La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme

Droit matériel, préparation du procès et procédure

Thèse présentée à la faculté de droit
de l'université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

LINO HÄNNI

Acceptée sur proposition du jury :
Prof. FRANÇOIS BOHNET, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse
Prof. OLIVIER HARI, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur interne
Prof. JEAN-LUC CHENAUX, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, rapporteur externe

Soutenue le 22 août 2016

Université de Neuchâtel
2016

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT
Av. du 1er Mars 26
2000 Neuchâtel
+41 (0)32 718 12 00
secretariat.droit@unine.ch

IMPRIMATUR POUR LA THESE

LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS HORS DE LA FAILLITE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

Lino HAENNI

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

M. Minh Son Nguyen (président)
M. François Bohnet Carron (directeur de thèse)
M. Olivier Hari (rapporteur interne)
M. Jean-Luc Chenaux (Professeur à l'Université de Lausanne, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 22 août 2016

Evelyne Clerc
Doyen de la Faculté de droit

Résumé : Les crises ayant récemment secoué certaines grandes entreprises suisses ont mis en évidence des difficultés dans la mise en œuvre de la responsabilité des organes de gestion dans les sociétés qui ne se trouvent pas en faillite. Afin de garantir que les dirigeants exercent leurs attributions dans l'intérêt de la société, il est nécessaire d'améliorer la mise en œuvre tout en accordant aux organes une certaine latitude dans l'activité de gestion.

La thématique soulève à la fois des questions de droit matériel et de procédure. Du point de vue du droit matériel, l'enjeu est de concevoir un régime suffisamment sévère pour sanctionner les actes contraires aux intérêts de la société tout en étant assez souple pour ne pas entraver les prises de risques qu'impose l'exercice d'une activité à but lucratif. Une certaine importance est accordée aux conséquences économiques de la responsabilité pour le dirigeant individuel et la manière dont elles influencent son activité. La menace de la responsabilité ne peut être prise au sérieux que si celle-ci peut effectivement être mise en œuvre. Les réflexions liées à la procédure visent dès lors à éliminer les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité, en particulier lorsque des actionnaires agissent pour le dommage de la société. Pour ce faire, il faut notamment trouver des solutions quant aux coûts de l'action en responsabilité, mais aussi en matière d'accès aux moyens de preuve pertinents.

La thèse traite également des dommages subis par les actionnaires en tant qu'investisseurs. Dans ce cadre, l'enjeu est de concevoir un régime qui permette collectiviser efficacement les prétentions d'un grand nombre de lésés afin de permettre leur invocation collective par le biais d'actions de groupe ou d'institutions similaires.

La première partie est consacrée aux conditions de la responsabilité. Le propos se concentre sur les cas de responsabilité survenant effectivement hors de la faillite de la société. Cette partie vise notamment à déterminer s'il est possible d'aménager aux dirigeants un espace réservé, où leur activité ne peut pas être revue par un tribunal *(safe haven)*. La deuxième partie traite des limitations à la responsabilité des organes de gestion, qu'elles soient d'ordre juridique comme la décharge ou l'exclusion de la responsabilité ou d'ordre économique, comme les accords d'indemnisation ou les assurances responsabilité civile des dirigeants. La troisième partie, consacrée à la préparation du procès, constitue une articulation entre le droit matériel et le droit de procédure. Le droit de la société anonyme règle en effet de manière précise l'accès aux informations qui peuvent servir à évaluer les chances de succès d'une action en responsabilité et à motiver celle-ci. La quatrième partie est consacrée au cadre procédural de l'action en responsabilité des organes de gestion. Il s'agit notamment de déterminer la nature procédurale de l'action en responsabilité pour le dommage de la société intentée par les actionnaires (art. 756 al. 1 CO), qui a une influence sur l'opposabilité des exceptions ainsi que sur la manière dont les parties au procès peuvent disposer du litige, p. ex. par une transaction. Cette partie contient également des développements importants concernant la preuve de la responsabilité ainsi que les coûts d'une action en responsabilité.

Abstract : Recent crises in swiss companies have revealed shortcomings in the implementation of directors' liability in non-bankrupt companies. In order to ensure that directors accomplish their mission in the interest of the company, it is necessary to improve the implementation of liability suits while giving directors some flexibility in their activity.

This topic raises questions of substantive law as well as civil procedure. Under the former, the goal is to conceive a system that is strict enough to sanction conduct that goes against the company's interests while being flexible enough to not hinder risk-taking that is necessary in conducting a profitable business. Economic analysis of directors' liability plays a big part in this thesis. The threat of liabiliy will only be taken seriously if it is really implemented. Therefore, the developments on procedural law will focus on eliminating the obstacles to this implementation, in particular when shareholders make a claim for the company's damage (derivative suit). In order to do so, solutions must especially be found concerning the cost of liability suits, but also in regard to access to relevant proof.

This thesis also explores the topic of damages suffered by shareholders as investors. In this regard, the goal is to conceive a régime in which the claims for individual damages can be brought together in order to allow for collective redress, through a class action or a similar mechanism.

Part one deals with the conditions of liability. The focus lies on liability cases that typically arise in non-bankrupt companies. One of the goals of this part is to determine if it is possible to create a safe haven for director activity, where their conduct will not be reviewed by a judge. Part two handles limitations to liability ; they can be of legal nature, such as the *décharge* or the exclusion of liability ; or they can be economical, such as indemnification agreements or insurance policies for directors. The third part, which treats the preparation of the suit, makes the link between the substantive part and the procedural part. Indeed, company law regulates the access of shareholders to the informations needed to assess the chances of a liability claim and to efficiently bring such a claim before a court. Part four deals with the procedural frame of the directors' liability suit. One of its goals is to determine the nature of the derivative suit ; this influences the way directors can defend themselves against a suit and also the way the parties can settle a claim. This part also contains ample developments regarding the proof of liability and the costs of a liability suit.

Mots-clés : Responsabilité de l'administrateur, responsabilité civile, responsabilité hors faillite, action oblique, action dérivée, action collective, business judgment rule, conflit d'intérêts, assurance D&O, droits à l'information de l'actionnaire, droit de la société anonyme

Keywords : directors' liability, civil liability, liability in non-bankrupt companies, shareholder derivative suit, class action, business judgment rule, conflict of interest, D&O insurance, shareholder information rights, company law

Sommaire

Bibliographie XXVII

Travaux préparatoires et rapports LXV

Abréviations LXVII

Introduction 1

I Responsabilité des dirigeants de la société anonyme **9**

1 Fonction de la responsabilité des dirigeants 11

2 Manquement aux devoirs 17

3 Dommage 83

4 Causalité 97

5 Faute 109

6 Responsabilité solidaire 125

II Limitations à la responsabilité des dirigeants **139**

7 Décharge 141

8 Limitation de la responsabilité 167

9 Indemnisation du défendeur par la société 187

10 Assurance 193

III Préparation du procès en responsabilité **207**

11 Droits à l'information des actionnaires 209

12 Collecte d'informations par la société 269

13 Droit à l'information de l'administrateur 277

IV Cadre procédural de l'action en responsabilité des administrateurs hors faillite **283**

14 Compétence et introduction de l'instance 285

15 Qualité pour agir 303

16 Qualité pour défendre 343

17 Délais 361

18 Allégations 369

19 Preuve 391

20 Frais 435

21 Issue du procès 489

Synthèse et conclusion 507

Table des matières

Bibliographie XXVII

Travaux préparatoires et rapports LXV

Abréviations LXVII

Introduction 1
I. Problématique 1
II. Délimitation 3
III. Terminologie 4
IV. Objectifs 4
V. Articulation 6

I Responsabilité des dirigeants de la société anonyme **9**

1 Fonction de la responsabilité des dirigeants 11
1. Introduction 11
2. Fonctions de la responsabilité civile 11
3. Fonctions de la responsabilité des organes 12
3.1. Fonction de compensation 12
3.2. Fonction de prévention 13
4. Conclusion intermédiaire 16

2 Manquement aux devoirs 17
1. Introduction 17
2. Manquement aux devoirs en général 17
2.1. Bases légales 17
2.2. Devoirs des organes de gestion 18
2.3. Appréciation du manquement en général 20
2.4. Les actionnaires, destinataires des devoirs des administrateurs ? 21
2.5. Défense relative au manquement : le consentement du lésé 21
2.5.1. Envers la société 22
2.5.2. Envers les actionnaires 23

3. Typologie des manquements 23
4. Décisions de gestion 25
4.1. Problématique 25
4.2. Retenue du juge dans l'appréciation des décisions de gestion 26
4.3. Schéma d'examen des décisions de gestion 28
4.3.1. Décisions visées 29
4.3.2. Information suffisante 30
a) En général 30
b) Expertise de tiers 31
4.3.3. Processus décisionnel irréprochable 32
a) En général 32
b) Comités du conseil d'administration 33
c) Conseil d'experts 35
d) Rôle des normes de gouvernement d'entreprise 35
4.3.4. Absence de conflits d'intérêts 36
4.3.5. Caractère défendable en regard de l'intérêt social 37
a) L'intérêt social comme norme d'appréciation 37
b) Étendue du pouvoir d'examen 39
c) Intérêt social et prise de risques 39
4.3.6. Quel pouvoir d'appréciation en cas de manquements dans le processus décisionnel ? 40
4.4. Discussion 41
5. Conflits d'intérêts 44
5.1. Contrats avec soi-même et appropriation de biens sociaux 45
5.1.1. Contrats avec soi-même 45
5.1.2. Appropriation de biens sociaux 47
5.2. Conflits d'intérêts dans les décisions du conseil d'administration 47
5.2.1. Gestion des conflits d'intérêts 47
5.2.2. Cas particuliers 49
a) Administrateurs fiduciaires 49
b) Groupe de sociétés 50
c) Représentant d'une catégorie d'actionnaires (art. 709 CO) 52
d) Rémunération 52
5.2.3. Révision en cours 54
5.3. Activités concurrentes 55
6. Comptabilité 56
6.1. Contrôle financier 56
6.2. Distributions dissimulées 57
7. Surveillance de la gestion (art. 754 al. 2 CO) 58
7.1. Principe 58
7.2. Délégation licite 59

