siège du défendeur et autres rattachements .....       | 6  |
| 2. Etablissement et succursale .....                      | 7  |
| III. Représentation .....                                 | 10 |
| A. Droit matériel .....                                   | 10 |
| 1. Types d'organisation .....                             | 10 |
| a. <i>Entreprise individuelle</i> .....                   | 10 |
| b. <i>Collectivité</i> .....                              | 12 |
| c. <i>Personne morale</i> .....                           | 14 |
| aa. Corporation .....                                     | 14 |
| bb. Fondation .....                                       | 17 |
| 2. Représentation .....                                   | 18 |
| a. « <i>Représentation</i> » <i>par les organes</i> ..... | 18 |
| b. « <i>Représentation par un tiers</i> » .....           | 20 |
| B. Droit formel .....                                     | 21 |
| 1. Capacité d'être partie .....                           | 21 |
| 2. Capacité d'ester .....                                 | 23 |

|   |    |
|---|----|
| 3. Représentation conventionnelle en justice.....                 | 24 |
| <i>a. En procédure de conciliation.....</i>                       | 26 |
| <i>b. En procédure sommaire.....</i>                              | 28 |
| <i>c. En procédure simplifiée.....</i>                            | 29 |
| <i>d. En procédure ordinaire .....</i>                            | 29 |
| 4. Représentants commerciaux .....                                | 30 |
| IV. Notifications.....  | 33 |
| V. Présence aux audiences .....                                   | 35 |
| A. Devant l'autorité de conciliation .....                        | 36 |
| B. Devant le Tribunal.....  | 38 |
| VI. Assistance judiciaire.....                                    | 39 |
| VII. Preuves .....  | 41 |
| A. Interrogatoire de la personne morale .....                     | 41 |
| 1. Qualité de partie.....   | 42 |
| 2. Refus de collaborer.....                                       | 43 |
| B. Témoignage .....   | 44 |
| 1. Qualité de témoin .....  | 44 |
| 2. Refus de collaborer.....                                       | 45 |
| C. Documents internes de l'entreprise et secrets d'affaires ..... | 47 |
| VIII. Conclusion.....   | 51 |

## I. Introduction

1. Toute entreprise doit un jour faire face à un procès. Si l'activité économique génère des profits, elle est aussi source de conflits. Les litiges peuvent être multiples et prendre de nombreuses formes. Ils existent parfois avec les clients, les partenaires commerciaux, les sous-traitants, ou encore les employés ou les associés.
2. Le CPC ne connaît que peu de règles qui traitent spécifiquement de l'entreprise et de la personne morale. Leur qualité pour agir relève en effet du droit matériel, comme le rappelle le renvoi de l'art. 67 CPC. Le Code se limite pratiquement à autoriser les cantons, dans le cadre qu'il fixe, à prévoir des tribunaux de commerce pour les litiges entre commerçants ou avec un commerçant (art. 6 CPC), à tenir compte de l'activité de l'entreprise et de la personne morale pour fixer les fors (art. 12 CPC) et à régler la participation de la personne morale à la procédure probatoire (art. 159 CPC).
3. Cependant, sur divers points, les spécificités de l'entreprise et de la personne morale justifient une réflexion spécifique. On pense en particulier à la représentation *ad litem*, aux notifications, aux présences aux audiences, à l'assistance judiciaire et aux preuves. C'est sur ces divers points, après un examen des questions relatives à la compétence, que le présent article propose une analyse plus détaillée, en prenant en compte les quelques arrêts et avis de doctrine rendus depuis l'entrée en vigueur du CPC.

## II. Compétence

### A. Les tribunaux de commerce

4. Les personnes morales et les entreprises peuvent, comme tout particulier, faire valoir leur cause devant les tribunaux (art. 29a Cst.). En matière civile, les tribunaux compétents sont en principe les mêmes quel que soit le statut des parties.
5. En matière commerciale cependant, quatre cantons suisses connaissent depuis le 19<sup>e</sup> siècle un tribunal spécialisé. C'est pour tirer parti des *connaissances professionnelles des commerçants rompus aux affaires*, susceptibles

d'apporter aux litiges entre commerçants leur sens pratique, de favoriser leur bonne compréhension et donc leur résolution, que de tels tribunaux ont été institués.

6. Le tribunal de commerce est présidé par un *juge professionnel* avec des personnes expérimentées en matière commerciale comme *assesseurs*, ce qui permet une bonne compréhension des faits de la cause et des différentes implications du litige, tout particulièrement entre commerçants, pour lesquels les enjeux peuvent être bien spécifiques. Historiquement, une procédure souvent rapide, peu coûteuse et favorisant les solutions transigées<sup>1</sup>, permettant une continuation des relations commerciales, était souvent prévue devant de tels tribunaux<sup>2</sup>.
7. L'*organisation judiciaire* demeurant de la compétence des cantons (art. 122 al. 2 Cst. ; 3 CPC) sous réserve des règles fédérales en la matière<sup>3</sup>, il est logiquement de leur ressort de maintenir ou de créer de tels tribunaux de commerce. Seuls les cantons qui connaissaient cette institution auparavant, à savoir Zurich, Berne, Argovie et St-Gall, l'ont maintenue sous l'empire du CPC.
8. Le *législateur fédéral* a décidé de déterminer non seulement la procédure applicable devant les tribunaux de commerce, conformément à l'art. 1 let. a CPC, mais également leur compétence à raison de la matière (art. 6 al. 2-5 CPC)<sup>4</sup> et leur statut d'instance cantonale unique (art. 6 al. 1 CPC).
9. Le tribunal de commerce est compétent lorsque le *litige est commercial*. Tel est le cas lorsque les conditions énumérées de manière exhaustive à l'art. 6 al. 2 CPC<sup>5</sup> sont réunies. Il faut que l'activité commerciale d'une partie au moins soit concernée (let. a), que la valeur litigieuse du recours en matière civile soit atteinte (CHF 30'000.– en

---

<sup>1</sup> Pour une description des méthodes utilisées (en particulier la discussion du juge avec une partie et son mandataire hors présence de l'autre partie), voir SCHMID, Einzelgespräche in der Vergleichshandlung, RSJ 2014 359.

<sup>2</sup> Voir USTERI, Hundert Jahre Zürcher Handelsgericht, RSJ 1967 1 ss.

<sup>3</sup> ATF 139 III 67.

<sup>4</sup> ATF 140 III 155, consid. 4.3.

<sup>5</sup> ATF 138 III 694, consid. 2.7.

principe ; CHF 15'000.– en matière de bail et de travail ; art. 74 al. 1 LTF) (let. b)<sup>6</sup> et que les parties soient inscrites au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent (let. c), ou si tel est le cas du seul défendeur, que le demandeur opte pour ce tribunal (*Klägerwahlrecht* ; art. 6 al. 3 CPC)<sup>7</sup>.

10. Les cantons peuvent également attribuer au tribunal de commerce les litiges relevant de l'*instance cantonale unique de l'art. 5 al. 1 CPC* (propriété intellectuelle ; concurrence déloyale dès CHF 30'000.–, etc.) et les litiges relevant du *droit des sociétés commerciales et coopératives* (art. 6 al. 4 CPC). Le droit fédéral ne pose pas de limite de valeur litigieuse dans ces deux cas, mais le droit cantonal peut en prévoir une<sup>8</sup>.
11. Le *Tribunal fédéral* a d'ores et déjà *clarifié différents points* concernant cette compétence matérielle :
  - La *consortité simple* suppose la compétence matérielle du tribunal à l'égard de chaque consort (art. 71 CPC, implicitement<sup>9</sup>). Lorsqu'il n'y a qu'un consort simple défendeur inscrit au registre du commerce, il est seul à pouvoir être attaqué devant le tribunal de commerce, la compétence de ce tribunal étant régie par le droit fédéral. Le cumul subjectif est donc exclu dans cette hypothèse<sup>10</sup>. Les autres défendeurs doivent être attirés devant le juge ordinaire. Le droit cantonal peut le cas échéant autoriser dans cette hypothèse un cumul subjectif devant un autre tribunal spécialisé ou devant le tribunal ordinaire<sup>11</sup>. Si tel est le cas, l'ensemble des consorts passifs sera donc attiré devant le même tribunal, qui ne sera cependant pas le tribunal de commerce.
  - Seules les procédures sommaire<sup>12</sup> et ordinaire (art. 243 al. 3 CPC) s'appliquent devant le tribunal de commerce. Celui-ci n'est

---

<sup>6</sup> ATF 139 III 67, consid. 1.2.

<sup>7</sup> Ce demandeur peut être un consommateur, travailleur ou locataire : ATF 138 III 694.

<sup>8</sup> ATF 139 III 67, consid. 1.2.

<sup>9</sup> ATF 138 III 471, consid. 4.

<sup>10</sup> ATF 138 III 471, consid. 4.

<sup>11</sup> ATF 138 III 471, consid. 4 ; TF 4A\_239/2013 du 9 septembre 2013.

<sup>12</sup> TF 4A\_480/2013 du 10 février 2014, consid. 3 non reproduit à l'ATF 140 III 155.

toutefois pas la juridiction compétente dans les cas où le litige est commercial au sens de l'art. 6 al. 2 CPC mais que la *procédure simplifiée* s'applique en matière de bail (art. 243 al. 2 let. c), celle-ci visant à protéger la partie faible<sup>13</sup>. A notre avis, le même raisonnement vaut pour les autres causes visées par l'art. 243 al. 2 CPC.

- La compétence résultant de l'art. 6 CPC *ne peut être limitée que par d'autres dispositions du droit fédéral* (consortité simple ; procédure simplifiée). Hormis ces cas, le droit cantonal ne peut pas donner une compétence alternative à un autre tribunal spécialisé (en l'occurrence le tribunal des baux) lorsque la cause entre dans le champ d'application de l'art. 6 CPC et que le droit cantonal a institué un tribunal de commerce<sup>14</sup>.
- Le tribunal de commerce est compétent en matière d'inscription à titre provisoire d'une *hypothèque légale des artisans et entrepreneurs* lorsque les conditions générales de l'art. 6 CPC sont remplies<sup>15</sup>. Il s'agit en effet d'une mesure provisionnelle au sens de l'art. 6 al. 5 CPC. Par ailleurs, un litige qui porte sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est de nature commerciale<sup>16</sup>.

## ***B. Le for***

### **1. Sièges du défendeur et autres rattachements**

12. Aux termes de l'art. 30 al. 2, 1<sup>ère</sup> phr. Cst., la personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le *tribunal de son domicile*. Il s'agit du siège pour les personnes morales<sup>17</sup>. Ce for est consacré par l'art. 10 al. 1 let. b CPC.

---

<sup>13</sup> ATF 139 III 457 consid. 4. Sur cet arrêt, voir BOHNET, La procédure simplifiée, arbitre de la compétence respective du tribunal de commerce et du tribunal des baux, Newsletter Bail.ch, décembre 2013.

<sup>14</sup> TF 4A\_480/2013 du 10 février 2014, consid 3 non reproduit à l'ATF 140 III 155.

<sup>15</sup> ATF 137 III 563.

<sup>16</sup> ATF 138 III 471, consid. 4.

<sup>17</sup> AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la constitution, Zurich 2003, art. 30

13. L'art. 30 al. 2, 2<sup>e</sup> phr. Cst. précise que la loi peut prévoir un *autre for*. Le CPC en énumère de nombreux. Dans le domaine *contractuel*, sous réserve des règles en matière de bail immobilier (art. 33 CPC), de droit du travail (art. 34 CPC) et de consommation courante (art. 32 CPC), le for est alternativement au lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée ou au domicile ou au siège du défendeur (art. 31 CPC, for dispositif). En matière de *droit des sociétés*, quelques fors spéciaux sont prévus sur quelques points seulement (actions en responsabilité fondées sur le droit des sociétés, art. 40 CPC ; actions en suspension de l'exercice du droit de vote selon la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, art. 41 CPC ; actions relevant de la loi sur la fusion, art. 42 CPC), tout comme en droit des *papier-valeurs* (annulation de papiers-valeurs et de polices d'assurance et interdiction de payer, art. 43 CPC ; convocation de l'assemblée des créanciers en cas d'emprunt par obligations, art. 44 CPC ; actions intentées par les investisseurs ou par le représentant de la communauté des investisseurs d'un fonds de placement, art. 45 CPC).

## 2. Etablissement et succursale

14. Lorsqu'une entreprise suisse, exploitée en raison individuelle, par une société commerciale de personne ou par une personne morale, déploie certaines activités commerciales ou professionnelles par un établissement (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou une succursale (*Zweigniederlassung*) en Suisse, elle peut, alternativement avec le for de son domicile ou de son siège, être attaquée au lieu dudit établissement ou de la succursale (art. 12 CPC).
15. L'art. 12 CPC n'est pas qu'une alternative à l'art. 10 CPC. Dès l'instant où le for du domicile ou du siège du défendeur est mentionné aux sections 2-8 (*fors spéciaux*), il entre en considération<sup>18</sup>. Ainsi, en cas de prétention contractuelle résultant de l'activité commerciale d'un établissement ou d'une succursale, l'entreprise ou la personne morale

---

N 10.

<sup>18</sup> ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364 ; BK ZPO-BERGER, art. 12 N 3.

peut être attaquée (mais non pas attaquer<sup>19</sup>) au lieu de l'établissement ou de la succursale (art. 12 et 31 CPC). Il en va de même si la prétention est de nature délictuelle (art. 36 CPC) ou tirée de l'enrichissement illégitime (art. 10 CPC)<sup>20</sup>.

16. Le for au lieu où se trouvent les établissements professionnels ou commerciaux des personnes physiques ou de sociétés en nom collectif ou en commandite avait été repris du droit cantonal par la LFors et désormais par le CPC. Le for du lieu où se trouvent des succursales de sociétés commerciales et de sociétés coopératives est issu du droit fédéral antérieur à la LFors (art. 642 al. 3 aCO, 782 al. 3 aCO et 837 al. 3 aCO)<sup>21</sup>.
17. L'art. 12 CPC vise les établissements au sens large (*Niederlassung* selon la note marginale du texte allemand), qu'il s'agisse d'un établissement professionnel ou commercial (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou d'une succursale (*Zweigniederlassung*). Il peut s'agir d'un établissement principal (*Hauptniederlassung*) ou secondaire (*Zweigbetrieb*), tant qu'il remplit les conditions décrites ci-après. L'établissement professionnel vise par exemple les cabinets d'indépendants (médecin, avocat, notaire, architecte, teneur), l'établissement commercial toutes les sortes d'entreprise<sup>22</sup>.
18. Les établissements peuvent être exploités tant par des personnes physiques, que des sociétés commerciales de personnes, des personnes morales ou des entités de droit public<sup>23</sup>. Contrairement à ce que laisse entendre le Message LFors<sup>24</sup>, non seulement une succursale, mais aussi un établissement professionnel ou commercial d'une personne morale crée un for au lieu d'exploitation à certaines conditions. L'établissement suppose une *certaine autonomie*, sans atteindre cependant pour

---

<sup>19</sup> BK ZPO-BERGER, art. 12 N 7.

<sup>20</sup> BK ZPO-BERGER, art. 12 N 32.

<sup>21</sup> Message LFors, FF 1999 2608 ; BOHNET, Procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., Neuchâtel et Bâle 2014, N 249 s.

<sup>22</sup> ATF 30 I 662, consid. 3 : établissement agricole.

<sup>23</sup> BK ZPO-BERGER, art. 15 N 17 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 8.

<sup>24</sup> Message LFors, FF 1999 2608.

l'établissement secondaire les exigences de la succursale<sup>25</sup>, et des installations ou des aménagements matériels fixes au moyen desquels l'entreprise déploie une part importante de son activité technique ou commerciale, du point de vue qualitatif ou quantitatif. Tel n'est pas le cas d'un stand dans une foire ou d'un chantier<sup>26</sup>, mais bien en revanche généralement d'un magasin<sup>27</sup> ou d'un commerce<sup>28</sup>, s'il dispose de l'autonomie requise<sup>29</sup>. Une inscription au registre du commerce n'est pas nécessaire<sup>30</sup>.

19. Si une entité est inscrite comme *succursale* alors que les conditions légales ne sont pas remplies, le for de l'art. 12 CPC est cependant ouvert, compte tenu de l'apparence créée par l'inscription<sup>31</sup>.
20. Il faut également admettre que l'*apparence d'un établissement ou d'une succursale* suffit à fonder un for au lieu où l'activité est déployée, ce en vertu du principe de la confiance (art. 2 CC)<sup>32</sup>. Une telle apparence existe lorsque le comportement de l'entreprise laisse entendre qu'elle exerce une activité durable au lieu en question, que cette entité jouit d'une certaine autonomie et qu'elle dispose d'installations ou d'aménagements matériels fixes au moyen desquels l'entreprise déploie une part importante de son activité technique ou commerciale, du point

---

<sup>25</sup> ATF 101 Ia 39, consid. 1, JdT 1975 I 344 : « Une succursale au sens de l'art. 642 CO n'est pas nécessaire » ; 77 I 121, JdT 1952 I 209 ; BK ZPO-BERGER, art. 15 N 17 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 11 ; ZK-MÜLLER, art. 5 GestG N 23 ; DONZALLAZ, art. 5 LFors, N 33.

<sup>26</sup> BK ZPO-BERGER, art. 15 N 16 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 6 : sauf installations fixes de très longue durée.

<sup>27</sup> ATF 30 I 657 : magasin d'épicerie fine et de produits coloniaux ; 50 I 121 : pressing.

<sup>28</sup> ATF 77 I 121, JdT 1952 I 209.

<sup>29</sup> ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364 : tel n'est pas le cas de points de vente d'articles de sport d'une entreprise individuelle, tous gérés depuis son établissement principal.

<sup>30</sup> Message LFors, FF 1999 2608 n. 38 ; BK ZPOBK-ZPO-BERGER, art. 15 N 16.

<sup>31</sup> BK ZPO-BERGER, art. 12 N 27 qui renvoie pertinemment aux arrêts 62 I 14, consid. 3 et 68 III 146, consid. 2. *Contra* : ZK-MÜLLER, art. 5 GestG N 23 ; DONZALLAZ, art. 5 LFors, N 33.

<sup>32</sup> ATF 101 Ia 39, JdT 1975 I 344 ; BK ZPO-BERGER, art. 12 N 17, 19, 26 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 16.

de vue qualitatif ou quantitatif. Ce n'est pas le cas en revanche si une entreprise mentionne uniquement une adresse ne correspondant pas effectivement à son lieu d'exploitation<sup>33</sup>.

### III. Représentation

#### A. *Droit matériel*

21. Le droit suisse des sociétés connaît deux types fondamentaux d'organisations, avec des règles différentes pour chacune d'elle. Il s'agit des *collectivités*, dénuées de la personnalité juridique, et des *personnes morales de droit privé*, comprenant les *corporations* et les *fondations*, qui ont une existence propre<sup>34</sup>. De cette distinction fondamentale découle un régime de représentation différent, qui tient à l'existence ou non d'une entité disposant comme telle de la jouissance et de l'exercice des droits civils.
22. A côté de ces deux subdivisions, la vie économique suisse connaît encore un autre type de forme commerciale qui n'entre formellement pas dans l'une de ces catégories, à savoir l'*entreprise individuelle*, dont le régime est cependant proche de celui de la collectivité.
23. Le mode de représentation de ces quatre types d'organisation est brièvement présenté sous l'angle matériel, avant que le volet de la représentation en justice ne soit abordé.

#### 1. Types d'organisation

##### a. *Entreprise individuelle*

24. L'entreprise individuelle ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale dans le Code des obligations<sup>35</sup>. Elle est parfois évoquée, par exemple aux art. 181 al. 4, 934, 945 et 957 CO, sans que ces

---

<sup>33</sup> ATF 62 I 14, consid. 3, JdT 1936 I 506, avec des réf. à la jurisprudence allemande.

<sup>34</sup> RUEDIN, Droit des sociétés, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2007, N 690.

<sup>35</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 793.

dispositions légales ne nous renseignent plus avant sur le régime de la représentation. Rien de surprenant, puisque l'entreprise individuelle n'est pas une entité juridiquement distincte de la personne de son titulaire<sup>36</sup>. Celui-ci exerce en effet une activité commerciale ou industrielle en son propre nom et sous sa propre responsabilité, qui est directe et illimitée<sup>37</sup>. Partant, il est également seul à détenir le pouvoir sur l'entreprise et choisit ainsi la cessation ou la continuation de l'exploitation, l'engagement de collaborateur, la définition de la stratégie et les investissements<sup>38</sup>. Le titulaire représente ainsi seul l'entreprise individuelle<sup>39</sup>.

25. Il peut également, nommer des directeurs, qui sont alors au bénéfice de pouvoirs de représentation sans limite, à moins que des règles particulières n'aient été fixées, relativement à la collectivité des signatures ou à des types d'affaires particuliers<sup>40</sup>. De même, le titulaire peut désigner des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO) ou des fondés de procuration et autres mandataires commerciaux (art. 458 ss CO), dont les pouvoirs sont définis par les règles légales<sup>41</sup>. Enfin, les règles générales de la représentation des art. 32 ss CO sont, en l'absence de disposition légale contraire, également applicables<sup>42</sup>.
26. On précise que ces pouvoirs de signature peuvent ressortir du registre du commerce lorsque l'entreprise individuelle y est inscrite. C'est obligatoirement le cas lorsqu'elle atteint un chiffre d'affaire annuel de CHF 100'000.- (art. 36 al. 1 ORC) ou qu'elle exerce des activités dans les domaines de commission, d'agence, de courtage, de fiduciaire ou de gérance (art. 36 al. 3 ORC)<sup>43</sup>. Elle peut également s'inscrire sur une base

---

<sup>36</sup> RUEDIN (n. 34), N 310, N 371 ; SIMONEK (et al.), Unternehmensrecht I, Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation, 2<sup>e</sup> éd. Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 21.

<sup>37</sup> MONTAVON, Abrégé de droit commercial, 5<sup>e</sup> éd., Lausanne 2011, p. 93.

<sup>38</sup> RUEDIN (n. 34), N 305.

<sup>39</sup> RUEDIN (n. 34), N 377.

<sup>40</sup> MONTAVON (n. 37), p. 93.

<sup>41</sup> RIHAR, Das Einzelunternehmen im Schweizer Privatrecht, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 114 ss, à laquelle on renvoie pour plus de développements.

<sup>42</sup> RIHAR (n. 41), p. 114 ; RUEDIN (n. 34), N 378.

<sup>43</sup> MONTAVON (n. 37), p. 94.

volontaire (art. 36 al. 4 ORC). Les tiers de bonne foi peuvent alors s'y fier (art. 933 CO)<sup>44</sup> et l'inscription constitue un fait notoire n'ayant pas besoin d'être allégué ni prouvé<sup>45</sup>.

### ***b. Collectivité***

27. Les collectivités sont des formes de société dépourvues de la personnalité juridique<sup>46</sup> et donc de la jouissance des droits civils<sup>47</sup>. Il s'agit d'un groupement de personnes titulaires ensemble d'un seul et même droit portant sur la société. Ce n'est ainsi pas la collectivité qui est titulaire de droits et d'obligations, mais le groupement de personnes qui la compose, de manière collective<sup>48</sup>. Il s'agit de la société simple (art. 530 ss CO), de la société en nom collectif (art. 552 ss CO) et de la société en commandite (art. 594 ss CO)<sup>49</sup>, bien que les deux dernières nommées peuvent se prévaloir d'une « quasi-personnalité » juridique<sup>50</sup>.
28. S'agissant de la représentation et, plus généralement, de la définition et des règles régissant la collectivité, il n'existe pas de corps de dispositions légales particulières, au contraire de ce que l'on rencontre pour la personne morale (art. 52 ss CC)<sup>51</sup>. Les art. 646 à 654a CC contiennent toutefois un certain nombre de règles qui traitent des deux formes de collectivités, soit la copropriété et la communauté<sup>52</sup>. Il faut dès lors se rapporter aux règles spéciales des sociétés collectives afin d'en déterminer le mode de représentation, même si l'on peut tirer un

---

<sup>44</sup> ATF 138 III 294, consid. 2.2, non reproduit au recueil officiel, *in* : RSPC 2012 299.

<sup>45</sup> TF 4A\_261/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013, consid. 4.3, *in* : RSPC 2014 34.

<sup>46</sup> RUEDIN (n. 34), N 729.

<sup>47</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 64.

<sup>48</sup> RUEDIN (n. 34), N 753.

<sup>49</sup> RUEDIN (n. 34), N 788 ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 61.

<sup>50</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 65, qui répertorient les différentes terminologies utilisées pour définir la SNC et la SC, tout en confirmant qu'elles ne disposent pas de la personnalité juridique mais qu'elles sont traitées, dans certains domaines comme si tel était le cas.

<sup>51</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 64.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

trait commun entre elles s'agissant du pouvoir de gestion et de représentation, en ce que ceux-ci s'exercent selon le principe de l'organisation endogène (*Selbstorganschaft*), qui attribue à chaque associé ces qualités<sup>53</sup>.

29. Pour la société simple<sup>54</sup>, il faut se référer à l'art. 543 CC, qui précise que lorsqu'un associé traite avec un tiers mais en son nom personnel, il est seul engagé avec celui-ci (al. 1). Pour que les autres associés deviennent eux aussi créanciers ou débiteurs dans une telle situation, il faut que les règles générales de la représentation (art. 32 ss CO) soient respectées (al. 2). Enfin, les tiers de bonne foi sont protégés puisqu'une présomption irréfragable est instaurée à l'art. 543 al. 3 CO, selon laquelle l'associé qui bénéficie du droit de gestion en vertu des règles internes dispose également du pouvoir de représentation<sup>55</sup>. Il va par ailleurs de soi que la société simple et, partant, ses membres, sont engagés si tous prennent ensemble des engagements vis-à-vis de tiers<sup>56</sup>.
30. Comme mentionné *supra* (N 27), la société en nom collectif bénéficie du statut de quasi-personne morale, exprimé par l'art. 562 CO, selon lequel « la société peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnée en justice ». Cette disposition n'indique cependant rien quant à la manière de représenter la société, ce pour quoi il faut se rapporter à l'art. 563 CO, selon lequel les tiers de bonne foi peuvent, en l'absence d'indication contraire, estimer que chaque associé a le pouvoir de représenter la société. On est proche du système prévu pour les corporations, selon lequel la société s'engage par le biais de ses organes (art. 55 al. 1 CC, cf. *infra* N 33 ss)<sup>57</sup>.
31. La société en commandite connaît le même régime de représentation que la société en nom collectif (art. 603 CO), avec la précision que seuls

---

<sup>53</sup> RUEDIN (n. 34), N 786.

<sup>54</sup> Pour tout le paragraphe, cf. MONTAVON (n. 37), p. 135.

<sup>55</sup> TF 4A\_12/2012 du 10 juillet 2012, consid. 2 et 3 *in*: RSPC 2012 469 pour un exemple avec deux associés d'une société simple dont l'un seulement a signé un bail en utilisant toutefois dans ses relations avec le propriétaire un papier à en-tête au nom des deux associés.

<sup>56</sup> CR CO II-CHAIX, art. 543 N 1.

<sup>57</sup> CR CO II-RECORDON, art. 563 N 2.

les associés indéfiniment responsables sont concernés par cette disposition. Les commanditaires peuvent toutefois se voir octroyer un pouvoir de représentation en tant que fondé de procuration ou mandataire commercial (art. 605 CO)<sup>58</sup>.