7.3. Soin dans le choix des gérants ... 61
7.4. Soin dans l'instruction des gérants ... 61
7.5. Soin dans la surveillance des gérants ... 61
7.6. Devoirs du gérant délégué ... 63
8. Manquements envers les actionnaires ... 63
8.1. Art. 752 CO : diffusion d'informations inexactes dans le prospectus d'émission ... 65
8.1.1. But de l'art. 752 CO ... 65
8.1.2. Cadre du manquement : fondation ou émission d'actions, d'obligations ou d'autres titres ... 66
8.1.3. Support de l'information : prospectus d'émission ou document analogue ... 67
8.1.4. Manquement : informations inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales ... 67
8.2. Responsabilité pour l'établissement et l'utilisation d'une comptabilité inexacte ... 69
8.3. Responsabilité pour les informations inexactes ... 70
8.3.1. Responsabilité délictuelle ... 70
8.3.2. Responsabilité fondée sur la confiance ... 71
8.4. Cas particulier : responsabilité en raison de manquements aux règles du droit boursier ... 73
8.4.1. Responsabilité délictuelle ... 74
a) Obligations fondées sur la LIMF ... 74
b) Obligations fondées sur le règlement de cotation, en particulier la publicité événementielle (art. 53 RC) ... 74
8.4.2. Responsabilité fondée sur la confiance ? ... 76
8.4.3. Discussion ... 77
8.5. Égalité de traitement ... 78
9. Conclusion intermédiaire ... 78

3 Dommage ... 83
1. Introduction ... 83
2. Définition ... 84
3. Calcul du dommage ... 85
4. Dommage « direct » et « indirect » ... 87
5. Dommage de la société ... 88
6. Dommage de l'actionnaire ... 90
7. Conclusion intermédiaire ... 94

4 Causalité ... 97
1. Introduction ... 97

2. Définition(s) 97
3. Causalité naturelle et adéquate 99
3.1. Causalité naturelle 99
3.2. Causalité adéquate 99
3.3. Causalité hypothétique en cas d'omission 100
4. Objections relatives à la causalité 100
4.1. Comportement licite de substitution 100
4.2. Rupture du lien de causalité adéquate 101
5. Causalité dans la gestion 102
6. Causalité dans la surveillance 103
6.1. Surveillance de la gestion (art. 754 al. 2 CO) 103
6.2. Autres fonctions de surveillance 104
7. Causalité en cas de dommage de l'investisseur 105
7.1. Éléments théoriques 105
7.2. Investissements privés 106
7.3. Investissement dans une société ouverte au public 106
8. Conclusion intermédiaire 107

5 Faute 109
1. Introduction 109
2. Critère objectif de la faute : manquement à une norme de comportement 110
3. Intention et négligence 112
3.1. Intention 112
3.2. Négligence 112
4. Réduction de l'indemnité 113
4.1. Faute légère ou moyenne du responsable 114
4.2. Faute d'un tiers 116
4.3. Faible rémunération du responsable 116
4.4. Faible lien de causalité 117
4.5. Faute du lésé ayant contribué à créer le dommage (art. 44 al. 1 CO) 117
4.5.1. Faute concomitante de la société 118
4.5.2. Faute concomitante de l'investisseur 118
4.6. Devoir de limiter le dommage 119
4.7. Exposition du responsable à la gêne (art. 44 al. 2 CO) 120
4.8. Discussion 121
5. Conclusion intermédiaire 122

6 Responsabilité solidaire 125
1. Solidarité différenciée 126
1.1. Principe et justification 126
1.2. Mécanisme 127

1.2.1. Première étape : établir les conditions de la responsabilité 127
1.2.2. Deuxième étape : appliquer les motifs de réduction individuels 128
1.2.3. Quelle solidarité en cas de réparation partielle du dommage ? 129
1.3. Application en cas de répartition des tâches (art. 716*a* al. 2 CO) ? 129
1.4. Application en cas de délégation illicite de la gestion (art. 754 al. 2 CO) ? 130
1.5. Discussion 130
2. Responsabilité séparée du réviseur 131
2.1. Modification proposée 131
2.2. Effets sur la responsabilité des administrateurs 132
2.2.1. Dans les rapports externes 132
2.2.2. Dans les rapports internes 133
3. *De lege ferenda* : exclusion de la solidarité pour les organes de gestion aussi ? 134
3.1. Modification proposée 134
3.2. Discussion 135
4. Recours internes 137
5. Conclusion intermédiaire 138

II Limitations à la responsabilité des dirigeants 139

7 Décharge 141
1. Introduction 141
2. Nature de la décharge 142
2.1. Définition 142
2.2. Nature juridique 142
2.2.1. Éléments de la décharge 142
2.2.2. Critique de la nature juridique de la décharge 143
3. Modalités du vote de la décharge 145
3.1. Décision de décharge 145
3.2. Exclusion des personnes ayant coopéré à la gestion (art. 695 al. 1 CO) . 145
3.3. Exclusion du privilège de vote (art. 693 al. 3 ch. 4 CO) ? 146
3.4. Vote de décharge vicié 147
4. Portée de la décharge 147
4.1. Délimitation générale 147
4.2. Portée personnelle 148
4.3. Portée matérielle 148
4.3.1. Décharge générale et spéciale 148
4.3.2. Limitation aux « faits révélés » 149
a) Faits connus dans les grandes lignes 150
b) Faits « décelables » 150
c) Cas particulier de l'ORAb 151

4.3.3. Relation avec le droit à l'information 152
4.3.4. Relation avec le droit au contrôle spécial (art. 697*a* ss CO) 153
4.3.5. Conclusion intermédiaire 155
4.4. Portée temporelle 156
5. Effets sur la mise en œuvre de l'action en responsabilité 158
5.1. Pour la société, les actionnaires ayant voté en faveur de la décharge et les actionnaires ayant acquis leurs actions après le vote en connaissance de celle-ci 158
5.2. Pour les autres actionnaires 158
5.2.1. Délai d'action réduit à six mois (art. 758 al. 2 CO) 158
5.2.2. Alternative : action échelonnée improprement dite 159
5.2.3. Révision en cours 161
6. Effet du refus de la décharge 162
7. Rôle de la décharge sur l'effet préventif de la responsabilité 162
8. Conclusion intermédiaire 163

8 Limitation de la responsabilité 167
1. Introduction 167
2. Fondement dogmatique et économique d'une limitation de la responsabilité 168
2.1. Notion d'équité dans la responsabilité 168
2.2. Analogie avec la responsabilité du travailleur (art. 321e CO) 169
2.3. Analogie avec l'entrepreneur individuel 170
3. Limitation de la responsabilité envers la société 171
3.1. Situation *de lege lata* 171
3.2. Propositions *de lege ferenda* 172
3.2.1. Limitation de la responsabilité en fonction de la gravité de la faute ? 172
3.2.2. Limitation de la responsabilité en fonction du type de manquement 174
3.2.3. Exclusion ou plafonnement de la responsabilité ? 174
3.2.4. Limitation dans la loi ou clause contractuelle ou statutaire opposable *erga omnes* ? 176
3.2.5. Discussion 178
a) Nécessité d'une limitation de la responsabilité ? 178
b) Justification d'une limitation de la responsabilité 179
c) Caractéristiques d'une limitation de la responsabilité 180
4. Limitation de la responsabilité envers les investisseurs 183
5. Conclusion intermédiaire 184

9 Indemnisation du défendeur par la société 187
1. Introduction 187

2. Compétence pour engager la société à indemniser les dirigeants 188
3. Prise en charge des frais de défense 189
3.1. Soutien financier en cours de procédure 189
3.2. Prise en charge définitive des frais de défense 190
4. Prise en charge de l'indemnité 191
4.1. En cas de dommage subi par la société 191
4.2. En cas de dommage subi par l'actionnaire 191
5. Conclusion intermédiaire 192

10 Assurance 193
1. Introduction 193
2. Formes d'assurance responsabilité civile des organes de gestion 194
3. L'assurance D&O en particulier 194
3.1. Définition 194
3.2. Compétence pour souscrire l'assurance au nom de la société 195
3.3. Couverture de l'assurance D&O 195
3.3.1. Couverture territoriale 195
3.3.2. Couverture matérielle 196
3.3.3. Couverture temporelle 197
4. Influence de l'assurance D&O sur la responsabilité 197
5. L'assurance des risques de responsabilité civile des dirigeants *de lege ferenda* 200
5.1. Assurance obligatoire pour les dirigeants ? 200
5.2. Quote-part obligatoire à la charge des dirigeants assurés ? 200
5.2.1. Nécessité de réglementer la participation des dirigeants ? 200
5.2.2. Montant de la quote-part 202
5.2.3. Couverture de la quote-part par une assurance individuelle du dirigeant ? 203
6. Conclusion intermédiaire 204

III Préparation du procès en responsabilité **207**

11 Droits à l'information des actionnaires 209
1. Introduction 209
2. Information spontanée 211
2.1. Communication des rapports de gestion et de révision 211
2.2. Sociétés cotées en bourse ou ouvertes au public 212
2.2.1. Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse 212
2.2.2. Autres particularités de l'information spontanée pour les sociétés ouvertes au public 213

2.2.3. Importance des règles spécifiques aux sociétés ouvertes au public ... 214
3. Information réactive ... 215
3.1. Droit aux renseignements ... 215
3.1.1. Objet du droit aux renseignements ... 215
3.1.2. Condition de nécessité pour l'exercice des droits de l'actionnaire ... 216
3.1.3. Limite du secret des affaires ou des autres intérêts sociaux dignes de protection ... 217
3.1.4. Modalités de l'exercice du droit aux renseignements ... 219
a) En général ... 219
b) Préparation d'un contrôle spécial ... 219
3.2. Droit à la consultation ... 222
3.2.1. Objet du droit à la consultation ... 222
a) En général ... 222
b) Consultation du procès-verbal du conseil d'administration ... 222
3.2.2. Condition de l'intérêt juridiquement protégé ... 223
3.2.3. Pouvoir d'appréciation de l'assemblée générale et du conseil d'administration ... 223
3.2.4. Limite du secret des affaires ... 224
3.2.5. Modalités de l'exercice du droit à la consultation des livres et de la correspondance ... 224
3.3. Action en fourniture des renseignements ou en consultation ... 225
3.3.1. Objet de l'action ... 225
3.3.2. Compétence locale ... 226
3.3.3. Qualité pour agir et pour défendre ... 226
3.3.4. Délai ... 226
3.3.5. Fardeau de la preuve et moyens de preuve ... 227
3.3.6. Conclusions de la requête ... 229
3.3.7. Effets de l'admission de la requête ... 229
3.3.8. Frais ... 230
3.4. Révision en cours ... 231
3.5. Limites et potentiel de l'information réactive ... 232
4. Contrôle spécial ... 235
4.1. Introduction ... 235
4.2. Cadre du contrôle spécial ... 236
4.3. Objet du contrôle spécial ... 237
4.3.1. Des faits 237
4.3.2. ... déterminés ... 237
4.4. Conditions ... 238

4.4.1. Nécessité ... 238
4.4.2. Subsidiarité ... 240
a) Subsidiarité formelle ... 240
b) Subsidiarité matérielle ... 241
4.4.3. Vraisemblance d'une violation dommageable ... 242
a) Violation de la loi ou des statuts ... 242
b) Dommage ... 244
c) Causalité ... 245
4.5. Procédure au sein de la société ... 245
4.6. Procédure judiciaire ... 246
4.6.1. Compétence ... 247
4.6.2. Qualité pour agir et pour défendre ... 247
4.6.3. Délai ... 248
4.6.4. Conclusions de la requête ... 248
4.6.5. Effet de l'admission de la requête ... 248
4.6.6. Valeur litigieuse et frais ... 249
4.6.7. Voies de recours ... 250
4.7. Déroulement du contrôle spécial ... 250
4.7.1. Attributions du contrôleur spécial ... 250
4.7.2. Exécution du contrôle spécial ... 251
4.7.3. Rédaction et mise à disposition du rapport ... 252
4.7.4. Frais du contrôle spécial ... 253
4.8. Force probante du rapport de contrôle spécial ... 253
4.9. Révision en cours ... 256
4.10. Limites et potentiel du contrôle spécial ... 258
4.10.1. Limites matérielles ... 258
a) Conditions matérielles ... 258
b) Seuils pour l'accès au contrôle spécial ... 260
4.10.2. Limites procédurales ... 261
4.10.3. Relation entre contrôle spécial et décharge ... 262
5. Autres droits à l'information des actionnaires ... 262
5.1. Consultation du procès-verbal de l'AG (art. 702 al. 3 CO) ... 262
5.2. Information sur l'organisation de la gestion (art. 716*b* al. 2 i. f. CO) ... 264
5.2.1. Importance ... 264
5.2.2. Modalités ... 264
5.2.3. Portée du droit à être renseigné sur l'organisation de la gestion 265
6. Conclusion intermédiaire ... 266

12 Collecte d'informations par la société ... 269
1. Introduction ... 269
2. Contrôle de gestion ... 269

2.1. Fondements ... 269
2.2. Nomination de l'expert chargé de contrôler la gestion ... 270
2.3. Objet et exécution du contrôle de gestion ... 271
2.4. Rapport de l'expert chargé de contrôler la gestion ... 272
2.4.1. Remise du rapport ... 272
2.4.2. Force probante du rapport ... 272
2.5. Importance ... 273
3. Reddition de comptes par l'administrateur ? ... 273
4. Enquête mandatée par le conseil d'administration ... 274
5. Conclusion intermédiaire ... 275

13 Droit à l'information de l'administrateur ... 277
1. Problématique ... 277
2. Étendue et modalités du droit aux renseignements de l'administrateur ... 277
3. Voies de droit ... 278
4. Règles applicables aux anciens administrateurs ... 280
5. Conclusion intermédiaire ... 280

IV Cadre procédural de l'action en responsabilité des administrateurs hors faillite 283

14 Compétence et introduction de l'instance ... 285
1. Introduction ... 285
2. Compétence interne ... 286
2.1. Compétence à raison de la matière ... 286
2.2. Compétence à raison du lieu ... 287
2.2.1. For légal ... 287
2.2.2. Cumul subjectif ... 289
2.2.3. Cumul objectif et concours d'actions ... 290
2.2.4. For conventionnel et clause compromissoire ... 291
a) Principe ... 291
b) Opposabilité de clauses statutaires de prorogation de for ou compromissoires ? ... 291
c) Révision en cours ... 293
3. Compétence internationale ... 294
3.1. LDIP ... 294
3.1.1. Consorité passive ... 295
3.1.2. Élection de for ... 295
3.1.3. Clause compromissoire ... 295
3.2. Convention de Lugano du 30 octobre 2007 ... 296

3.2.1. Règles générales ... 296
3.2.2. Élection de for ... 297
3.2.3. Consorité passive ... 298
4. Litispendance ... 299
5. Conclusion intermédiaire ... 300

15 Qualité pour agir ... 303
1. Introduction ... 303
2. Qualité pour agir au titre du dommage de la société ... 304
2.1. Action de la société ... 304
2.1.1. Prise de décision par le conseil d'administration ... 305
a) Nature de la décision du conseil d'administration d'agir en responsabilité ... 305
b) Critères à prendre en compte ... 306
c) Discussion ... 308
2.1.2. Prise de décision par l'assemblée générale ... 310
a) Modalités de la prise de décision ... 310
b) Contenu de la décision ... 311
c) Importance de la compétence de l'assemblée générale en matière d'action en responsabilité ... 312
2.1.3. Synthèse : mise en œuvre de la responsabilité par la société ... 312
2.2. Action de l'actionnaire (action oblique) ... 313
2.2.1. Fondements de l'action oblique ... 313
2.2.2. Qualité pour intenter l'action oblique ... 314
2.2.3. Nature juridique de l'action oblique ... 316
a) Enjeux de la détermination de la nature juridique de l'action oblique ... 317
b) Interprétation de l'art. 756 al. 1 CO ... 318
2.2.4. Intervention de la société dans l'action oblique ... 321
a) *De lege lata* ... 321
b) Révision en cours ... 322
2.2.5. Synthèse : mise en œuvre de la responsabilité par un actionnaire ... 324
2.3. Coordination des actions de la société et des actionnaires ... 325
2.3.1. Problématique ... 325
2.3.2. Comparaison avec l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO) et la cession de créances dans le cadre de l'art. 260 LP ... 326
a) Coordination des demandes en matière d'annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO) ... 326
b) Coordination des demandes dans le cadre de l'art. 260 LP 327

2.3.3. Discussion ... 328
3. Qualité pour agir de l'actionnaire au titre de son propre dommage ... 330
3.1. Sur la base de l'art. 754 CO ... 330
3.2. Sur la base de l'art. 752 CO ... 331
3.3. Sur la base de l'art. 41 CO ... 332
4. Invocation collective de prétentions ... 332
4.1. Problématique ... 332
4.2. Caractère des dommages invoqués dans le contexte de la responsabilité des dirigeants ... 333
4.3. L'action collective *de lege lata* ... 334
4.3.1. Consorité active ... 334
4.3.2. Action des associations ... 335
4.3.3. Cumul objectif par cession des prétentions à un représentant 336
4.4. L'action collective *de lege ferenda* ... 336
4.4.1. Contexte ... 336
4.4.2. Délimitation de la légitimation active dans les règles fondant la responsabilité ... 337
4.4.3. Quelle forme de procédure collective ? ... 339
5. Conclusion intermédiaire ... 340