### ***c. Personne morale***

#### **aa. Corporation**

32. Les corporations sont les formes de société qui sont indépendantes de leurs associés<sup>59</sup> et, en tant que telles, disposent de leur propre personnalité<sup>60</sup>. Il s'agit de la société anonyme (art. 620 ss CO), de la société en commandite par actions (art. 764 ss CO), de la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO), de la société coopérative (art. 828 ss CO) et de l'association (art. 60 ss CC)<sup>61</sup>.
33. Tout comme les personnes physiques, les personnes morales disposent de la jouissance et de l'exercice des droits civils<sup>62</sup>. Cet exercice se manifeste au travers des organes de la société (art. 54 CC), qui la représentent dans ses relations avec les tiers, ainsi que le prévoit l'art. 55 al. 1 CC<sup>63</sup>.
34. L'organe « forme et exprime directement la volonté de la société et l'engage directement »<sup>64</sup>, alors que les actes effectués par les fondés de procuration ou les mandataires commerciaux le sont en fonction de pouvoirs de représentation et sur la base d'instructions<sup>65</sup>. Ceux-ci ne sont ainsi pas des organes<sup>66</sup>.

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> RUEDIN (n. 34), N 737.

<sup>60</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 47.

<sup>61</sup> RUEDIN (n. 34), N 788 ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 61.

<sup>62</sup> RUEDIN (n. 34), N 691 s.

<sup>63</sup> ATF 112 II 172, consid. II/2c, JdT 1986 I 574.

<sup>64</sup> RUEDIN (n. 34), N 711 ; EGGER, Die Stellung der Organe im Zivilprozess, Thèse, Saint-Gall 2014, N 32.

<sup>65</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 53 ; EGGER (n. 64), N 32.

<sup>66</sup> WYTENBACH, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher

35. La *notion d'organe* contenue aux art. 54 et 55 al. 1 CC doit se comprendre dans son acception étroite, en ce sens qu'elle regroupe les personnes physiques qui sont responsables de la gestion et de la représentation de la société, que ce soit de par la loi ou en vertu d'une délégation de compétence, et non tous les organes de celle-ci<sup>67</sup>. Il s'agit donc du pouvoir exécutif (*Executivorgane*), à l'exclusion de l'autorité « législative » ou de l'organe de contrôle<sup>68</sup>. Ainsi, dans le contexte de la société anonyme, l'organe au sens des art. 54 et 55 al. 1 CC est le *conseil d'administration* (art. 707 ss CO), à l'exclusion de l'assemblée générale (art. 698 ss CO) et de l'organe de révision (art. 727 ss CO). Le conseil d'administration, par le biais de son règlement d'organisation, et si cette possibilité est prévue par les statuts, peut déléguer tout ou partie de la gestion à l'un ou à plusieurs de ses membres ou à des tiers (art. 716b CO ; dans ce dernier cas, il s'agit alors d'un *organe formel statutaire* ne nécessitant aucune procuration<sup>69</sup>). Il en va de même s'agissant de la représentation (art. 718 CO). On pense en particulier au *directeur* inscrit au registre du commerce (art. 718 al. 2 CO)<sup>70</sup>.
36. Enfin, peut être considéré comme organe, sans qu'elle ne revête ce statut formellement, toute personne qui participe effectivement et qui a un impact décisif sur la définition de la volonté sociale<sup>71</sup>. L'on est alors en présence d'un *organe de fait*, que le Tribunal fédéral définit comme suit : « Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe donc non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la

---

Organbegriff ?, thèse, Bâle 2010, p. 155 *in limine*.

<sup>67</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 54 ; EGGER (n. 64), N 32.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> CR CC-XOUDIS, art. 54/55 N 23 ; OTTOMANN, Die Aktiengesellschaft als Partei im Schweizerischen Zivilprozess, Thèse, Zurich 1976, p. 64 s.

<sup>70</sup> FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 54 ; WYTTENBACH (n. 66), p. 154 qualifie les directeurs d'organe matériel, en ce sens que leur poste ne découle pas directement de la loi, mais nécessite une autorisation statutaire et un règlement d'organisation.

<sup>71</sup> RUEDIN (n. 34), N 716 ss ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 54 s.

gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société. »<sup>72</sup>.

37. Toutes les personnes morales, à l'exception de l'association, ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce (pour la SA, art. 640 CO ; pour la SCA, art. 764 al. CO, qui renvoie aux règles de la SA ; pour la Sàrl, art. 779 CO ; pour la Scoop, art. 838 CO). La qualité d'organe, de délégué ou de représentant d'une société est ainsi reconnaissable pour les tiers.
38. L'inscription au registre du commerce des associations est facultative (art. 61 al. 1 CC), à moins que celles-ci ne doivent, pour atteindre leur but, exercer une industrie en la forme commerciale ou qu'elles soient soumises à l'obligation de faire réviser leurs comptes (art. 61 al. 2 CC).
39. Rappelons que les actes des fondateurs fait au nom de la société en fondation lient celle-ci une fois sa création effective (art. 645 CO). Une société en formation peut être partie à un procès si l'objet de celui-ci a trait à son existence. Encore faut-il que la société démontre qu'elle a effectivement déposé une réquisition d'inscription au RC et qu'elle y soit finalement inscrite. Le juge délégué de la Cour d'appel civile vaudoise a nié que de telles conditions étaient remplies en présence d'une société anonyme en formation depuis de nombreuses années qui n'avait produit dans la procédure ni la réquisition d'inscription, ni l'acte constitutif authentique ni les statuts de la société<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> ATF 132 III 523, consid. 4.5 ; pour une définition plus complète de la notion d'organe de fait, cf. EGGER (n. 64), N 42 ss et WYTTENBACH (n. 66), pp. 239 ss.

<sup>73</sup> Juge délégué de la CACI VD, arrêt HC / 2012 / 617 du 2 octobre 2012, consid. 3.

## bb. Fondation

40. La fondation est la seule forme juridique de droit privé qui est dotée de la personnalité juridique sans pour autant être une corporation<sup>74</sup> ; il s'agit du seul établissement de droit privé fédéral<sup>75</sup>. Il en existe plusieurs formes, qui sont dotées de la personnalité juridique, soit l'ordinaire ou la classique, la fondation de famille (art. 87 et 335 CC), l'ecclésiastique (art. 87 CC) ou de prévoyance en faveur du personnel (art. 89a CC). Elle peut être à but économique (lorsque les bénéficiaires sont déterminés dans l'acte de fondation) et/ou avoir un caractère d'entreprise (lorsque la fondation développe une activité commerciale afin d'atteindre son but)<sup>76</sup>. Il en existe également qui sont dénuées de la personnalité juridique ; il s'agit alors de fondations dites dépendantes ou fiduciaires, qui se concrétisent par une « masse de bien dépourvue de la personnalité morale et affectée à la poursuite d'un but déterminé »<sup>77</sup>. Le droit de la fondation s'applique à celles-ci à titre analogique<sup>78</sup>.
41. La loi ne définit pas les organes de la fondation, l'art. 83 CC précisant simplement que l'acte de fondation indique les organes de celle-ci et son mode d'administration. L'organe supérieur de la fondation, souvent appelé conseil de fondation, mais aussi et notamment comité, administration, présidence, curateur ou conseil exécutif<sup>79</sup>, la représente (art. 55 CC)<sup>80</sup> et s'occupe de son administration<sup>81</sup>. La réglementation des droits de signature fait également partie des attributions de l'organe supérieur de la fondation et c'est donc lui qui désignera les personnes chargées de la représenter à l'extérieur, en précisant le mode de

---

<sup>74</sup> MADÖRIN, *Vereine und Stiftungen*, vol. 2, Berne 2008, p. 93.

<sup>75</sup> CR CC I-PARISMA, art. 80 N 1.

<sup>76</sup> CR CC I-PARISMA, art. 80 N 12 ss ; MADÖRIN (n. 74), pp. 94 ss.

<sup>77</sup> CR CC I-PARISMA, Intro. art. 80-89<sup>bis</sup> (sic), N 18.

<sup>78</sup> BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 80 N 1.

<sup>79</sup> RIEMER, *Stämpflis Handkommentar*, art. 83 ZGB, N 6 ; CR CC I-PARISMA, art. 83 N 6 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 4.

<sup>80</sup> CR CC I-PARISMA, art. 83 N 16 ; MADÖRIN (n. 74), p. 109 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 9 et 10a.

<sup>81</sup> MADÖRIN (n. 74), p. 109.

signature (individuelle ou collective) et en nommant d'éventuels fondés de procuration ou mandataires commerciaux<sup>82</sup>.

42. Selon l'art. 52 al. 1 CC, l'inscription au registre du commerce est constitutive de la personnalité morale<sup>83</sup>. Aussi, les fondations dites classiques ou ordinaires doivent s'y inscrire afin d'exister, ce qui permet de contrôler les pouvoirs de représentation de la fondation. L'art. 52 al. 2 CC précise que les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas tenues de s'y inscrire, ce qu'elles peuvent néanmoins faire sur une base volontaire<sup>84</sup>.
43. Enfin, tout comme pour la société anonyme, les actes accomplis par les fondateurs au nom de la fondation avant son inscription au registre du commerce lient celle-ci dès sa naissance (*supra* N 39)<sup>85</sup>.

## 2. Représentation

### a. « Représentation » par les organes

44. On l'a vu, les personnes morales sont représentées par leurs organes (membre du conseil d'administration ; directeur ; organe de fait ; cf. *supra*, N 33 ss et 41). En fait de représentation, il s'agit plutôt de l'expression de la volonté de la personne morale directement par les organes, qu'il ne faut ainsi pas confondre avec les délégations de pouvoirs à des tiers qui ne sont pas organes, selon les règles spécifiques pour les fondés de procuration et les mandataires commerciaux et les règles générales sur la représentation (*infra* N 50 ss)<sup>86</sup>.
45. Les personnes morales peuvent se doter de règles régissant la manière d'exercer leur volonté, en imposant, dans leurs rapports externes, des

---

<sup>82</sup> *Idem*, p. 110 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 11.

<sup>83</sup> CR CC I-PARISMA, art. 81 N 23.

<sup>84</sup> *Ibidem*, qui ajoute que les fondations de ces deux types sont néanmoins tenues de s'inscrire lorsque les conditions de 934 al. 1 CO sont réunies ou qu'elles désirent transférer leur patrimoine selon les art. 86 s. LFus.

<sup>85</sup> ATF 81 II 577, JdT 1956 I 455.

<sup>86</sup> MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), pp. 53 et 55 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 7 ; MONTAVON (n. 37), p. 86.

restrictions liées à la collectivité des signatures<sup>87</sup>, en limitant le pouvoir de représentation à l'établissement principal ou à la succursale<sup>88</sup> (art. 718a al. 2 CO) ou en retirant à certains membres de son organe de gestion et de représentation le pouvoir de signature<sup>89</sup> (art. 718 al. 1 et 2 CO).

46. Lorsque la personne morale décide de n'être engagée que par des signatures collectives, le nombre de celles-ci n'est limité que par l'art. 20 al. 1 CO. Il est également possible de prévoir que la personne morale ne sera engagée qu'en présence de certaines combinaisons de signatures, soit par exemple celle d'un directeur et d'un administrateur mais non de deux directeurs<sup>90</sup>.
47. La délégation du pouvoir de représenter la personne morale, qui permet notamment de supprimer le droit de signature de certains organes, ne peut être envisagée que si les statuts ou le règlement d'organisation le prévoient (art. 718 al. 1 CO). Le délégataire peut être un ou plusieurs membres du conseil d'administration, appelé administrateur délégué<sup>91</sup> ou un tiers, nommé directeur<sup>92</sup>.
48. Ces différentes limites doivent être inscrites au registre du commerce<sup>93</sup> afin que la personne morale puisse s'en prévaloir (art. 933 CO)<sup>94</sup>.
49. A noter que lorsque la personne morale est en faillite, les organes perdent leur pouvoir de représentation au profit de l'administration de la masse (art. 740 al. 5 C)<sup>95</sup>.

---

<sup>87</sup> RUEDIN (n. 34), N 727 ; art. 718a al. 2 CO pour la SA ; art. 765 CO pour la SCA ; art. 814 al. 2 CO et 814 al. 4 CO qui renvoie aux dispositions de la SA pour la Sàrl ; art. 889 al. 1 et 2 CO pour la Scoop.

<sup>88</sup> CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718a N 18 ss.

<sup>89</sup> CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 11.

<sup>90</sup> CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 22 s.

<sup>91</sup> A ce propos, cf. CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 12 à 17.

<sup>92</sup> A ce propos, cf. CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 18 à 23.

<sup>93</sup> Art. 45 al. 1 let. o et n ORC pour la société anonyme ; art. 68 al. 1 let. o et n CO pour la SCA ; art. 73 al. 1 let. p et q CO pour la Sàrl ; art. 87 al. 1 let. k et l CO pour la Scoop.

<sup>94</sup> ATF 138 III 294, consid. 2.2 non reproduit au recueil officiel, *in* : RSPC 2012 299 avec note de BOHNET ; EGGGER (n. 64), N 117 s.

**b. « Représentation » par un tiers**

50. Les différentes formes d'organisation commerciale (entreprise individuelle, collectivité, fondation et corporation) peuvent également se faire représenter dans leurs relations avec l'extérieur par des représentants commerciaux, soit des fondés de procurations (art. 458 à 461 CO) ou des autres mandataires commerciaux (art. 462 à 465 CO). Ils se différencient des organes de la société en ce qu'ils n'incarnent pas celle-ci, mais la représentent (*supra* N 44).
51. L'étendue des pouvoirs de représentation d'un *fondé de procuration* est déterminée à l'art. 459 CO qui prévoit que celui-ci a la faculté de souscrire des engagements de change pour le chef de la maison et de faire, au nom de celui-ci, tous les actes que comporte le but du commerce ou de l'entreprise (al. 1). L'alinéa 2 limite toutefois le champ d'activité en précisant que le fondé de procuration ne peut aliéner ou grever des immeubles que s'il en a reçu le pouvoir expresse. Enfin, l'art. 460 al. 1 et 2 CO donne la faculté aux chefs de maison de restreindre le pouvoir de représentation aux affaires d'une succursale ou d'imposer des signatures collectives<sup>96</sup>.
52. Plus particulièrement, le fondé de procuration peut recevoir des actes de poursuite (art. 65 al. 1 ch. 2 LP)<sup>97</sup>, mais également conduire un procès<sup>98</sup>. Les fondés de procuration sont inscrits au registre du commerce ; cette inscription a une portée déclarative lorsque le représenté exerce en la forme commerciale (art. 458 al. 1 et 2 CO) et une portée constitutive lorsque tel n'est pas le cas (art. 458 al. 3 CO).