16 Qualité pour défendre ... 343
1. Introduction ... 343
2. Légitimation passive au sens de l'art. 754 al. 1 CO ... 344
2.1. Membre du conseil d'administration ... 344
2.2. Personne qui s'occupe de la gestion ... 345
2.2.1. Membres de la direction ... 345
2.2.2. Organes de fait ... 345
2.2.3. Organe apparent ... 349
3. Légitimation passive dans le contexte de l'art. 752 CO ... 350
4. Légitimation passive dans le contexte de l'art. 41 CO ... 350
5. Légitimation passive dans le contexte de la responsabilité fondée sur la confiance ... 351
6. Pluralité de défendeurs ... 352
6.1. Responsabilité solidaire et consorité ... 352
6.2. Action pour le dommage total (art. 759 al. 2 CO) ... 352
6.3. Intervention ... 353
6.4. Dénonciation d'instance ... 353
6.5. Appel en cause ... 354
6.5.1. Introduction ... 354
6.5.2. Conditions et procédure de l'appel en cause ... 355
6.5.3. Importance de l'appel en cause pour la mise en œuvre de la

responsabilité ... 357
7. Conclusion intermédiaire ... 358

17 Délais ... 361
1. Introduction ... 361
2. Bases légales ... 361
3. Délais de prescription prévus à l'art. 760 CO ... 362
3.1. Délai de prescription relatif ... 362
3.2. Délai de prescription absolu ... 364
3.3. Délai de prescription plus long prévu par le droit pénal ... 364
4. Interruption de la prescription ... 365
5. Délai de déchéance fondé par la décharge (art. 758 al. 2 CO) ... 366
6. Conclusion intermédiaire ... 367

18 Allégations ... 369
1. Introduction ... 369
2. Exigences en matière d'allégations et de contestation des allégués ... 370
3. Allégations relatives aux conditions de la responsabilité ... 372
3.1. Manquement aux devoirs ... 373
3.1.1. Décisions de gestion ... 373
3.1.2. Délégation de la gestion (art. 754 al. 2 CO) ... 375
3.2. Dommage ... 375
3.2.1. Nature du dommage allégué ... 375
3.2.2. Montant du dommage ... 375
3.2.3. Dommage « direct » et « indirect » ... 376
3.2.4. Dommage indéterminé (art. 42 al. 2 CO) ... 376
3.3. Causalité ... 378
3.3.1. Causalité naturelle ... 378
3.3.2. Causalité adéquate ... 378
3.3.3. Causalité hypothétique ... 378
3.4. Faute ... 379
4. Défenses ... 379
4.1. Défenses de procédure ... 379
4.2. Défenses au fond ... 381
4.2.1. Objections ... 381
4.2.2. Exceptions ... 381
4.3. Nature de la défense tirée de l'octroi de la décharge (art. 758 CO) ... 382
4.4. Défenses opposables en cas d'action oblique ... 383
5. Action en responsabilité solidaire (art. 759 al. 2 CO) ... 384
5.1. Problématique ... 384
5.1.1. Dommage pertinent ... 385

5.1.2. Précision des allégations relatives aux conditions de la responsabilité ... 385
5.2. Analyse ... 387
6. Conclusion intermédiaire ... 389

19 Preuve ... 391
1. Introduction ... 391
2. Rappel des principes relatifs au fardeau, au degré et au champ de la preuve ... 392
2.1. Fardeau de la preuve ... 392
2.2. Degré et champ de la preuve ... 394
3. Preuve des conditions de la responsabilité ... 395
3.1. Manquement aux devoirs et illicéité ... 395
3.1.1. En général ... 395
3.1.2. Décisions de gestion ... 395
a) *De lege lata* ... 395
b) *De lege ferenda* : renversement du fardeau de preuve ? ... 397
3.2. Dommage ... 400
3.2.1. En général ... 400
3.2.2. Dommage indéterminé (art. 42 al. 2 CO) ... 401
3.3. Causalité ... 402
3.3.1. En général ... 402
3.3.2. Responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes dans les sociétés ouvertes au public (art. 752 CO ; art. 72 LSFin) ... 403
a) *De lege lata* ... 403
b) *De lege ferenda* ... 405
3.4. Faute ... 407
3.5. Prescription et déchéance ... 407
3.6. Responsabilité solidaire ... 408
4. Moyens de preuve et administration de la preuve ... 409
4.1. Moyens de preuve ... 409
4.1.1. Généralités ... 409
4.1.2. Comptabilité ... 409
4.1.3. Procès-verbaux des séances du conseil d'administration ... 410
4.1.4. Rapport de contrôle spécial ... 411
4.1.5. Rapport de contrôle de gestion ... 411
4.1.6. Expertise judiciaire ... 412
4.2. Obligation de collaborer (art. 160 ss CPC) ... 413
4.2.1. Contenu de l'obligation de collaborer ... 413
a) En général ... 413
b) Production des titres requis ... 413
c) Exception à l'obligation de produire les titres requis

(art. 160 al. 1 let. b i. f. CPC) ... 414
4.2.2. Droit de refuser de collaborer (art. 163 ss CPC) ... 415
a) Droit de refuser de collaborer des parties ... 416
b) Droit de refuser de collaborer des tiers ... 420
4.3. Protection des intérêts des parties et de tiers (art. 156 CPC) ... 422
5. Preuve à futur (art. 158 CPC) ... 423
5.1. Preuve à futur comme moyen d'apprécier les chances de succès d'une procédure ... 424
5.1.1. Conditions en général ... 424
a) « Intérêt digne de protection » ... 425
b) « Rendu vraisemblable » ... 426
5.1.2. Procédure ... 427
5.2. Importance ... 430
6. Conclusion intermédiaire ... 432

20 Frais ... 435
1. Introduction ... 435
2. Répartition des frais selon le CPC ... 436
2.1. Notion de frais (art. 95 CPC) ... 436
2.2. Valeur litigieuse (art. 91 ss CPC) ... 437
2.3. Avance de frais (art. 98 CPC) ... 437
2.4. Règle générale : art. 106 CPC ... 438
2.5. Exception : art. 107 CPC ... 438
2.6. Frais causés inutilement (art. 108 CPC) ... 440
3. Solidarité passive et frais ... 441
3.1. Principe du procès unique ... 441
3.2. Cas de figure ... 441
3.2.1. Le demandeur a entièrement gain de cause ... 441
3.2.2. Le demandeur a partiellement gain de cause ... 442
3.2.3. Le demandeur succombe entièrement ... 442
3.3. Discussion ... 443
4. Frais de l'action oblique ... 445
4.1. Solutions *de lege lata* ... 445
4.1.1. Action partielle ... 445
4.1.2. Application de l'art. 108 CPC (frais causés inutilement) ... 446
4.1.3. Application des règles de la gestion d'affaires sans mandat ... 446
4.2. Avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 ... 447
4.2.1. Répartition des frais en équité entre la société et le demandeur (art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014) ... 447
a) Critères à prendre en compte ... 448

b) Aspects de procédure ... 450
c) Limites et perspectives de la répartition des frais en équité 450
4.2.2. Autorisation d'intenter action aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO 2014) ... 452
a) Introduction ... 452
b) Proposition à l'assemblée générale (art. 697*j* al. 1 AP-CO 2014) ... 453
c) Requête judiciaire d'autorisation d'agir aux frais de la société (art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014) ... 453
d) Frais de la procédure préalable ... 456
e) Analyse ... 458
4.2.3. Discussion : les frais de l'action oblique dans l'AP-CO 2014 ... 468
4.3. Alternative : droit préférentiel de satisfaction sur le produit de l'action 469
4.3.1. Fondements ... 469
a) Justification ... 469
b) Conformité aux principes du droit de la société anonyme 470
c) Risques d'abus ? ... 472
4.3.2. Forme et étendue de la participation du demandeur au produit de l'action ... 473
4.3.3. Procédure préalable ou action directe au fond ? ... 475
4.4. Synthèse ... 477
5. Frais de l'action collective ... 478
5.1. Problématique ... 478
5.2. *De lege lata* ... 479
5.2.1. Financement des procès ... 479
5.2.2. Action partielle ... 480
5.3. *De lege ferenda* ... 480
5.3.1. Abandon de la règle de répartition des frais judiciaires et dépens ... 480
5.3.2. Libération de l'obligation d'avancer les frais judiciaires ... 482
5.3.3. Honoraires fondés sur le résultat ... 483
5.3.4. Gratuité de la procédure ... 484
5.3.5. Fonds de financement des procès ... 484
5.4. Synthèse ... 485
6. Conclusion intermédiaire ... 486

21 Issue du procès ... 489
1. Introduction ... 489
2. Jugement ... 490
2.1. Dommage de la société ... 490
2.2. Dommage de l'actionnaire ... 493

3. Transaction..... 494
3.1. Transaction judiciaire et extrajudiciaire..... 495
3.2. Dommage de la société..... 496
3.2.1. Problématique..... 496
3.2.2. Transaction passée par la société..... 496
a) Compétence pour transiger..... 496
b) Opposabilité de la transaction..... 498
3.2.3. Transaction passée par un actionnaire..... 500
3.3. Dommage de l'actionnaire..... 501
4. Désistement d'action..... 502
4.1. En général..... 502
4.2. Désistement dans le cadre de l'action au titre du dommage de la société 503
4.2.1. Lorsque la société est demanderesse..... 503
4.2.2. Lorsqu'un actionnaire est demandeur..... 504
5. Conclusion intermédiaire..... 504