---

<sup>95</sup> TF 4A\_150/2013 du 11 février 2013, *in* : RSPC 2014 208.

<sup>96</sup> MONTAVON (n. 37), p. 88.

<sup>97</sup> ATF 121 III 16, consid. 3 b et d, JdT 1997 II 103.

<sup>98</sup> ATF 69 III 33, JdT 1944 II 6 (10) : « On pourrait considérer en premier lieu comme une procuration générale suffisante, au sens de l'art. 66 al. 1 LP, celle qui appartient au fondé de procuration lequel est réputé, à l'égard des tiers, avoir la faculté de conduire un procès (art. 459, par opposition à l'art. 462 CO) » ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 459 N3 *in fine*, qui précise qu'un fondé de pouvoir n'a nul besoin de procuration expresse pour intenter un procès ou transiger, à l'inverse du mandataire contractuel (art. 396 al. 2 CO).

53. Les autres mandataires commerciaux ne disposent pas de pouvoirs de représentation aussi larges que les fondés de procuration<sup>99</sup>. Leurs pouvoirs sont soit généraux, soit délimités à certaines opérations particulières (art. 462 al. 1 CO). Le pouvoir de représentation général est toutefois limité par l'art. 462 al. 2 CO, qui impose la présence d'une procuration spéciale pour que le mandataire commercial puisse souscrire des engagements de change, emprunter ou plaider. Cette procuration pour être émise en la forme écrite ou orale mais non tacite et doit être communiquée<sup>100</sup>. S'agissant de la matière qui nous intéresse, cette restriction signifie que le mandataire commercial ne peut, sans pouvoirs exprès, ni actionner, ni défendre<sup>101</sup>.
54. Dans la mesure où les pouvoirs du mandataire commercial varient en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, une inscription au registre du commerce n'est pas envisageable<sup>102</sup>.
55. Nous précisons à ce stade que nous considérons que les pouvoirs de représentation octroyés par le droit matériel n'autorisent pas encore, en tant que tels, le représentant commercial à représenter en justice (cf. *infra*, N 82 ss).

## ***B. Droit formel***

### **1. Capacité d'être partie**

56. L'art. 66 CPC est consacré à la capacité d'être partie, qui est reconnue à toute personne jouissant des droits civils ou disposant de la capacité d'être partie en vertu du droit fédéral. Les *personnes morales* (cf. *supra*, N 32 ss et N 40 ss) en disposent dès leur inscription au registre du commerce (art. 52 al. 1 CC *cum* art. 53 CC)<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 1.

<sup>100</sup> TF 4D\_2/2013 du 1<sup>er</sup> mai 2013, consid. 2.2.1, *in* : RSPC 2013 293.

<sup>101</sup> CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 14.

<sup>102</sup> CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 6.

<sup>103</sup> CPC-JEANDIN, art. 66 N 4 ; ZK ZPO-STAHELIN/SCHWEIZER, art. 66 N 9 ss ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 12.

57. La *société en nom collectif* et la *société en commandite*, même si elles ne disposent pas de la personnalité juridique, on l'a vu (cf. *supra*, N 27 et 30 s), sont tout de même habilitées à agir en leur propre nom en justice (cf. art. 562 et 602 CO). L'attribution de la qualité de partie résulte alors du droit fédéral (art. 66 CPC, seconde hypothèse)<sup>104</sup>.
58. A côté de ces deux formes de société, on peut également citer, comme entités juridiques sans personnalité juridique auxquelles la loi accorde la qualité de partie, l'administration de la *masse en faillite* étrangère une fois que celle-ci a été reconnue en Suisse (art. 166 al. 1 LDIP)<sup>105</sup>, les *caisses de chômage* (art. 79 LACI), les *commissions paritaires professionnelles* (art. 357b CO) ou encore la *PPE* dans le domaine patrimonial et lorsqu'il s'agit de faire respecter son règlement (art. 712l CC)<sup>106</sup>.
59. La *société simple* ne disposant pas de la personnalité juridique et ne revêtant pas la qualité de partie en vertu du droit fédéral, n'a, en tant que telle, pas la capacité d'être partie<sup>107</sup> et tous ses membres doivent actionner ou être actionnés en commun. Nous sommes en présence d'un cas de consorité nécessaire<sup>108</sup>. Le juge devra se fonder sur les allégués des parties afin de déterminer si tous les membres de la société simple ont agi. Ainsi, si le défendeur ne conteste pas les allégués de la société simple demanderesse sur ce point, la légitimation devra lui être reconnue, à moins que le cercle des associés ne ressortent d'un registre produit à l'audience, que le juge examinera alors d'office<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> CPC-JEANDIN, art. 66 N 7 ; ZK ZPO-STÄHELIN/SCHWEIZER, art. 66 N 18 ss.

<sup>105</sup> ATF 137 III 631, JdT 2012 II 451.

<sup>106</sup> ATF 114 II 239, JdT 1989 I 162 ; HALDY A., La capacité d'être partie, la capacité d'ester en justice et la représentation des parties, *in* : RSPC 2013 523, pp. 526 ss et les références citées.

<sup>107</sup> CPC-JEANDIN, art. 66 N 6.

<sup>108</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 35 ss ; BK-FELLMANN/MÜLLER, art. 530 CO N 627.

<sup>109</sup> TF 4A\_197/2012 du 30 juillet 2012, consid. 4, *in* : RSPC 2013 13, avec note de BOHNET.

## 2. Capacité d'ester

60. L'art. 67 CPC traite de la capacité d'ester en justice, pendant procédural de l'exercice des droits civils<sup>110</sup>. Le Tribunal fédéral la définit comme suit : « La capacité d'ester en justice (*Prozessfähigkeit*) est la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner soi-même un mandataire qualifié pour le faire. Elle appartient à toute personne qui a la capacité d'être partie (*Parteifähigkeit*), c'est-à-dire à toute personne qui a la faculté de figurer comme partie dans un procès »<sup>111</sup>.
61. Les *personnes morales* peuvent ester en justice par l'entremise de leurs organes dès que ceux-ci sont régulièrement constitués (art. 54 CC). Il en va de même pour les *sociétés en nom collectif* et en *commandite*, bien qu'elles ne jouissent pas des droits civils (cf. *supra*, N 27 et 30 s)<sup>112</sup>.
62. La *société simple* ne disposant pas de la personnalité juridique, ses associés détiennent en main commune les créances et les dettes de la société et forment entre eux une consorité nécessaire (*supra*, N 59). Selon le Tribunal fédéral, « Il en résulte qu'ils ne peuvent faire valoir la créance que tous ensemble ; il s'agit là d'une question de droit matériel, et non de procédure. Si les associés n'agissent pas tous ensemble, ceux qui ont introduit l'action n'ont pas la légitimation active, ce qui doit entraîner le rejet de la demande, et non son irrecevabilité »<sup>113</sup> (art. 70 al. 1 CPC). Des tempéraments à l'exigence d'agir en commun existent en cas d'urgence, de présence de tous les membres de la consorité des deux côtés de la barre ou de déclaration de l'un des consorts indiquant par avance qu'il se rallie aux actes qui seront effectués par les autres membres de la société simple et se soumet irrévocablement à l'issue du procès<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> ATF 132 I 1, consid. 3.1.

<sup>111</sup> TF 5A\_329/2009 du 9 septembre 2010, consid. 2.1.

<sup>112</sup> JEANDIN, Parties au procès : Mouvement et (r)évolution, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 11.

<sup>113</sup> ATF 137 III 455, consid. 3.5.

<sup>114</sup> JEANDIN (n. 112), pp. 43 s. et les références citées.

### 3. Représentation conventionnelle en justice

63. L'art. 68 CPC traite de la représentation des parties en justice. Il postule tout d'abord à l'alinéa 1 la faculté, pour chaque titulaire de la capacité d'ester, de se faire représenter à tous les stades du procès, y compris en conciliation<sup>115</sup>, même s'il s'agit en principe d'assistance dans ce dernier cas (art. 204 al. 2 CPC)<sup>116</sup>.
64. Seule la représentation professionnelle est encadrée par le Code, à l'art. 68 al. 2 CPC. En revanche, il résulte de cet alinéa *a contrario* que les parties peuvent se faire librement représenter dans un cadre non professionnel (*nicht berufsmässige Vertretung*, également *gewillkürten Vertreter*)<sup>117</sup>, par ce que l'on peut appeler une *personne de confiance* et ce à tous les stades de la procédure (art. 68 al. 1 CPC)<sup>118</sup>.
65. La notion de *représentation professionnelle* n'a pas encore fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral. Un arrêt zurichois précise qu'un représentant qui indique en en-tête de la demande et à côté de sa signature en bas de la demande et du recours être un consultant juridique/gestionnaire en immobilier (*Rechtskonsulent Immobilienökonom*) ne peut prétendre être un ami du demandeur et agir à titre purement gratuit<sup>119</sup>.
66. TENCHIO<sup>120</sup> résume l'état de la doctrine à ce sujet, dont on peut tenter d'extraire une position commune, à savoir que l'activité, pour être qualifiée de professionnelle, doit contenir les différentes acceptions

---

<sup>115</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 5.

<sup>116</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 7.

<sup>117</sup> BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 1 à 3 ; ZK ZPO-STAHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 3.

<sup>118</sup> Cf. le Message CPC qui indique que « la représentation professionnelle est réservée [...] », FF 2006 6841, N 5.5.2 et le phrasé de l'art. 68 al. 2 CPC : « sont autorisés à représenter les parties *à titre professionnel* » ; pour des développements sur le caractère professionnel ou non de la représentation, cf. BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6 ss ; pour une critique de l'opportunité de ce mode de représentation, cf. BOHNET, Procédure civile suisse : plaider pour un retour vers le futur, *in* : Le temps et le droit : recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Bâle 2008, pp. 1-15, pp. 11 ss.

<sup>119</sup> ZH OGer [02.04.2013] RA 120014, consid. 7.

<sup>120</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6 et les références citées.

suivantes, sans que chacune ne soit absolument indispensable dans chaque cas :

- 1) une répétition de l'activité à des intervalles relativement réguliers ;
  - 2) contre rémunération ;
  - 3) pour des tiers qui ne sont pas que des connaissances ;
  - 4) sans que le représentant n'ait forcément besoin d'assumer des charges d'infrastructure.
67. A côté de ces qualités, on peut ajouter, sur la base de la jurisprudence zurichoise, que le représentant professionnel doit user d'un titre à caractère professionnel.
68. Faute de définition, le Code dresse à l'art. 68 al. 2 CPC, la liste exhaustive des personnes habilitées à représenter les parties en justice à titre professionnel. Le CPC restreint, pour certaines catégories de représentants professionnels, les facultés de représenter, que ce soit relativement au type de procédure (sommaire ou simplifiée uniquement) ou au stade de la procédure (uniquement en conciliation).
69. Précisons toutefois que l'avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice est à même de représenter une partie à tous les stades de la procédure et ce, quel que soit son type (l'art. 68 al. 2 let. a CPC ne contient aucune restriction)<sup>121</sup>. La loi ne mentionne nullement les avocats-stagiaires<sup>122</sup>. Il faut toutefois admettre que ceux-ci sont également habilités à représenter en justice, pour autant que le droit cantonal le prévoit, dans la mesure où cette solution respectueuse de l'autonomie des cantons a été présentée par le rapporteur de la Commission du Conseil national et n'a fait l'objet d'aucun débat dans les deux Chambres<sup>123</sup>.
70. Enfin, les représentants en justice doivent être en mesure de justifier de leurs pouvoirs au moyen d'une *procuratio* (art. 68 al. 3 CPC), étant

---

<sup>121</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 8.

<sup>122</sup> *Idem*, N 9.

<sup>123</sup> BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 951 et les références citées.

précisé qu'une copie est suffisante en l'absence de doute sur la légitimité de la signature<sup>124</sup>. Il en va de même pour les mandataires commerciaux qui ont été spécialement habilités à plaider (art. 462 al. 2 CO)<sup>125</sup>.

### *a. En procédure de conciliation*

71. En sus des avocats (cf. *supra*, N 69) et des personnes de confiance (cf. *supra*, N 64), l'art. 68 al. 2 let. b CPC prévoit que les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés peuvent officier en tant que représentants dans la procédure de conciliation, si le droit cantonal le prévoit. De tels agents ne peuvent intervenir, faute de conciliation, que jusqu'à la délivrance de l'autorisation de procéder, sans pouvoir déposer la demande si celle-ci doit l'être en procédure ordinaire, voire même en procédure simplifiée lorsque la cause est de nature non-patrimoniale<sup>126</sup>. Les conditions d'accès au titre d'agent sont réglées par les normes cantonales<sup>127</sup>, qui peuvent également restreindre le champ opératoire des agents d'affaires ou des agents juridiques brevetés, mais pas l'élargir, en vertu de la primauté du droit fédéral<sup>128</sup>.
72. L'art. 68 al. 2 let. d CPC permet la représentation en justice par des mandataires spécialement qualifiés devant des juridictions spéciales en matière de droit du travail et de droit du bail, si le droit cantonal le prévoit. Il s'agit principalement de membres d'associations de défense des locataires ou des propriétaires ou de syndicat ou d'associations patronales<sup>129</sup>, bien qu'il soit envisageable qu'une personne (physique ou morale) non membre de telles associations puisse agir en tant que mandataire professionnellement qualifié<sup>130</sup>. La doctrine est divisée sur la

---

<sup>124</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 27.

<sup>125</sup> Refuser d'octroyer un délai pour déposer une procuration lorsque les instances précédentes n'ont pas remis en cause les pouvoirs est excessivement formaliste : TF 4D\_2/2013 du 1<sup>er</sup> mai 2013, consid. 2, *in* : RSPC 2013 293.

<sup>126</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

<sup>127</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 18.

<sup>128</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 11.

<sup>129</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 22 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13.

<sup>130</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 24.

portée que l'on doit donner à la présence, dans la *litera d*, de la représentation *devant une juridiction spéciale*. TENCHIO, se fondant sur la *ratio legis*, estime que ce qui est déterminant est de savoir si le droit cantonal veut permettre une telle représentation. Dans l'affirmative, les mandataires professionnellement qualifiés doivent pouvoir représenter les parties, fusse devant la juridiction ordinaire. La solution prônée par la lettre de la loi ne serait en effet aucunement justifiée par un besoin concret et conduit par ailleurs à une ingérence du droit fédéral dans l'organisation judiciaire<sup>131</sup>.

73. L'interprétation littérale, qui prévaut selon un autre courant<sup>132</sup>, est cependant confirmée par l'interprétation historique de la disposition, puisqu'à la lecture des travaux parlementaires, l'on remarque que c'est le Conseil national qui a introduit, à l'actuel art. 68 al. 2 let. d CPC, la possibilité pour les mandataires spécialement qualifiés de représenter en justice. Le rapporteur de la Commission motivait cet ajout en ces termes : « A la lettre d, dans la logique de la possibilité pour les cantons d'avoir des tribunaux paritaires et d'avoir des juges qui sont issus des partenaires sociaux, il s'agit de conserver également la faculté, pour des mandataires professionnellement qualifiés issus des partenaires sociaux, de pouvoir représenter les parties dans ces causes-là, par respect de la nature et de l'identité de ce type de juridiction paritaire »<sup>133</sup>. Dès lors, force est de constater que les mandataires spécialement qualifiés ne peuvent représenter en justice que devant des autorités composées paritairement.
74. Cela étant, il y a lieu de considérer que les mandataires spécialement qualifiés sont autorisés à assister les parties en procédure de conciliation, même lorsque l'autorité n'est pas composée paritairement, en vertu de l'art. 204 al. 2 CPC. Ils sont en effet selon nous englobés

---

<sup>131</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13 ; de cet avis également, CPC Comm-TREZZINI, art. 68 pp. 248 s.

<sup>132</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; de la même conception, sans pour autant détailler, HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm-ZPO, art. 68 N 9.

<sup>133</sup> BO 2008 CN 649.

dans la notion de « conseil juridique », qui renvoie aux let. a, b et d de l'art. 68 al. 2 CPC<sup>134</sup>.

### ***b. En procédure sommaire***

75. En sus des avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69) et des personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64), les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés (art. 68 al. 2 let. b CPC, *supra* N 71), les mandataires spécialement qualifiés (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) et les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP, dans le cadre des procédures énumérées à l'art. 251 CPC (art. 68 al. 2 let. c CPC)<sup>135</sup> sont autorisés à représenter les parties dans les procédures sommaires.
76. S'agissant des représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP, le Tribunal fédéral a précisé que les cantons sont toujours compétents pour déterminer qui peut l'exercer (par exemple seuls les agents d'affaires, ou les avocats des assurances de protection juridique, à l'exception des sociétés de recouvrement) et donc pour définir le cercle des personnes autorisées à représenter en procédure sommaire<sup>136</sup>. Toutefois, si les cantons ne font pas usage de leur compétence, la représentation professionnelle dans les affaires de LP peut être exercée sans restriction<sup>137</sup>.
77. Par ailleurs, le droit cantonal peut restreindre l'étendue de la capacité de postuler des agents d'affaires, des agents juridiques brevetés et des mandataires spécialement qualifiés, par exemple à un seul type de procédure ou à un seul stade du procès. Il serait ainsi envisageable que la législation cantonale ne permette que la représentation dans les

---

<sup>134</sup> CPC-BOHNET, art. 204 N 8 et les références citées.

<sup>135</sup> Pour des précisions sur la notion de représentant professionnel au sens de l'art. 27 LP, cf. BOHNET/MARTENET (n. 123), N 962 ss ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 12 ss.

<sup>136</sup> ATF 138 III 396, consid. 3.

<sup>137</sup> A Neuchâtel, voir la LILP, art. 4 al. 5. Une motion a été déposée et acceptée demandant de supprimer la compétence législative cantonale résiduelle (n° 10.3780).

procédures simplifiées en matière patrimoniale, ou inversement, qu'en procédure sommaire<sup>138</sup>.

78. Enfin, la doctrine semble être partagée s'agissant de la capacité de représenter des agents d'affaires et des agents juridiques brevetés dans le cadre des procédures relevant du droit de la famille conduites en procédure sommaire. TENCHIO exclut en effet toute représentation dans le domaine du droit de la famille<sup>139</sup>, alors qu'un autre courant remarque que les agents pourraient représenter les parties dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale<sup>140</sup>.

### *c. En procédure simplifiée*

79. En procédure simplifiée, les avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69), les personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64), les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés (art. 68 al. 2 let. b CPC, *supra* N 71) et les mandataires spécialement qualifiés (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) sont habilités à représenter les parties, pour autant que le droit cantonal le prévoie pour les deux dernières catégories (*supra*, N 71 s et 77).
80. Au demeurant, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés ne peuvent représenter en procédure simplifiée qu'en présence d'affaires patrimoniales<sup>141</sup>.

### *d. En procédure ordinaire*

81. En procédure ordinaires, seuls les avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69), les personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64) et les mandataires spécialement qualifiés devant les tribunaux spéciaux en matière de bail et de travail (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) sont

---

<sup>138</sup> Comp. BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 11 et CPC Comm-TREZZINI, art. 68 pp. 248 s.

<sup>139</sup> BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

<sup>140</sup> CPC-BOHNET, art. 68 N 17.

<sup>141</sup> Pour des précisions, cf. CPC-JEANDIN, art. 308 N 12 ss.

habilités à représenter les parties, pour autant que le droit cantonal le prévoit pour la dernière catégorie (*supra*, N 72 et 77).

#### 4. Représentants commerciaux

82. Le statut procédural des représentants commerciaux d'une personne morale n'est pas aisé à déterminer. Ils ne sont en effet pas des organes de la société, mais, comme leur nom l'indique, ses représentants. Aussi, à strictement parler, les art. 54 et 55 CC ne les concernent pas<sup>142</sup>. Leur légitimité procédurale repose dès lors sur les règles relatives à la représentation des parties en procédure, inscrites à l'art. 68 CPC. Se pose alors la question de savoir à quelle catégorie visée par cet article on peut rattacher de tels représentants.
83. Sur la base des conditions développées *supra* (N 65 ss), on doit constater que les représentants commerciaux n'entrent pas dans la catégorie de représentants professionnels au sens de l'art 68 al. 2 CPC, dans la mesure notamment où ils ne traitent pas de dossiers pour des tiers, mais uniquement pour leur entreprise. Seule est dès lors envisageable la représentation en justice fondée sur l'art. 68 al. 1 CPC.
84. Cependant, et toujours en se rapportant aux considérations émises *supra* (N 64), on constate que la notion de représentant commercial ne peut pas non plus entrer dans celle de personne de confiance agissant *à titre-non professionnel*, dès lors qu'il paraît peu probable qu'un tel représentant assume cette fonction de manière philanthropique. La conséquence peut être lourde, certains auteurs, que nous rejoignons, considérant qu'une représentation professionnelle en justice qui ne se fait pas sous l'une des formes comprises à l'al. 2 de l'art. 68 CPC entraîne l'invalidité des actes effectués par le représentant, faute de capacité de postuler<sup>143</sup>. C'est d'ailleurs la solution retenue par l'*Obergericht* zurichois dans la situation présentée ci-dessus<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 33.

<sup>143</sup> Kuko ZPO-DOMEJ, art. 68 N 10 *in fine* ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6a.

<sup>144</sup> ZH OGer [02.04.2013] RA 120014.

85. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur cette problématique de légitimité procédurale des fondés de procuration et des mandataires commerciaux ayant reçu un pouvoir spécial, se contentant de retenir qu'ils étaient habilités à effectuer tous les actes juridiques qui étaient dans l'intérêt de l'entreprise, au nombre desquels se trouve la représentation en justice<sup>145</sup>.
86. La doctrine n'est pas fermement arrêtée. Selon OTTOMANN, il convient de déterminer si le *fondé de procuration* dispose de la qualité d'organe de fait, auquel cas il représenterait la société en qualité d'organe. Dans le cas contraire, il faudrait le qualifier de représentant conventionnel. Il serait dans ce cas soumis aux conditions procédurales (alors cantonales) de représentation en justice<sup>146</sup>. Rejetant cette théorie, EGGER estime quant à lui que le pouvoir de représenter la société en procédure relève de l'art. 459 CO, et donc du droit matériel, tout comme l'art. 718a CO serait la disposition légitimant les administrateurs à représenter la société en justice<sup>147</sup>. S'agissant des *mandataires commerciaux*, EGGER expose que, s'ils sont au bénéfice d'une procuration spéciale pour plaider au sens de l'art. 462 al. 2 CO, leur pouvoir de représentation en procédure est de nature contractuelle (*Rechtsgeschäftlicher Vertreter*; formalisé par une procuration)<sup>148</sup>.
87. L'approche d'OTTOMANN est convaincante. Il est nécessaire de bien dissocier l'existence et l'étendue des pouvoirs des représentants découlant du droit matériel de l'autorisation accordée par le droit procédural de représenter autrui devant les tribunaux dans le cadre d'une procédure. La *capacité de postuler* (ou capacité de revendiquer; *Postulationsfähigkeit*) est ainsi une notion procédurale qui détermine qui peut accomplir en justice les formalités du procès, que ce soit en son nom propre ou au nom d'autrui. Lorsque lesdits actes sont accomplis par une personne en son nom propre, la capacité de postuler se

---

<sup>145</sup> TF 4D\_2/2013 du 1<sup>er</sup> mai 2013, consid. 2, *in*: RSPC 2013 293 avec note de BOHNET.

<sup>146</sup> OTTOMANN (n. 69), p. 65 s.

<sup>147</sup> EGGER (n. 64), N 173 à 175.

<sup>148</sup> EGGER (n. 64), N 178, qui, sans autre explication, reprend à son compte l'approche d'OTTOMANN (n. 69), p. 67 et n. 19.

confond en principe avec la capacité d'ester. Lorsque l'on est en présence d'une représentation pour autrui, il faut certes que le représentant bénéficie de pouvoirs spéciaux, contenus dans une procuration, mais également que la loi de procédure lui ouvre la salle d'audience<sup>149</sup>.

88. C'est précisément ce que fait l'art. 68 CPC, qui détermine de manière exhaustive le cercle des personnes habilitées à représenter autrui en procédure. Ces deux composantes, soit l'existence de pouvoirs découlant du droit matériel (par exemple art. 396 ou 459 CO) et le droit d'accès à la représentation en justice (art. 68 CPC), sont les deux faces d'une même pièce et doivent ainsi être obligatoirement réunies pour que la capacité de postuler d'un représentant soit admise.
89. L'art. 396 aCO, modifié ensuite de l'entrée en vigueur du CPC et relatif à l'étendue du mandat, prévoyait d'ailleurs expressément, outre la nécessité de pouvoir spéciaux pour intenter un procès notamment, que « *les règles de la procédure fédérale et cantonale sont réservées* ». Aussi, force est de constater que ce n'est pas le CO, mais bien le CPC, qui permet l'accès aux tribunaux aux représentants de parties, qui doivent par ailleurs et au préalable disposer de pouvoirs découlant du droit matériel.
90. Admettre que le droit matériel aurait également pour effet de permettre la représentation en justice reviendrait en définitive à autoriser n'importe quel représentant détenant des pouvoirs sur la base des art. 32 ss CO à exercer la représentation en justice – à titre professionnel, les représentants non professionnels agissant justement selon ces pouvoirs – qu'il soit avocat, titulaire d'un titre universitaire en droit ou sans connaissance juridique particulière. Entériner une telle solution reviendrait alors à enterrer, *de facto*, le monopole de représentation des avocats, ce qui n'est assurément pas envisagé, à tout le moins par le biais des art. 459 et 462 CO. Si l'on suivait cette approche, l'*Obergericht* zurichois n'aurait d'ailleurs pas pu nier la capacité de revendiquer du consultant juridique, dans la mesure où il n'était pas contesté qu'il disposait bien de pouvoirs de représentation en vertu du droit matériel.

---

<sup>149</sup> BK-ZINGG, art. 59 N 62.

91. Le parallèle effectué par EGGER avec les administrateurs pour fonder la légitimité de la représentation en justice des représentants commerciaux ne convainc pas pour une autre raison : dans la mesure où les administrateurs, à défaut des représentants commerciaux, incarnent la société ils n'exercent ainsi aucune fonction de représentation (art. 55 CC). Au demeurant, on ne comprend pas quelle serait la raison qui pourrait justifier la différence de régime entre les fondés de procuration et les mandataires commerciaux disposant de pouvoirs spéciaux les autorisant à plaider ; en effet, l'inscription des premiers au registre du commerce n'est en soi pas un argument déterminant, puisque l'art. 68 al. 3 CPC prévoit justement que le représentant doit justifier de ses pouvoirs au moyen d'une procuration.
92. Aussi, force est de constater que, sans une modification législative, les fondés de procuration et les mandataires commerciaux ne disposent pas de la capacité de revendiquer lorsque la représentation professionnelle n'est pas libre. Ils peuvent cependant tout à fait être la personne chargée de la gestion d'une procédure au sein de leur entreprise et, à ce titre, contracter un mandat avec un avocat qui représentera le commerce en justice.

#### IV. Notifications

93. Le CPC n'indique pas expressément à quel lieu doivent intervenir les notifications du tribunal (art. 136 ss CPC). Tout comme le prévoit expressément l'art. 39 al. 1 LTF et l'art. 87 al. 1 CPP<sup>150</sup>, elles seront en principe adressées au domicile ou au siège<sup>151</sup> de la personne concernée au sens de l'article 10 CPC<sup>152</sup>.
94. Lorsque le procès porte sur l'activité commerciale ou professionnelle d'un établissement (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou d'une

---

<sup>150</sup> ATF 139 IV 228, consid. 1.1.

<sup>151</sup> Dans ce sens, GASSER/RICKLI, art. 138 N 5 ; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 138 N 5 ; DIKE ZPO-HUBER, art. 138 N 41.