Synthèse et conclusion..... 507
I. Objectif de l'étude et fonction de la responsabilité..... 507
II. Responsabilité des dirigeants envers la société..... 508
III. Responsabilité des dirigeants envers les actionnaires..... 516
IV. Conclusion..... 517

Bibliographie

AktG-Schmid/Lutter I Schmidt Karsten / Lutter Marcus, Aktiengesetz Kommentar : I. Band : §§ 1-149, 3e éd., Cologne 2015

Bachmann 2003 Bachmann Roland, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, PJA 2003, p. 499–506

Bachmann 2014 Bachmann Gregor, Reform der Organhaftung ? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen : Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, Munich 2014

Baeriswyl 2015 Baeriswyl Manuela, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Verschulden, th. Fribourg 2015

Bahar/Trigo Trindade 2008 Bahar Rashid / Trigo Trindade Rita, Revision des Verantwortlichkeitsrechts : Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR Sondernummer 2008, p. 146–158

Bär 1986 Bär Rolf, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, SAS 1986, p. 57–68

Barbey 1949 Barbey André, La décharge en droit suisse, th. Genève 1949

Bärtschi 2001 Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, th. Zurich 2001

Bärtschi 2010 Bärtschi Harald, Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht, *in* : Weber / Isler (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zurich 2010, p. 227–277

Bärtschi 2014 Bärtschi Harald, Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs, *in* : Sethe / Isler (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zurich 2014, p. 39–134

BASTIAN 2010 BASTIAN OLIVIER, Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration, th. Lausanne 2010

BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016 BAUDENBACHER CARL / SCHWARZ LISA, Rechtsvergleichende Überlegungen zur Business Judgment Rule, RSDA 2016, p. 55–69

BAUEN/BERNET/ROUILLER 2007 BAUEN MARC / BERNET ROBERT / ROUILLER NICOLAS, La société anonyme suisse, Genève / Zurich / Bâle 2007

BAYER/SCHOLZ 2014 BAYER WALTER / SCHOLZ PHILIPP, Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der Aktienrechtlichen Organhaftung, NZG 2014, p. 926–934

BAZZANI 2007 BAZZANI CLAUDIO, Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder, th. Zurich 2007

BEINERT 1963 BEINERT JÖRG, Die Prozessstandschaft im Schweizerischen Recht, th. Bâle 1963

BERGER 1992 BERGER CHRISTIAN, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, th. Cologne etc. 1992

BERTI 1990 BERTI STEPHEN, Zur prozessualen Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz des sog. mittelbaren Schadens im schweizerischen Aktienrecht, RDS 1990 I, p. 439–451

BERTI 2007 BERTI STEPHEN, Der gerichtliche Vergleich, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2007, Zurich 2007, p. 109–118

BERTSCHINGER 1997 BERTSCHINGER URS, Organisationsreglement, Orientierungsanspruch über die Organisation der Geschäftsführung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit bei Delegation, RSDA 1997, p. 185–192

BERTSCHINGER 2000 BERTSCHINGER URS, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit : Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus : BGE 4C.397/199 vom 15. Juni 1999 ; SemJud 1999, 481 ff., RSDA 2000, p. 197–200

BERTSCHINGER 2005 BERTSCHINGER URS, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle : aktuelle Fragen und Perspektiven, RDS 2005 II, p. 569–613

BERTSCHINGER 2011 BERTSCHINGER URS, Streitverkündungsklage und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, *in* : LORANDI / STAEHELIN (édit.), Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 811–834

BERTSCHINGER 2012 BERTSCHINGER URS, Führung und Verantwortung in der Aktiengesellschaft, *in* : LUTERBACHER (édit.), Verantwortlichkeits-, Zivilprozess- und Versicherungsrecht, Zurich / St-Gall 2012, p. 3–48

BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012 BIANCHI DELLA PORTA MANUEL / JACCARD MICHEL, Couvrir les risques de l'administrateur, *in* : OJHA (édit.), Développements récents en droit commercial, Lausanne 2012, p. 53–76

BINDER 1987 BINDER ANDREAS, Die Verfassung der Aktiengesellschaft, th. Zurich 1987

BISCHOF 2014 BISCHOF ELIAS, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei Beschlüssen auf Grundlage eines Rechtsgutachtens, RSJ 2014, p. 197–205

BK ZGB-AUTEUR HAUSHEER HEINZ / WALTER HANS PETER (édit.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Einleitung : Art. 1-9 ZGB, Berne 2012

BK ZGB-KÜNZLE KÜNZLE HANS RAINER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Die Willensvollstrecker : Art. 517-518 ZGB, Berne 2011

BK ZPO I-AUTEUR HAUSHEER HEINZ / WALTER HANS PETER (édit.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Schweizerische Zivilprozessordnung : Band I : Art. 1-149 ZPO, Berne 2012

BK ZPO II-AUTEUR HAUSHEER HEINZ / WALTER HANS PETER (édit.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Schweizerische Zivilprozessordnung : Band II : Art. 150-352 ZPO ; Art. 400-406 ZPO, Berne 2012

BK ZPO III-AUTEUR HAUSHEER HEINZ / WALTER HANS PETER (édit.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Schweizerische Zivilprozessordnung : Band III : Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Berne 2014

BK-BREHM BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Die Entstehung duch unerlaubte Handlungen : Art. 41-61 OR, 4e éd., Berne 2013

BK-KÄFER KÄFER KARL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Die Kaufmännische Buchführung : Grundlagen und Kommentar zu Art. 957 OR, Berne 1981

BK-REHBINDER/STÖCKLI REHBINDER MANFRED / STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Der Arbeitsvertrag : Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Berne 2010

BK-RIEMER RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Die Juristischen Personen : Allgemeine Bestimmungen : Art. 52-59 ZGB, 3e éd., Berne 1993

BK-ZÄCH ZÄCH ROGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht : Stellvertretung : Art. 32-40 OR, 2e éd., Berne 2014

BÖCKLI 2003 BÖCKLI PETER, Verantwortlichkeit der Organmitglieder : Hürdenlauf der direkt geschädigten, *in* : BÄR (édit.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Berne 2003, p. 27–71

BÖCKLI 2009 BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht : mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4e éd., Zurich / Bâle / Genève 2009

BÖCKLI 2012 BÖCKLI PETER, Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat : Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 2012, p. 354–371

BÖCKLI 2014 BÖCKLI PETER, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, *in* : SETHE / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zurich 2014, p. 203–245

BÖCKLI 2015 BÖCKLI PETER, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2015, p. 1–7

BOHNET 2009a BOHNET FRANÇOIS, L'action en annulation du droit de la société anonyme en procédure civile suisse, *in* : BOHNET (édit.), Quelques actions en annulation, Neuchâtel 2009, p. 163–213

BOHNET 2009b BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 2, p. 193–323

BOHNET 2010 BOHNET FRANÇOIS, Les exceptions en procédure civile suisse, *in* : BOHNET (édit.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 141–157

BOHNET 2013a BOHNET FRANÇOIS, Les actions collectives, spécialement en matière de consommation, *in* : CARRON / MÜLLER (édit.), Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, p. 159–200

BOHNET 2013b BOHNET FRANÇOIS, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz : The Seven-Year Itch, RSPC 2013, p. 439–456

BOHNET 2014a BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2e éd., Bâle / Neuchâtel 2014

BOHNET 2014b BOHNET FRANÇOIS, Droit des professions judiciaires, 3e éd., Bâle / Neuchâtel 2014

BOHNET/JÉQUIER 2014 BOHNET FRANÇOIS / JÉQUIER GUILLAUME, L'entreprise et la personne morale en procédure civile, *in* : BOHNET / HARI (édit.), La personne morale et l'entreprise en procédure, Bâle / Neuchâtel 2014, p. 1–53

BRACHER 2011 BRACHER NICOLAS, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, th. Bâle, 2011

BRECHBÜHL/HURNI 2005 BRECHBÜHL BEAT / HURNI CHRISTOPH, Gesellschaftsinteresse im Übernahmekampf, PJA 2005, p. 1547–1554

BROMMER 2013 BROMMER ANDREAS, Folgen einer reformierten Aktionärsklage für die Vorstandsinnenhaftung, AG 2013, p. 4–28

BRUGGER/VON DER CRONE 2013 BRUGGER DANIEL / VON DER CRONE HANS CASPAR, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden : Bundesgerichtsurteil 4A_375 vom. 20 November 2012 (publiziert als BGE 139 III 24), RSDA 2013, p. 178–189

BSK FusG-AUTEUR WATTER ROLF et al. (édit.), Basler Kommentar : Fusionsgesetz, 2e éd., Zurich / Bâle / Genève 2015

BSK IPRG-AUTEUR HONSELL HEINRICH et al. (édit.), Basler Kommentar : Internationales Privatrecht, 3e éd., Zurich / Bâle / Genève 2013

BSK LugÜ-AUTEUR OETIKER CHRISTIAN / WEIBEL THOMAS (édit.), Basler Kommentar : Lugano-Übereinkommen, 2e éd., Bâle 2016

BSK OR II-AUTEUR HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WATTER ROLF (édit.), Basler Kommentar : Obligationenrecht II, 4e éd., Zurich / Bâle / Genève 2012

BSK SchKG-AUTEUR STAEHELIN ADRIAN / BAUER THOMAS / STAEHELIN DANIEL (édit.), Basler Kommentar : Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2e éd., Bâle 2010