<sup>152</sup> Pour les développements qui suivent : BOHNET/BRÜGGER, La notification en procédure civile suisse, RDS 2010 I 307 et les réf.

succursale (*Zweigniederlassung*), les notifications peuvent selon nous être faites au lieu de l'établissement.

95. Pour la personne morale, et dans le silence du Code, la notification sera en principe adressée à une *personne ayant qualité pour représenter* individuellement ou collectivement la personne morale<sup>153</sup>. S'agissant de l'adresse du siège et de la qualité pour représenter la société, les inscriptions au registre du commerce feront foi selon l'article 933 CO<sup>154</sup>.
96. En pratique, l'envoi est adressé au siège de la personne morale ou au lieu de l'entreprise et est *réceptionné par un employé*, ce qui est admis par l'article 138 al. 2 CPC<sup>155</sup>. Il est en outre envisageable que la notification soit faite à l'adresse privée des représentants légaux<sup>156</sup>. Lorsque la personne morale est en faillite, les procès civils sont automatiquement suspendus (art. 207 LP). Par la suite, les notifications à faire à la personne morale en liquidation sont faites au préposé de l'office ou à l'administrateur de la masse en faillite<sup>157</sup>.
97. Si la personne concernée indique une autre adresse au tribunal, c'est à cette adresse que les actes lui seront notifiés, indépendamment de son domicile légal<sup>158</sup>. Comme le retient le Tribunal fédéral, le destinataire ayant le droit d'indiquer une autre adresse (en Suisse) de notification que son domicile ou sa résidence habituelle, il a le droit, sauf complication particulière, de recevoir les notifications à l'adresse communiquée<sup>159</sup>. Lorsque plusieurs adresses sont indiquées, le tribunal

---

<sup>153</sup> TF 5A\_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. Comp. art. 20 CPC/VD, art. 89 CPC/NE et art. 19 LPC/GE.

<sup>154</sup> Comp. CJ GE SJ 1946 520 ; il s'agit de faits notoires : TF 4A\_261/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013, consid. 4.3, *in* : RSPC 2014 34.

<sup>155</sup> TF 5A\_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. GASSER/RICKLI, art. 138 N 4.

<sup>156</sup> TF 5A\_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. TF 5A\_167/2013 du 29 août 2013, consid. 3.2.1. Comp. CJ GE, SJ 1995 575. En matière de poursuites, voir ATF 125 III 384, JdT 1999 II 148.

<sup>157</sup> Comp. CR LP-JEANNERET/LEMBO, art. 65 N 9.

<sup>158</sup> ATF 139 IV 228, consid. 1.1, et les réf. à divers arrêts non publiés. Comp. TF 5P.24/2007 du 19 mars 2007, RSPC 2007 265 ; TF 7B.164/2005 du 28 septembre 2005, RSPC 2006 156 ; ATF 101 Ia 332.

<sup>159</sup> ATF 139 IV 228, consid. 1.2.

pourra choisir l'une de ces adresses, et notifier tous les actes à la même adresse<sup>160</sup>.

98. En cas d'absence d'un représentant ou d'un employé (art. 138 al. 1 CPC) et de remise d'un avis de retrait, l'acte est *réputé notifié* à l'échéance d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise. Cela suppose cependant que le destinataire *ait dû s'attendre* à recevoir la notification (art. 138 al. 1 *in fine* CPC). Tel n'est pas le cas, pour la mainlevée ou la faillite, de la simple notification d'une poursuite<sup>161</sup>. Ce n'est pas non plus le cas en présence de menace d'un procès. A notre avis, une fois la conciliation tentée sans succès (art. 209 CPC), le défendeur doit s'attendre à la notification de la demande dans le délai légal. Le Tribunal fédéral ne protège pas les cas d'abus de droit du débiteur, lorsqu'il peut être démontré qu'il avait connaissance de l'envoi (par courrier simple envoyé parallèlement, email, ou conversation au téléphone avec le créancier)<sup>162</sup>.
99. S'il n'est pas possible d'atteindre le destinataire par la voie du pli recommandé, le tribunal doit opter pour une *autre voie de notification avec accusé de réception*. Faute d'huissier ou d'employé du greffe auquel cette tâche aurait été dévolue, il s'agira souvent de notifications par la police<sup>163</sup>.

## V. Présence aux audiences

100. Les diverses procédures organisées par le CPC comprennent, parfois de manière obligatoire, parfois de manière facultative, des audiences devant le tribunal. Se pose dès lors la question de la présence personnelle d'une personne morale ou d'une entreprise en audience.

---

<sup>160</sup> ATF 101 Ia 332.

<sup>161</sup> ATF 138 III 225, consid. 3.1, et les réf. ; TF 5A\_167/2013 du 29 août 2013, consid. 3.2.2 ; TF 5D\_130/2011 du 22 septembre 2011, consid. 2.

<sup>162</sup> TF 5A\_172/2009 du 26 janvier 2010, consid. 5, auquel renvoie l'ATF 138 III 225, consid. 3.1

<sup>163</sup> BK ZPO-FREI, art. 138 N 5 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 138 N 1.

### ***A. Devant l'autorité de conciliation***

101. Une audience intervient nécessairement en procédure de conciliation (art. 203 CPC). Si le demandeur y fait défaut, la requête est réputée retirée (art. 206 al. 1 CPC), alors que la conciliation est réputée avoir échoué en cas d'absence du défendeur (art. 206 al. 2 CPC). La présence personnelle des parties est exigée (art. 204 al. 1 CPC), à moins d'un domicile hors canton ou à l'étranger ou d'empêchement pour cause de maladie, d'âge ou d'un autre juste motif (art. 204 al. 3 CPC).
102. Si une autorisation de procéder est délivrée alors que le demandeur n'a pas comparu personnellement, la demande doit être déclarée irrecevable, faute de réunir une *condition de recevabilité*<sup>164</sup>. La conséquence du défaut étant grave pour le demandeur<sup>165</sup>, il convient d'être attentif à la présence correcte d'une personne morale en conciliation.
103. Le Tribunal fédéral retient que l'exigence d'une présence personnelle en audience vaut également pour la personne morale<sup>166</sup>. Elle doit permettre un échange personnel entre les parties avant le dépôt de la demande en justice<sup>167</sup>. Pour que la tentative de conciliation puisse atteindre son but, il faut que les personnes *ayant la possibilité de disposer de l'objet du litige* soient présentes<sup>168</sup>.
104. Dès lors, il convient que la personne morale compareaisse par un organe, qui exprime sa volonté (*supra* N 34 ss)<sup>169</sup> ou à tout le moins selon le Tribunal fédéral, par une *personne munie d'une procuration commerciale*, autorisée à conduire le procès et connaissant la cause<sup>170</sup>. Le

---

<sup>164</sup> ATF 140 III 27, consid. 5 ; 139 III 273, consid. 2.3 ; ATF 140 III 155, consid. 3. Il n'y a pas de recours contre l'autorisation de procéder délivrée à tort.

<sup>165</sup> Pour un exemple récent, voir ATF 140 III 155.

<sup>166</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3.

<sup>167</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3.

<sup>168</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3 : « Art. 204 Abs. 1 ZPO zielt in diesem Sinne - wie das Schlichtungsverfahren überhaupt - darauf ab, diejenigen Personen zu einer Aussprache zusammenzubringen, die sich miteinander im Streit befinden und die über den Streitgegenstand auch selber verfügen können ».

<sup>169</sup> ATF 112 II 172, consid. II/2c, JdT 1986 I 574.

<sup>170</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3.

pouvoir de transiger est essentiel<sup>171</sup>. Cela signifie à notre sens que la personne munie de pouvoirs ne doit pas avoir à se référer à un tiers pour se prononcer sur une offre. Si elle doit s'en référer, elle ne dispose pas de pouvoirs suffisants pour exprimer la volonté de la personne morale.

105. Il peut donc s'agir, selon le Tribunal fédéral, d'un *fondé de procuration* inscrit au registre du commerce (art. 458 CO), mais aussi d'un *mandataire commercial* muni d'une procuration (art. 462 CO)<sup>172</sup>, auquel toutes les affaires de l'entreprise, ou certaines opérations déterminées ont été confiées. Il a besoin d'un pouvoir spécial pour représenter l'entreprise en justice (art. 462 CO)<sup>173</sup>. Les pouvoirs peuvent aussi ne concerner qu'un établissement secondaire, par exemple une succursale<sup>174</sup>. Si l'on suit cette approche, cela signifie que la comparution en personne n'est pas nécessairement une comparution par un organe, ce qui peut paraître surprenant, et qui s'explique sans doute par un besoin de souplesse. Le législateur l'a prévu pour le droit du bail et du travail. Cet élargissement prétorien pour toute personne morale est discutable et ne semble pas avoir été murement réfléchi.
106. En cas de *pouvoirs de représentation à deux*, soit la procuration est élargie pour l'occasion (par des personnes disposant du pouvoir de représenter<sup>175</sup>), soit deux représentants sont présents, soit l'intéressé est

---

<sup>171</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.4 : « Diese Bestimmung verlangt jedenfalls, dass die für eine juristische Person als Partei an der Schlichtungsverhandlung anwesende Vertreterin vorbehaltlos und gültig handeln kann. So muss sie insbesondere zum Vergleichsabschluss ermächtigt sein » ; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 204 N 2 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2013, § 20 N19 ; DIKE ZPO-EGLI, art. 204 N 5 ; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT, art. 204 N 3 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 204 N 2.

<sup>172</sup> TF 4D\_2/2013, du 1<sup>er</sup> mai 2013, RSPC 2013 293. BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 2, 21.

<sup>173</sup> TF 4D\_2/2013, du 1<sup>er</sup> mai 2013, RSPC 2013 293 : « est excessivement formaliste et ne respecte pas le principe de la bonne foi le fait de refuser l'octroi d'un délai pour le dépôt de la procuration lorsque les instances précédentes n'ont pas remis en cause les pouvoirs ».

<sup>174</sup> TF 4P.183/2004 du 2 février 2004, consid. 2.3.

<sup>175</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 204 N 2.

accompagné d'un avocat disposant d'un pouvoir de représentation et de la faculté de négocier<sup>176</sup>.

107. Un *avocat* auquel la cause est confiée ne peut pas jouer ce rôle<sup>177</sup>. Celui-ci ne peut qu'assister la partie, et la représenter dans les cas prévus à l'alinéa 3. Il faut cependant réserver le cas dans lequel le titulaire du brevet d'avocat est employé de la personne morale et agit comme organe<sup>178</sup>.
108. Qu'en est-il pour une *raison individuelle* pour laquelle un fondé de pouvoir (art. 458 CO) est inscrit au registre du commerce, ou qui emploie un mandataire commercial (art. 462 CO)? A priori, et en suivant la position du Tribunal fédéral, les mêmes conditions que pour la personne morale<sup>179</sup> doivent être posées : si l'intéressé est autorisé à conduire le procès, connaît la cause et dispose du pouvoir de transiger (*supra*, N 104), la condition de la comparution personnelle de l'entreprise est remplie.

### ***B. Devant le Tribunal***

109. La présence personnelle des parties aux audiences devant le tribunal n'est en principe pas exigée (art. 68 al. 4 CPC, *a contrario* ; sauf en matière de divorce, art. 278 CPC). Le juge peut cependant en décider autrement et ordonner la comparution de personnes représentées (art. 68 al. 4 CPC). Ce sera parfois le cas s'il veut tenter une conciliation (art. 124 al. 3 CPC) et, par définition, s'il veut procéder à l'audition de la partie (art. 191 s. CPC ; cf. *infra* N 120 ss).
110. Si la présence personnelle d'une partie est exigée, son absence injustifiée signifie en principe le défaut<sup>180</sup>. Il a pour effet que la procédure se poursuit malgré son absence (art. 147 al. 2 CPC). Les conséquences du défaut à l'audience de débats principaux sont réglées à

---

<sup>176</sup> Comp. ATF 140 III 27, consid. 4.4.

<sup>177</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3.

<sup>178</sup> ATF 130 II 82, consid. 4.3.2 ; TF 4D\_2/2013, du 1<sup>er</sup> mai 2013, RSPC 2013 293.

<sup>179</sup> ATF 140 III 27, consid. 4.3-4.4.

<sup>180</sup> TAPPY, Les décisions par défaut, *in* : Procédure civile suisse, les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, p. 430.

l'art. 243 CPC : si une partie est absente, le tribunal statue sur la base des actes qui ont été accomplis et il se fonde au surplus, sous réserve de l'art. 153 CPC, sur les actes de la partie comparante et sur le dossier. En cas de défaut des deux parties, la procédure devient sans objet et est rayée du rôle. Les frais judiciaires sont répartis également entre les parties. A notre avis, ces conséquences ne sont pas envisageables si une partie non présente personnellement est représentée à l'audience, même si la partie y a été rendue attentive à l'avance (art. 147 al. 3 CPC)<sup>181</sup>. Manifestement, la procédure peut suivre son cours avec le représentant. Si une partie rend son audition impossible, malgré une nouvelle audience citée pour son audition, elle en subit en revanche les conséquences au stade de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC). De plus les frais entraînés par l'absence d'une partie peuvent être mis à sa charge (art. 108 CPC).

111. Le Tribunal fédéral a dernièrement retenu que le droit d'être entendu ne garantissait pas à une société le droit de pouvoir se faire représenter par un seul administrateur qui suit de près le dossier pour l'ensemble du conseil et du comité d'audit, à tout le moins lorsque l'audience en question en est une de débats principaux, où aucune mesure probatoire n'est prévue et où la comparution personnelle n'est pas exigée<sup>182</sup>.

## VI. Assistance judiciaire

112. Aux termes de l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b). Le Message CPC laisse ouverte la question de l'octroi de l'assistance judiciaire aux *personnes morales*, renvoyant à cet égard à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sur ce thème en vertu des dispositions constitutionnelles (art. 29 al. 3 Cst. ; art. 4 aCst.). Il relève qu'il convient

---

<sup>181</sup> Faute d'une telle information, le défaut demeure sans conséquences, ATF 138 III 568, consid. 3.1.