BSK ZGB I-AUTEUR HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS (édit.), Basler Kommentar : Zivilgesetzbuch I, 5e éd., Bâle 2015

BSK ZGB II-AUTEUR HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS (édit.), Basler Kommentar : Zivilgesetzbuch II, 5e éd., Bâle 2015

BSK ZPO-AUTEUR SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK (édit.), Basler Kommentar : Schweizerische Zivilprozessordnung, 2e éd., Bâle 2013

BÜCHLER/VON DER CRONE 2009 BÜCHLER BENJAMIN / VON DER CRONE HANS CASPAR, RSDA 2010, p. 258–266

BÜHLER 2010 BÜHLER ALFRED, Beweis und Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2010, Zurich 2010, p. 79–96

BÜHLER 2015 BÜHLER CHRISTOPH, Entwicklung der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative : corporate social responsibility, Geschlechterquote und weitere Neuerungen, RSDA 2015, p. 349–359

CAHN/DONALD 2010 CAHN ANDREAS / DONALD DAVID, Comparative Company Law, Cambridge 2010

CALEB 1906 CALEB ALBERT, De la responsabilité des administrateurs dans les Sociétés anonymes en droit français et suisse, th. Genève 1906

CAMPONOVO R./CAMPONOVO S. 2013 CAMPONOVO RICO / CAMPONOVO SARA, Streitverkündungsklage – Neues Verteidigungsinstrument der Revisionsstelle, ECS 2013, p. 706–709

CARBONARA/VON DER CRONE 2004 CARBONARA ANTONIO / VON DER CRONE HANS CASPAR, Aushändigung von Jahresabschlüssen : Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.9/2003 (BGE 129 III 499) vom 4. April 2003, RSDA 2004, p. 88–95

CARTIER 2007 CARTIER MICHAEL, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, th. St-Gall, Eschen 2007

CASUTT 1991 CASUTT ANDREAS, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, th. Zurich, 1991

CASUTT 1993 CASUTT ANDREAS, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess, *in* : SCHLUEP / ISLER (édit.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschafstrecht : zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, 1993, p. 79–94

CASUTT 1998 CASUTT ANDREAS, Bemerkungen zu BGE 123 III 261, PJA 1998, p. 110–112

CASUTT 2012 CASUTT ANDREAS, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes ?, ECS 2002, p. 506–512

CASUTT/GRUN MEYER 2012 CASUTT ANDREAS / GRUN MEYER CATHERINE, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung, GesKR 2012, p. 586–595

CATALAN 2007 CATALAN PHILIPPE, Schadloshaltung und Haftungsausschluss bei Leitungsorganen einer Aktiengesellschaft : Möglichkeiten und Grenzen nach Schweizer Recht, th. Zurich 2007

CHABLOZ 2012 CHABLOZ ISABELLE, Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance, habil. Fribourg, Genève 2012

CHABLOZ 2015 CHABLOZ ISABELLE, Vers un renforcement des droits des actionnaires, Jusletter du 16 mai 2015

CHAIX 2005 CHAIX FRANÇOIS, La fixation du dommage par le juge (art. 42 al. 2 CO), *in* : CHAPPUIS / WINIGER (édit.), Le préjudice : une notion en devenir : Journée de la responsabilité civile 2004, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 39–61

CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005 CHAMMARTIN CATHERINE / VON DER CRONE HANS CASPAR, Der Déchargebeschluss : Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, RSDA 2005, p. 329–338

CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2006 CHAMMARTIN CATHERINE / VON DER CRONE HANS CASPAR, Kausalität in der Prospekthaftung : Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.136/2006 und 4P.96/2006 vom 28. August 2006, RSDA 2006, p. 452–460

CHAPPUIS 2004 CHAPPUIS FERNAND, Le bouclier du secret des affaires au sens de l'article 697 CO, *in* : ZEN-RUFFINEN (édit.), Les secrets et le droit, Genève / Zurich / Bâle 2004, p. 299–322

CHAPPUIS 2007 CHAPPUIS BENOÎT, Le moment du dommage : Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, th. Fribourg, Zurich 2007

CHAPPUIS 2012 CHAPPUIS CHRISTINE, La distinction entre l'illicéité et la faute : n'est-il pas temps de renoncer ?, *in* : FUHRER / CHAPPUIS (édit.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht / Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm, Berne 2012

CHEFFINS/BLACK 2006 CHEFFINS BRIAN / BLACK BERNARD, Outside Director Liability Across Countries, Texas Law Review 2006, p. 1385–1480

CHENAUX 2008 CHENAUX JEAN-LUC, La responsabilité du conseil d'administration dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, *in* : BOHNET (édit.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, p. 145–198

CHRISTEN 2015 CHRISTEN ALEX, « Quo vadis, BJR », PJA 2015, p. 123–134

CO SCHNEIDER/FICK-AUTEUR SCHNEIDER ALBERT / FICK HENRI (édit.), Commentaire du code fédéral des obligations : II^e volume : Titres XXIII à XXXIII : Adaptation française de la 4^e édition allemande par Max-Eugène Porret, 4^e éd., Neuchâtel 1916

CONTRATTO 2009 CONTRATTO FRANCA, Access to Justice for Investors in the Wake of the Financial Crisis : Test Cases as a Panacea ?, RSDA 2009, p. 176–190

CORBOZ 2005 CORBOZ BERNARD, Notes sur la qualité pour agir en responsabilité contre un administrateur, SJ 2005, p. 390–392

CORBOZ 2013 CORBOZ BERNARD, Le dommage dans les actions en responsabilité contre les organes sociaux, *in* : CHABOT (édit.), Développements récents en droit commercial II, Lausanne 2013, p. 93–107

CPC-AUTEUR BOHNET FRANÇOIS et al. (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011

CPra-Actions-BOHNET BOHNET FRANÇOIS, Commentaire pratique : Actions civiles, Bâle 2014

CR CO I-AUTEUR THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand : Code des obligations I, 2e éd., Zurich / Bâle / Genève 2012

CR CO II-AUTEUR TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC (édit.), Commentaire romand : Code des obligations II, Zurich / Bâle / Genève 2008

CR DIP/CL-AUTEUR BUCHER ANDREAS (édit.), Commentaire romand : Loi sur le droit international privé / Convention de Lugano, Zurich / Bâle / Genève 2011

CS Travail-AUTEUR DUNAND JEAN-PHILIPPE / MAHON PASCAL (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013

DAENIKER 2003 DAENIKER DANIEL, Versicherung, Prozesskostenerstatz und Freistellung (Indemnification) von Organpersonen, *in* : VON DER CRONE (édit.), neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht : Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 523–541

DAENIKER 2006 DAENIKER DANIEL, Thesen zur Haftung für Ad-hoc Publizität, GesKR 2006, p. 139–149

DAENIKER 2009 DAENIKER DANIEL, Kann eine schweizerische Publikumsgesellschaft ihre Organe von Verantwortlichkeitsansprüchen schadlos halten ?, GesKR 2009, p. 378–388

DAENIKER 2014 DAENIKER DANIEL, Fraud on the Market : ökonomische Theorien vor Gericht, GesKR 2014, p. 396–404

DAENIKER/WALLER 2003 DAENIKER DANIEL / WALLER STEFAN, Kapitalmarktbezogene Informationspflichten und Haftung, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 55–109

DASSER/ROTH 2014 DASSER FELIX / ROTH DAVID, Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, *in* : SETHE / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zurich 2014, p. 247–296

DE BEER 2002 DE BEER ALEXANDER, Aktienrechtliche Informationsrechte als « Paper Rules », *in* : BECKER (édit.), Recht im Wandel seines sozialen und Technologischen Umfeldes : Festschrift für Manfred Rehbinder, Munich / Berne 2002, p. 433–461

DESCHENAUX 1969 DESCHENAUX HENRI, Traité de droit civil suisse : Le Titre préliminaire du code civil. Droit des personnes, 1ère éd., Fribourg 1969

DESSEMONTET 1998 DESSEMONTET FRANÇOIS, La double nature de l'action en responsabilité contre les organes de la société, *in* : VON BÜREN (édit.), Aktienrecht 1992-1997 : Versuch einer Bilanz : zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berne 1998, p. 63–73

DIETSCHY 2010 DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, th. Neuchâtel, 2010

DJEHANE 2005 DJEHANE YOUSSEF, Responsabilité des organes de la société et de surveillance en Europe : réflexions issues d'études de cas relatifs à la responsabilité des organes exécutifs en Europe, RDS 2005 II, p. 523–531

DOBLER/VON DER CRONE 2005 DOBLER SARAH / VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortichkeitsansprüchen : Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.111/2004 vom 9. November 2004, RSDA 2005, p. 211–217

DOMEJ 2014 DOMEJ TANJA, Art. 158 ZPO in der Praxis : Ende einer Hoffnung ?, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2014, Zurich / Bâle / Genève 2014, p. 69–97

DOMENICONI/VON DER CRONE 2008 DOMENICONI ALEX / VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Delegation der Geschäftsführung : Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, RSDA 2008, p. 512–522

DRUEY 1993 DRUEY JEAN NICOLAS, Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, *in* : VON BÜREN / HAUSHEER / WIEGAND (édit.), Grundfragen des neuen Aktienrechts : Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Berne 1993, p. 69–85

DRUEY 1994 DRUEY JEAN NICOLAS, Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, *in* : STOFFEL (édit.), La responsabilité des administrateurs, Zurich 1994, p. 45–61

DRUEY 1997 DRUEY JEAN NICOLAS, Sonderprüfung : Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Juli 1996 in Sachen BK Vision AG c. Schweizerische Bankgesellschaft, RSDA 1997, p. 34–41

DRUEY 2003a DRUEY JEAN NICOLAS, Organfreiheit oder zugeschnürte Weste ? : Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, *in* : BAER (édit.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Berne 2003, p. 1–26

DRUEY 2003b DRUEY JEAN NICOLAS, Unternehmensinterne Informationsversorgung, *in* : BÜHLER (édit.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Berne / Stuttgart / Vienne 2003, p. 1–32

DRUEY 2015 DRUEY JEAN NICOLAS, Verantwortlichkeit und Information, *in* : WALDBURGER (édit.), Law & Economics : Fesctschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 3–20

DÜGGELIN 1977 DÜGGELIN HANS, Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer AG, th. Berne, Winterthur 1977

EGGMANN 1997 EGGMANN IRENE, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, th. Zurich, 1997

FACINCANI/MAUERHOFER 2008 FACINCANI NICOLAS / MAUERHOFER MARK, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei unbefugter Delegation der Geschäftsführung : Besprechung der Urteile 4A_501/2007 und 4A_503/2007 des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Februar 2008, GesKR 2008, p. 267–270

FELLMANN 1995 FELLMANN WALTER, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, RSJ 1995, p. 41–50

FELLMANN 2007 FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2007, Zurich 2007, p. 35–74

FELLMANN 2010 FELLMANN WALTER, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2010, Zurich 2010, p. 97–114

FELLMANN/KOTTMANN 2012 FELLMANN WALTER / KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht : Band I, Berne 2012

FLEISCHER 2015 FLEISCHER HOLGER, Vergleiche über Organhaftungs-, Einlage- und Drittansprüche der Gesellschaft, AG 2015, p. 133–150

FORSTMOSER 1978 FORSTMOSER PETER, Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte, *in* : BÄR (édit.), Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Zurich 1978, p. 27–56

FORSTMOSER 1986 FORSTMOSER PETER, Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SAS 1986, p. 69–77

FORSTMOSER 1987 FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit : die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, Zurich 1987

FORSTMOSER 1997 FORSTMOSER PETER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, *in* : DRUEY / FORSTMOSER (édit.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, 1997, p. 88–129

FORSTMOSER 2006 FORSTMOSER PETER, Profit – das Mass aller Dinge ?, *in* : ZÄCH (édit.), Individuum und Verband : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zurich 2006, p. 55–86

FORSTMOSER 2010a FORSTMOSER PETER, Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzerntochtergesellschaft, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zurich 2010, p. 5–42

FORSTMOSER 2010b FORSTMOSER PETER, Stellungnahme zum Transparenzbericht der UBS AG vom Oktober 2010 und zum Entscheid des Verwaltungsrates der UBS AG, auf Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen zu verzichten, 10 octobre 2010, URL : http://static.nzz.ch/files/4/2/3/Gutachten_forstmoser_1.7997423.pdf

FORSTMOSER 2011 FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft : Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zurich 2011

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996 FORSTMOSER PETER / MEIER-HAYOZ ARTHUR / NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996

FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005 FORSTMOSER PETER / SPRECHER THOMAS / TÖNDURY GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach schweizer Aktienrecht : Risiken und ihre Minimierung, Zurich / Bâle / Genève 2005

FREY 1983 FREY ERICH, Zunahme der Prozesse programmiert, ECS 1983, p. 50–51

FRICK 2003 FRICK JOACHIM, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, *in* : VON DER CRONE (édit.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht : Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 509–521

FUCHS/ZIMMERMANN 2014 FUCHS ANDREAS / ZIMMERMANN MARTIN, Reform der Organhaftung ? : Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, JZ 2014, p. 838–846

GABRIELLI 1997 GABRIELLI FABRIZIO, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, th. Zurich 1997

GARBARSKI 2006 GARBARSKI ANDREW, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, th. Lausanne, Genève / Zurich / Bâle 2006

GASSER 2011 GASSER DOMINIK, Prozessrechtliche Fragen zur Neuregelung der Organhaftung (Art. 759 OR), *in* : LORANDI / STAEHELIN (édit.), Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 881–897

GÄUMANN/MARGHITOLA 2011 GÄUMANN STEFAN / MARGHITOLA RETO, Editionspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, Jusletter du 11 novembre 2011

GELTER 2012 GELTER MARTIN, Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe ?, Brooklyn Journal of International Law 2012, p. 843–892

GERICKE/WALLER 2014 GERICKE DIETER / WALLER STEFAN, Business Judgment oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, *in* : KUNZ / JÖRG / ARTER (édit.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Berne 2014, p. 287–318

GILLIÉRON 1994 GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Essai d'interprétation du nouvel article 757 CO, RSDA 1994, p. 12–22

GILSON/KRAAKMAN 1983 GILSON RONALD / KRAAKMAN REINIER, The Mechanisms of Market Efficiency, Virginia Law Review 1984, p. 549–644

GILSON/KRAAKMAN 2014 GILSON RONALD / KRAAKMAN REINIER, Market Efficiency after the Financial Crisis : It's still a Matter of Information Costs, Virginia Law Review 2014, p. 314–373

GLANZMANN 1997 GLANZMANN LUKAS, Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaf, PJA 1997, p. 51–58

GLANZMANN 2000 GLANZMANN LUKAS, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, RDS 2000, p. 135–193

GLANZMANN/WOLF 2014 GLANZMANN LUKAS / WOLF MARKUS, Sanierung von Tochtergesellschaften, RSJ 2014, p. 1–11

GOETTE 2012 GOETTE WULF, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand ?, ZHR 2012, p. 588–616

GORDON-VRBA 2007 GORDON-VRBA LUCY, Vielparteienprozesse : Kollektive Durchsetzung gleichartiger, individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, th. Zurich, 2007

GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009 GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA / STEBLER SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, p. 479–498

GOZZI 2009 GOZZI NICCOLÒ, Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, th. Zurich, 2009

GRAF 2012 GRAF DAMIAN, Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, p. 380–394

GRAF 2013 GRAF DAMIAN, Swiss derivate actions and economic irrationality, RSDA 2013, p. 406–417

GRAF 2013 GRAF DAMIAN, Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision : Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, PJA 2015, p. 720–734

GRASS 1998 GRASS ANDREA, Business Judgment Rule : Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, th. Zurich 1998

GRECHENIG/SEKYRA 2011 GRECHENIG KRISTOFFEL / SEKYRA MICHAEL, No Derivative Shareholder Suits in Europe : A Model of Percentage Limits and Collusion, International Review of Law and Economics 2011, p. 16–20

GREENFIELD 2002 GREENFIELD KENT, Using Behavioural Economics to Show the Power and Efficiency of Corporate Law as Regulatory Tool, University of California, Davis, Law Review 2002, p. 581–644

GREENFIELD 2015 GREENFIELD KENT, The End of Contractarianism ? : Behavioral Economics and the Law of Corporations, *in* : ZAMIR / TEICHMAN (édit.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, 2015, p. 518–538

GREENFIELD/NILSSON 2001 GREENFIELD KENT / NILSSON JOHN, Gradgrind's Education : Using Dickens and Aristotle to Unterstand (And Replace ?) The Business Judgment Rule, Brooklyn Law Review 2001, p. 799–860

GULDENER 1979 GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 1979

GUYAN 2015 GUYAN PETER, Klärung der Prozessaussichten gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, RSPC 2015, p. 271–283

HABERBECK 2014 HABERBECK PHILIPP, Gedanken zur Schliessung der Lücke im Rechtsschutzsystem der Schweiz betreffend die effektive Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, Jusletter du 24 mars 2014

HABERBECK 2015 HABERBECK PHILIPP, Konkreter Diskussionsvorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen, Jusletter du 12 janvier 2015

HABERSACK 2005 HABERSACK MATHIAS, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsorgans der Gesellschaft, RDS 2005 II, p. 533–569

HABERSACK 2013 HABERSACK MATHIAS, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 2013, p. 782–806

HABLÜTZEL 2009 HABLÜTZEL OLIVER, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, th. Zurich 2009

HABSCHEID 1981 HABSCHEID WALTER, Droit judiciaire privé suisse, 2e éd., Genève 1981

HABSCHEID 1990 HABSCHEID WALTER, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2e éd., Bâle / Francfort 1990

HaftpflichKomm-AUTEUR FISCHER WILLI / LUTERBACHER THIERRY (édit.), Haftpflichtkommentar : Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zurich / St-Gall 2015

HALLER 2008 HALLER MAX, Organhaftung und Versicherung : die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, th. Zurich, 2008

HANDSCHIN 2003 HANDSCHIN LUKAS, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidfindung, *in* : VON DER CRONE (édit.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht : Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 169–182

HANDSCHIN 2005 HANDSCHIN LUKAS, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhald des Konkurses seiner Gesellschaft, *in* : Aargauischer Anwaltsverband (édit.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 237–251

HANDSCHIN 2007 HANDSCHIN LUKAS, Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane auch für die Richtigkeit der Bilanz, *in* : NIGGLI / AMSTUTZ (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Bâle 2007, p. 31–43