<sup>182</sup> TF 4A\_617/2013 du 30 juin 2014, consid. 3.

de « réserver à la pratique la possibilité de trouver les solutions qui conviennent aux cas particuliers »<sup>183</sup>.

113. Le Tribunal fédéral exclut en principe l'octroi de l'assistance judiciaire aux personnes morales : seule une personne physique peut se trouver dans une situation d'indigence, alors qu'une personne morale peut tout au plus se trouver dans une situation de surendettement qui l'expose le cas échéant à une déclaration de faillite<sup>184</sup>.
114. La seule exception admise à ce jour est le cas d'une société dont le seul actif fait l'objet du procès, à la condition que tous les intéressés soient sans moyens financiers. Par « intéressé », on comprend toute personne dont les intérêts financiers sont en jeu, donc les organes et actionnaires, mais aussi les créanciers, etc.<sup>185</sup>.
115. Les conditions posées par la jurisprudence seront rarement réunies. Si une personne morale est partie demanderesse et qu'elle a des problèmes de liquidité, son droit d'accès aux tribunaux devrait être garanti par l'octroi de facilités dans le paiement de l'avance de frais, sous forme d'*acomptes mensuels*<sup>186</sup>.
116. Les *sociétés de personnes* (sociétés en nom collectif ou en commandite) ont en revanche droit à l'assistance judiciaire en cas d'indigence de la société et de ses associés indéfiniment responsables. Cela s'explique par le fait que le patrimoine social est en réalité celui des associés, puisqu'ils répondent des dettes de la société personnellement et sur tous leurs biens (art. 568 al. 1 et 594 al. 1 CO)<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> FF 2006 6912.

<sup>184</sup> ATF 131 II 306, consid. 5 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

<sup>185</sup> ATF 131 II 306, consid. 5.2.2 ; 124 I 241, consid. 4d ; 119 Ia 337, SJ 1994 221 ; ATF 116 II 651, JT 1991 I 381 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

<sup>186</sup> Comp. arrêt de principe Corbellini, ATF 85 I 1 ; TF 5P.441/2005 du 9 février 2006, consid. 1.2, 9C\_815/2007 du 20 février 2008, consid. 3.3 et 8C\_375/2009 du 3 juin 2009, consid. 3.1, qui relèvent qu'une partie n'est pas indigente si elle peut s'acquitter de sûretés ou d'une avance de frais par acomptes.

<sup>187</sup> ATF 124 I 241, consid. 4d, JdT 2000 I 130 ; 116 II 652, JdT 1991 I 381 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

## VII. Preuves

117. Le CPC contient en son titre 10 les dispositions relatives aux preuves. L'art. 168 CPC énumère les moyens de preuve admissibles, parmi lesquels on retrouve notamment le témoignage (art. 169 à 176 CPC), les titres (art. 177 à 180 CPC), l'interrogatoire et la déposition des parties (art. 191 à 193 CPC).
118. Le Code contient également des dispositions générales en matière de preuves, relatives notamment à la sauvegarde des d'intérêts dignes de protection (art. 156 CPC), au régime auquel sont soumis les organes d'une personne morale (art. 159 CPC), à l'obligation de déposer conformément à la vérité (art. 160 al. 1 let. a CPC), à l'obligation de déposer les pièces requises (art. 160 al. 1 let. b CPC) ou encore au droit de refuser de collaborer des parties (art. 162 ss CPC) ou des tiers (art. 165 ss CPC).
119. C'est à l'aune des ces différentes dispositions que sera examinée la place de la personne morale dans la procédure probatoire et son obligation de participer à son administration.

### *A. Interrogatoire de la personne morale*

120. L'art. 191 CPC dispose que le tribunal peut entendre l'une, l'autre ou les deux parties sur les faits de la cause et que, dans un tel cas, celles-ci sont exhortées à répondre conformément à la vérité. En cas de mensonge délibéré, des amendes disciplinaires de maximum CHF 2'000.- et de CHF 5'000.- en cas de récidive peuvent être prononcées. Les interrogatoires des parties, bien qu'ils figurent parmi les moyens de preuve du Code, n'auront « en raison de leur auteur, qu'une faible force probante »<sup>188</sup>.
121. A côté de l'interrogatoire des parties, le Code prévoit également (art. 192 CPC) que celles-ci peuvent, d'office, être contraintes de faire une déposition, sous la menace des sanctions pénales (art. 306 CP).

---

<sup>188</sup> Message CPC, FF 2006 6841, N 5.10.3, p. 6934.

## 1. Qualité de partie

122. Lorsqu'une *personne morale* est partie à un procès, ses organes sont traités comme une partie dans la procédure probatoire (art. 159 CPC)<sup>189</sup>. La notion d'organe de l'art. 159 CPC doit ici aussi être comprise dans son acception étroite, à savoir qu'il ne s'agit que des organes exécutifs, à l'exception des organes « législatifs » et de contrôle (*supra*, N 35)<sup>190</sup>.
123. Selon le message, tant les organes formels que les organes de faits doivent être traités en tant que partie, ceci afin de respecter l'unité de l'ordre juridique<sup>191</sup>. Bien que le texte soit clair, certains auteurs<sup>192</sup>, que nous ne suivons pas, remettent en question cette assimilation, arguant qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer si l'on est en présence d'un organe de fait. Ils proposent de ne traiter en tant que tel que les personnes physiques qui revêtent sans aucun doute cette qualité. En l'absence de certitude, elles devraient alors être qualifiées de témoin, le juge pouvant ensuite faire usage de sa liberté d'appréciation (art. 157 CPC) pour tenir compte de la proximité existant entre le témoin et la personne morale afin de considérer les éventuels risques de partialité du témoignage<sup>193</sup>. Le même traitement doit, selon ces mêmes auteurs, être réservé aux personnes physiques ayant manifesté leur position d'organe auprès de tiers qui s'y sont fiés<sup>194</sup>. Ce traitement en tant que partie est toutefois relativisé par BRACHER, selon lequel l'organe d'une société qui a eu connaissance de certains faits en dehors de cette qualité (dans le cadre d'affaires personnelles ou d'une autre activité professionnelle) ne

---

<sup>189</sup> Comp. CPC-SCHWEIZER, art. 159 N 15 ss et BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 3 pour une casuistique.

<sup>190</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 3 à 6.

<sup>191</sup> Message CPC, FF 2006 6841, N 5.10.1, p. 6925.

<sup>192</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 7 et 8, repris par BSK ZPO-GUYAN, art. 159 N 2.

<sup>193</sup> Pour un exemple d'appréciation des preuves en présence d'un témoin éventuellement partial : TF 4A\_181/2012 du 10 septembre 2012, consid. 3, *in* : RSPC 2013 25.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

doit alors pas être considéré, en relation avec ces éléments, comme une partie<sup>195</sup>.

124. Les *sociétés en nom collectif et en commandite* font partie du cercle des personnes morales visées par l'art. 159 CPC, bien qu'elles ne disposent pas de la personnalité juridique<sup>196</sup>.
125. Selon le texte légal, tant l'interrogatoire que la déposition des parties peuvent être ordonnés par le juge. Celui-ci peut toutefois y avoir été invité par les parties<sup>197</sup>.

## 2. Refus de collaborer

126. Le Code prévoit à son art. 163 al. 1 let. a CPC un droit de refus de collaborer à la procédure probatoire des parties lorsque cela aurait pour conséquence d'exposer leurs proches (au sens de l'art. 165 CPC<sup>198</sup>) à une poursuite pénale ou d'engager leur responsabilité civile.
127. Cette disposition (art. 165 CPC) ne s'applique toutefois pas aux personnes morales, mais uniquement aux personnes physiques, dans la mesure où une société n'a pas de « *proches* ». De même, l'organe n'est pas en soi une partie mais est uniquement traité en tant que tel dans le cadre de la procédure probatoire sans être au surplus dans la même position que s'il était lui-même partie<sup>199</sup>. BRACHER estime qu'il doit en aller de même en présence d'une société unipersonnelle<sup>200</sup>.

---

<sup>195</sup> BRACHER, *Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei des Beweiserhebung im Zivilprozess*, Bâle 2011, N 90.

<sup>196</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 2 ; voir également BRACHER (n. 195), N 91.

<sup>197</sup> Comp. RSPC 2005 25 ; d'autant plus désormais puisque la loi de procédure applicable à l'état de fait de cet arrêt ne rangeait pas l'interrogatoire des parties dans la catégorie des moyens de preuve.

<sup>198</sup> CPC-JEANDIN, art. 163 N 9.

<sup>199</sup> BRACHER (n. 195), N 347 ; HOPE, *Aktienrechtliches Einsichtrecht und Prozessuale Mitwirkungspflichten-Mitwirkungsverweigerungsrecht und Berufs- und Geschäftsgeheimnisse*, in : *L'expert comptable suisse*, 2012, pp. 675 ss, p. 676.

<sup>200</sup> BRACHER (n. 195), N 347, qui semble toutefois réserver les cas dans lesquels une levée du voile social doit être opérée, sans toutefois s'en expliquer d'avantage. Il est suivi en cela par RÜETSCHI, BK ZPO, art. 165 N 6 *in fine*.

128. La société en elle-même ne peut pas non plus être un proche et ne pourra ainsi jamais opposer un droit de refus de témoigner dans le cadre du procès d'une société mère, fille, sœur ou d'un de ses sociétaires<sup>201</sup>.
129. On précise qu'une jurisprudence lucernoise admet que le témoignage d'un organe de fait peut être converti en déposition de partie, dans le cadre de la procédure de recours, dans la mesure où la personne interrogée a été rendue attentive, dans sa position de témoin, aux sanctions d'un faux témoignage, qui sont par ailleurs plus sévères qu'en cas de fausse déposition<sup>202</sup>. On peut dès lors se demander quelle est la réelle différence existant entre les deux régimes, dans la mesure où il semble apparemment possible de passer de l'un à l'autre. On constate toutefois qu'une telle conversion ne devrait pas être possible si la preuve récoltée l'a été au titre d'interrogatoire d'une partie alors que la personne interrogée ne revêtait en réalité pas cette qualité et qu'elle aurait dû être entendue en qualité de témoin.

### ***B. Témoignage***

130. L'art. 169 CPC prévoit que toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner des faits dont elle a une *perception directe*<sup>203</sup>. Le faux témoignage est passible de sanctions pénales (art. 171 al. 1 CPC ; art. 307 CP).

#### **1. Qualité de témoin**

131. Il s'agit de procéder par élimination afin de déterminer le cercle des personnes pouvant revêtir la qualité de témoin, où en principe toutes les personnes qui ont la qualité de partie (principale ou accessoire<sup>204</sup>) ne peuvent être témoins.

---

<sup>201</sup> HOPF (n. 199), p. 676.

<sup>202</sup> ZBJV 2012, p. 667 ss.

<sup>203</sup> Sur cette notion, cf. CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 9 et les renvois.

<sup>204</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 5.

132. Ainsi, les fondés de pouvoirs et les mandataires commerciaux doivent, à notre sens, être considérés comme des témoins, au contraire des directeurs, organes de la personne morale (*supra*, N 35 et 122 s).
133. Il convient cependant de faire une distinction en fonction du lien que les parties accessoires ou les consorts ont avec l'objet de la preuve. Ceux-ci peuvent être entendus en qualité de témoin s'ils n'ont pas d'intérêts protégés, de fait ou de droit, dans le procès et qu'ils ne sont pas légitimés relativement à l'action<sup>205</sup>. A titre d'exemple, SCHWEIZER et RÜETSCHI citent en tant que témoin l'avocat d'une partie, le tiers qui finance le procès pour une partie, le dénoncé qui ne procède pas ou le consort formel qui a connaissance de faits relatifs à un chef de conclusion qui ne le touche aucunement (art. 79 al. 2 CPC)<sup>206</sup>.
134. Lorsque c'est une personne morale qui « *a une perception directe des faits* », à savoir que c'est à elle qu'étaient destinées les informations objet d'un procès, et non à ses membres, à ses organes ou à ses employés *ad personam*, ce sont à nouveau ses organes, au sens étroit, qui sont entendus en qualité de témoins (*supra*, N 35)<sup>207</sup>.

## 2. Refus de collaborer

135. Certaines dispositions excluent ou restreignent l'obligation de témoigner. Il s'agit en particulier des art. 165 et 166 CPC et, d'une manière plus générale, de l'art. 156 CPC.
136. La notion de proche étant incompatible avec celle de société, l'art. 165 CPC ne trouve aucune application en cas de procès impliquant une personne morale (*supra*, N 127 s).
137. L'art. 166 CPC énonce diverses hypothèses dans lesquelles un tiers peut refuser de collaborer, notamment lorsque la révélation d'un élément l'exposerait lui-même ou un de ses proches à une poursuite pénale ou risquerait d'engager sa responsabilité civile ou celle de ses proches (al. 1 let. a). Les autres hypothèses ne concernent pas particulièrement le

---

<sup>205</sup> BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 2.

<sup>206</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 5 à 7 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 2.

<sup>207</sup> BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 1.

thème de la présente contribution de sorte qu'il est renvoyé aux commentaires à leur propos. Ce droit de refuser de collaborer est restreint par rapport à celui de l'art. 165 CPC puisqu'il ne s'étend qu'aux faits qui exposeraient le témoin aux risques décrits, et non d'une manière plus large à toute collaboration.

138. La notion de responsabilité civile évoquée à cette disposition recoupe toute action civile qui risque de manière imminente de créer un préjudice patrimonial chez le tiers, qu'il s'agisse de la perte d'une action dans laquelle il est demandeur ou de l'introduction d'une nouvelle procédure à son encontre<sup>208</sup>. Il ne s'agit dès lors pas de la seule responsabilité extra-contractuelle, comme pourrait le laisser penser le texte légal, mais bien de toute action préjudiciable au tiers, qu'elle soit contractuelle, réelle ou successorale par exemple<sup>209</sup>. Le simple risque suffit<sup>210</sup> et le tiers doit rendre cette atteinte potentielle vraisemblable<sup>211</sup>.
139. Les personnes morales sont également titulaires de ce droit de refuser de collaborer lorsqu'elles doivent déposer – par le biais de leurs organes – sur des faits dont elles ont eu connaissance dans l'exploitation de leur activité et qui les exposeraient à des suites pénales ou civiles. L'administrateur unique d'une société appelée à participer à la procédure probatoire ne peut en revanche pas se fonder sur cette disposition pour refuser de témoigner sur des éléments qui l'exposeraient lui-même à ces risques, n'étant pas un proche de la personne morale<sup>212</sup>. Selon BRACHER, le danger abstrait de perte de clientèle en raison de l'obligation de divulguer des pratiques commerciales ne constitue pas un motif pour refuser de collaborer<sup>213</sup>. L'on pourrait imaginer qu'un tiers ayant conclu une convention avec une personne morale relative par exemple à une collaboration scientifique dans le cadre de laquelle il aurait eu connaissance de secret de fabrication et contenant une clause pénale en cas de divulgation

---

<sup>208</sup> ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 19.

<sup>209</sup> BRACHER (n. 195), N 369.

<sup>210</sup> *Ibidem* ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 19.

<sup>211</sup> CPC-JEANDIN, art. 166 N 3.

<sup>212</sup> BSK ZPO, RÜETSCHI, Vor. zu art. 160-167 ZPO.

<sup>213</sup> BRACHER (n. 195), p. 153.

serait fondé à refuser de témoigner dans le procès de son partenaire contractuel s'il devait être entendu sur des faits recouverts par le secret.

140. S'agissant des poursuites pénales, le tiers est fondé à refuser de collaborer lorsqu'il s'exposerait ainsi à l'ouverture d'une instruction. A nouveau, le risque de poursuite est suffisant<sup>214</sup>, ce qui doit être démontré de manière vraisemblable<sup>215</sup>. Les infractions concernées sont aussi bien des crimes que des délits ou des contraventions et peuvent être prévues par le droit fédéral ou cantonal<sup>216</sup>. La sanction encourue doit toutefois être pénale et ne pas revêtir un caractère disciplinaire ou administratif<sup>217</sup>.
141. L'avant-projet du CPC contenait une disposition octroyant le droit de refus restreint de collaborer à toutes les personnes dans la mesure où elles pourraient de ce fait se rendre punissables de la révélation d'un secret (art. 157 al. 1 let. b AP-CPC). L'idée sous-jacente était de protéger le secret des affaires. Cette proposition a toutefois été rejetée pour ne pas créer de discrédit entre le CPC et CPP en relation avec l'art. 321 CP. Aussi, la seule manière pour les tiers de ne pas avoir à révéler leur secret est de rendre vraisemblable que l'intérêt à son maintien est plus grand que celui à l'établissement de la vérité<sup>218</sup>.

### *C. Documents internes de l'entreprise et secrets d'affaires*

142. La production de documents internes ne peut être envisagée que si elle permet la preuve d'un fait juridiquement pertinent et contesté (art. 150 al. 1 CPC)<sup>219</sup>. Cela ne sera pas le cas si le document en question ne porte que sur l'appréciation subjective de la partie sur sa propre cause. Ainsi, la production des notes internes de préparation du procès ne saurait être requise.

---

<sup>214</sup> BRACHER (n. 195), N 368.

<sup>215</sup> CPC-JEANDIN, art. 166 N 3.

<sup>216</sup> BRACHER (n. 195), N 368.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

<sup>218</sup> ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 2.

<sup>219</sup> HOPF (n. 199), p. 676.

143. Une telle production de documents internes peut par ailleurs entrer en conflit avec l'intérêt à la préservation des secrets d'affaire ou de production, en particulier lorsque le litige oppose deux concurrents. Le Code tient compte de cet impératif de discrétion pour les entreprises, en prévoyant, à certaines conditions, un droit de refus de collaborer d'une partie (art. 163 CPC) et la possibilité d'aménager l'administration des preuves pour préserver des intérêts dignes de protection (art. 156 CPC)<sup>220</sup>. S'agissant de la première des deux normes protectrices, il est renvoyé *supra*, N 120 ss.
144. L'art. 156 CPC prévoit que « Le tribunal ordonne les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires ». Le seul exemple évoqué par cette disposition concerne directement les entreprises, mais relevons qu'il ne s'agit pas du seul intérêt à préserver (l'on pense à la sphère privée ou à la santé par exemple<sup>221</sup>).
145. L'art. 156 CPC protège les intérêts d'une partie ou d'un tiers, par exemple un témoin qui risque des mesures de représailles suite à la divulgation de son identité ou qui ne désire pas être confronté à l'une des parties<sup>222</sup>.
146. Contrairement aux droits de refus de collaborer des art. 163 et 165 s CPC, l'art. 156 CPC n'autorise pas à refuser entièrement la collaboration, mais permet uniquement de mettre en place des mesures permettant de garantir la protection des intérêts des parties ou des tiers en ne divulguant pas des informations sensibles à autrui, qu'il s'agisse de la partie adverse, de tiers ou du public<sup>223</sup>.
147. Le secret d'affaire au sens de l'art. 156 CPC est une notion commune au secret commercial et de fabrication de l'art. 162 CP. Le Tribunal fédéral le définit comme suit : « En règle générale, on admet que le

---

<sup>220</sup> HOPF (n. 199), p. 676.

<sup>221</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 6.

<sup>222</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 7 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (n. 171) § 18 N 25 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 11.

<sup>223</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 5 s.

secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise, qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et que l'entrepreneur veut garder secrètes »<sup>224</sup>. La jurisprudence pénale relative à l'art. 162 CP, à laquelle renvoie le Tribunal fédéral, dessine de manière plus détaillée les contours des secrets de fabrication et commerciaux : « Il faut entendre par secrets de fabrication et secrets commerciaux des informations qui peuvent jouer un rôle sur le résultat commercial. Par secrets de fabrication, on entend les recettes et moyens de fabrication qui ne sont pas publics et qui revêtent une grande valeur pour le fabricant ; par secrets commerciaux, on entend la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement, et celles relatives à l'organisation, la calculation du prix, la publicité et la production »<sup>225</sup>.

148. En droit civil, le Tribunal fédéral<sup>226</sup> a considéré que, lorsque que l'employeur prévoit que le salaire de ses employés se détermine notamment en fonction du résultat de l'entreprise, il doit leur permettre d'accéder aux comptes de pertes et profits (art. 322a al. 2 CO). Les risques invoqués, à savoir que la concurrence pourrait ainsi connaître le montant des salaires et débaucher les salariés, ne sont pas suffisants pour faire obstacle à cette obligation.
149. Les mesures à mettre en œuvre pour sauvegarder les intérêts des parties comprennent la limitation du droit de consulter le dossier, que ce soit relativement à certains de ses composants ou à des parties déterminées, le prononcé du huis-clos, le caviardage partiel, l'audition de témoin en l'absence de l'une ou de toutes les parties ou encore l'interdiction de participer à une expertise ou à une vision locale<sup>227</sup>. Il est également possible qu'un expert prenne seul connaissance d'une preuve et qu'il

---

<sup>224</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.2, qui reprend, en matière civile, les notions du secret commercial et des affaires contenues à l'art. 162 CP et 13 let. f et g aLCD définies aux ATF 109 Ib 47, consid. 5c ; 103 IV 283, consid. 2b.

<sup>225</sup> ATF 103 IV 283, consid. 2b.

<sup>226</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.

<sup>227</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, (n. 171), § 18 N 25 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 14 ; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, N 913.

établit ensuite un rapport contenant les informations pertinentes<sup>228</sup>. On peut aussi envisager que l'avocat de la partie opposée à celle qui invoque un intérêt à protéger soit seul à participer à l'administration de la preuve, tout en promettant de ne pas révéler à son mandant les informations sensibles qui doivent être protégées<sup>229</sup>. La production de documents confidentiels peut toujours être exigée par le tribunal en vertu du secret attaché à l'office du juge. C'est le Tribunal qui ordonne les mesures qu'il estime appropriées, qui doivent être suffisamment motivées<sup>230</sup>.

150. Lors de la mise en œuvre de ces mesures, il est nécessaire de garantir le respect du droit d'être entendu de toutes les parties dans l'administration des preuves, notamment si les documents ne sont transmis qu'au juge ou qu'un témoignage est récolté en l'absence d'une des parties. Ainsi, un procès-verbal renfermant les éléments de l'administration des preuves doit à tout le moins être communiqué à la partie absente, et l'occasion doit lui être donnée de poser des questions supplémentaires<sup>231</sup>.
151. Une telle restriction de la participation de l'une ou des deux parties à l'administration des preuves doit évidemment être admise avec la plus grande réserve<sup>232</sup>.
152. Selon le texte légal, les mesures propres à sauvegarder les intérêts n'ont pas à être demandées par les parties, le juge pouvant décider d'office de les prendre (le tribunal ordonne [...], art. 156 CPC). Il va de soi toutefois que les parties peuvent inviter le tribunal à rendre une décision en ce sens. BRÖNNIMANN tempère cette règle en la destinant uniquement à la sauvegarde d'intérêts de tiers ; il estime que lorsqu'il en

---

<sup>228</sup> TF 4A\_64/2011 et 4A\_210/2011 du 1<sup>er</sup> septembre 2011, consid. 3.3.

<sup>229</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 14 ; HALDY J., La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve, *in* : Leuenberger (éd.), La preuve dans le procès civil, Berne 2000, pp. 101 ss, p. 104.

<sup>230</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 17.

<sup>231</sup> STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, (n. 171), § 18 N 26 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 1 ss.

<sup>232</sup> HOHL, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Berne 2011, N 906.

va des intérêts des parties, celles-ci doivent alléguer en quoi la preuve envisagée les mettrait en péril<sup>233</sup>. La vraisemblance devrait ici être suffisante puisqu'elle l'est dans le contexte du refus de collaborer des parties (art. 163 al. 2)<sup>234</sup>. Cela n'empêche toutefois pas la partie de démontrer de manière circonstanciée quels sont les intérêts mis en péril et en quoi la preuve requise les toucherait<sup>235</sup>.

153. En présence d'un intérêt à la sauvegarde du secret, le juge devra procéder à une pesée des intérêts entre celui-ci et celui des parties à ne pas avoir de restriction dans leur participation à la procédure et leur droit d'être entendu<sup>236</sup>.

### VIII. Conclusion

154. Le traitement procédural des entreprises et des personnes morales n'échappe pas à la règle : si certains aspects font l'objet d'une jurisprudence bien établie, reprise à l'entrée en vigueur du CPC, d'autres sont sous le feu de la rampe depuis 2011 et d'autres encore n'ont pas à ce jour été suffisamment étudiés.
155. Ainsi, le Tribunal fédéral s'est à plusieurs reprises déjà prononcé sur la notion de *tribunal de commerce* de l'art. 6 CPC (*supra*, N 4 ss), pour détailler les règles relatives à la consorité, au type de procédure applicable et au caractère uniquement fédéral de la réglementation sur le tribunal de commerce. S'agissant de la compétence à raison du lieu (*supra*, N 12 ss), les principes établis sous l'égide de la LFors continuent d'être pertinents après l'entrée en vigueur du CPC.
156. Si la manière dont la personne morale participe en tant que partie à la procédure (*supra* N 21 ss et 44 ss) n'est pas nouvelle depuis l'entrée en vigueur du CPC, celle-ci résultant de l'art. 55 CC, on constate cependant que certains aspects, notamment le traitement procédural des *représentants commerciaux*, doivent encore faire l'objet de

---

<sup>233</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 12.

<sup>234</sup> CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 8.

<sup>235</sup> ATF 134 III 255, consid. 5 : « Diese hat jedoch hinreichend zu substantiieren, inwiefern solche geheimzuhaltende Informationen vorliegen ».

<sup>236</sup> ATF 113 Ia 1, consid. 4 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 18 ss.

développements (*supra*, N 82 ss). Le Tribunal fédéral ne semble pas avoir approfondi la question jusqu'à présent, admettant apparemment et sans grande discussion qu'ils ont la qualité d'organe et non de représentant. Le sujet mérite toutefois l'attention, sous peine de vider de son sens l'art. 68 al. 2 CPC, qui pose les exigences en matière de représentation à titre professionnel. Toujours en matière de représentation, il apparaît que l'intervention des *mandataires spécialement qualifiés* en matière de droit du bail et de droit du travail devant des juridictions non paritairement composées est exclue en l'état actuel de la législation (*supra*, N 72 ss).

157. Les modalités de la *comparution personnelle* (*supra*, N 100 ss) de la personne morale devront être détaillées. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de préciser si sa jurisprudence relative au choix de la personne comparaisant lors d'une audience de débat sans présence obligatoire des parties doit être étendue aux cas de comparution personnelle. Il faudra aussi déterminer si la condition de comparution personnelle, qui suppose la faculté de transiger librement, est valablement remplie en présence d'un administrateur délégué qui a reçu des instructions de son conseil quant à sa marge de manœuvre pour accepter un accord.
158. L'octroi de l'*assistance judiciaire* (*supra*, N 112 ss) à la personne morale devrait, même si le Message et le texte de la loi laissent la question ouverte, continuer à être admis de manière très restrictive.
159. S'agissant des *notifications* (*supra*, N 93 ss), le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de confirmer que les parties étaient libres d'indiquer une autre adresse de notification que leur domicile. Il a également confirmé que la règle de la notification fictive à l'échéance du délai de garde ne s'appliquait que lorsque le destinataire pouvait s'attendre à recevoir la communication, ce qui n'est pas le cas, pour une mainlevée et une faillite, en présence de la simple notification d'une poursuite.
160. Enfin, au chapitre des *preuves* (*supra*, N 117 ss), il faut retenir que la personne morale n'est pas un proche et n'a pas de proche au sens de l'art. 165 CPC. Elle ne peut dès lors pas se prévaloir des dispositions permettant le refus de collaborer sur cette base. Quant à la notion de sauvegarde d'intérêts dignes de protection, elle devra être précisée, de même que celle du caractère pertinent de la preuve.

161. Nul ne doute que les tribunaux auront l'occasion d'examiner ces différents points dans les années à venir. Leur importance pour le praticien, mais aussi pour la cohérence de notre procédure civile, ne saurait être négligée.