HANDSCHIN/JUCKER 2014 HANDSCHIN LUKAS / JUCKER BEAT, Sorgfalt, Pflichtwidrigkeit und Verschulden im auftrags- arbeits- und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, *in* : BÄNI / OBRIST (édit.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zurich / St-Gall 2014, p. 317–334

HÄNNI 2013 HÄNNI LINO, Dommage indirect et intérêt social : l'intérêt social comme norme résiduelle de l'appréciation des décisions de gestion dans le cadre d'une action en responsabilité dérivée : commentaire de l'ATF 139 III 24, GesKR 2013, p. 274–280

HÄNNI 2015 HÄNNI LINO, La portée matérielle et temporelle de la décharge, GesKR 2015, p. 121–130

HARI/HÄNNI 2014 HARI OLIVIER / HÄNNI LINO, Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme, *in* : BOHNET / HARI (édit.), La personne morale et l'entreprise en procédure, Bâle / Neuchâtel 2014, p. 103–167

HARNER 2013 HARNER MICHELLE, A More Realistic Approach to Directors' Duties, Transactions : The Tennesse Journal of Business Law 2013, p. 15–31

HASENBÖHLER 2003 HASENBÖHLER STEFAN, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, th. Zurich, Zurich / Bâle / Genève 2003

HÉRITIER LACHAT 2006 HÉRITIER LACHAT ANNE, Quelques procédures spéciales en matière de société anonyme, SJ 2006 II, p. 3–22

HINSEN 2014 HINSEN ANDREAS, Die zeitliche und sachliche Wirkung des Déchargebeschlusses : Besprechung des Urteils 4A_155/2014 des schweizerischen Bundesgerichts vom 5. August 2014, GesKR 2014, p. 541–545

HIRSCH 1967 HIRSCH ALAIN, La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, SJ 1967, p. 249–271

HIRSCH 1993 HIRSCH ALAIN, Le contrôle spécial, *in* : CEDIDAC (édit.), Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, p. 411–422

HOFFMANN-NOWOTNY 2007 HOFFMANN-NOWOTNY URS, Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden : Versuch einer prozessualen Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR, *in* : DÉDEYAN (édit.), Vertrauen, Vertrag, Verantwortung : Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zurich 2007, p. 427–452

HOHL 2001 HOHL FABIENNE, Procédure civile : Tome I : Introduction et théorie générale, Berne 2001

HOPF 2012 HOPF MICHEL, Aktienrechtliches Einsichtsrecht und prozessuale Mitwirkungspflichten – Mitwirkungsverweigerungsrecht und Berufs- und Geschäftsgeheimnisse, ECS 2012, 675 ss

HOPT 2015 HOPT KLAUS, Die Business judgment rule : Ein sicherer Hafen für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und in der Schweiz, *in* : WALDBURGER (édit.), Law & Economics : Fesctschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 217–234

HORBER 1995a HORBER FELIX, Die Informationsrechte des Aktionärs, habil. Zurich 1995

HORBER 1995b HORBER FELIX, Das Auskunftsbegehren und die Sonderprüfung – Siamesische Zwillinge des Aktienrechts, RSJ 1995, p. 165–171

HOTZ 1945 HOTZ CHARLES-ANTOINE, La responsabilité civile des fondateurs de la société anonyme, th. Neuchâtel, 1945

HÜNERWADEL 1989 HÜNERWADEL PATRICK, Der aussergerichtliche Vergleich, th. Berne et Stuttgart, 1989

HÜTTE 1998 HÜTTE KLAUS, Fragen rund um die Versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, PJA 1998, p. 1294–1307

ISLER 2003a ISLER PETER, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich 2003, p. 1–18

ISLER 2003b ISLER PETER, Die Einreden des Verwaltungsrats bei Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der AG, *in* : VON DER CRONE (édit.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht : Festschrift für Peter Fortmoser, Zurich 2003, p. 439–453

ISLER 2004 ISLER PETER, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Strategie-Entscheide, *in* : WEBER (édit.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zurich 2004, p. 39–58

ISLER 2006 ISLER PETER, Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichket im Unternehmensrecht III, Zurich 2006, p. 1–23

ISLER 2008 ISLER PETER, Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zurich 2008, p. 87–114

ISLER/FISCHER 2012 ISLER PETER / FISCHER RENÉ, Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen Ihre Organe so selten ?, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zurich 2012, p. 28–52

ISLER/SCHOTT 2010 ISLER PETER / SCHOTT BERTRAND, Die Décharge – eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrechts ?, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zurich 2010, p. 197–225

ISLER/SCHOTT 2014 ISLER PETER / SCHOTT BERTRAND, Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütung, *in* : SETHE / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zurich 2014, p. 7–38

JEANDIN 2003 JEANDIN NICOLAS, Parties au procès : Mouvement et (r)évolution, Zurich / Bâle / Genève 2003

JENNY 2012 JENNY DANIEL, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, th. Zurich, 2012

JENNY 2013 JENNY DANIEL, Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697*b* OR : Besprechung des Urteils 4A_129/2013 des Bundesgerichts vom 20. Juni 2013, GesKR 2013, p. 596–606

JÖRG 2013 JÖRG FLORIAN, Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften, *in* : KUNZ / ARTER / JÖRG (édit.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Berne 2013, p. 21–78

JUCHLI 2011 JUCHLI PHILIPP, Die Verantwortlichkeit bei Umstrukturierungen nach Art. 108 FusG, th. St-Gall, Schaan 2011

JUCKER 2015 JUCKER BEAT, Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, th. Bâle 2015

JUTZI 2014 JUTZI THOMAS, Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 2014, p. 500–512

KÄLIN 2016 KÄLIN OLIVER, Und nochmals : Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, PJA 2016, p. 135–144

KALSS 2005 KALSS SUSANNE, Durchsetzung der Innenhaftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften, RDS 2005 II, p. 643–717

KELLER 2011 KELLER SUSANNE, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – Bedeutung und Entwicklung von zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte, Jusletter du 24 octobre 2011

KELLER 2012 KELLER SUSANNE, Das Risiko einer Verantwortlichkeitsklage für Verwaltungsräte, ECS 2012, p. 166–168

KILLIAS/BERTHOLET 2005 KILLIAS PIERRE-ALAIN / BERTHOLET JULIE, Le contrôle spécial, *in* : DESSEMONTET (édit.), Aspects actuels du droit de la société anonyme, Lausanne 2005, p. 241–273

KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011 KILLIAS LAURENT / KRAMER MICHAEL / ROHNER THOMAS, Gewährt art. 158 ZPO eine « pre-trial discovery » nach US-amerikanischem Recht ?, *in* : LORANDI / STAEHELIN (édit.), Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 933–948

KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO 2010 KIRCHSCHLÄGER CAROLINE / ROBERTO VITO, Prozesskosten bei Verantwortlichkeitsklagen, RDS 2010 I, p. 607–628

KLOPFER 2016 KLOPFER RAINER, Aktivlegitimation und Pflichtverletzung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess, RSJ 2016, p. 28–31

KNOBLOCH 2011 KNOBLOCH STEFAN, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zurich 2011

KOCH 2014 KOCH JENS, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, AG 2014, p. 513–525

Kölner Komm-AUTEUR ZÖLLNER WOLFGANG / NOACK ULRICH (édit.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz : Band 3 Teil 5 : §§ 147-149 AktG, 3e éd., Cologne 2015

Kommentar FusG-AMSTUTZ/MABILLARD AMSTUTZ MARC / MABILLARD RAMON, Fusionsgesetz (FusG) : Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Bâle 2008

KRAUSKOPF 2011 KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Haftpflichtprozess gegen mehrere Schuldner, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2011, Zurich 2011, p. 123–157

KUNZ 1993 KUNZ PETER VIKTOR, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, th. Berne 1993

KUNZ 1994 KUNZ PETER VIKTOR, Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds, PJA 1994, p. 572–580

KUNZ 1996 KUNZ PETER VIKTOR, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, RSJ 1996, p. 1–5

KUNZ 1998 KUNZ PETER VIKTOR, Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechltlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status Quo und Perspektiven, PJA 1998, p. 1267–1285

KUNZ 2001a KUNZ PETER VIKTOR, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, habil. Berne 2001

KUNZ 2001b KUNZ PETER VIKTOR, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, PJA 2001, p. 883–900

KUNZ 2002 KUNZ PETER VIKTOR, Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten : zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur « Business Judgment Rule », *in* : SCHWEIZER / BURKERT / GASSER (édit.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zurich 2002, p. 445–462

KUNZ 2013 KUNZ PETER VIKTOR, Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse ?, Jusletter du 3 juin 2013

KUNZ 2014a KUNZ PETER VIKTOR, Materielle Organschaft (« faktische VR ») : Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, *in* : KUNZ / JÖRG / ARTER (édit.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Berne 2014, p. 173–195

KUNZ 2014b KUNZ PETER VIKTOR, Business Judment Rule (BJR) – Fluch oder Segen ?, RSDA 2014, p. 274–283

LAMBERT 1992 LAMBERT CLAUDE, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, th. Zurich, Berne 1992

LAMBERT/SCHLEIFFER 2008 LAMBERT CLAUDE / SCHLEIFFER PATRICK, Auskunfts- und Einsichtsrecht, GesKR-Sondernummer 2008, p. 98–103

LÄSER 2010 LÄSER MATTI, Mehrheit von Ersatzpflichtigen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit : unter Berücksichtigung versicherungsrechlicher Aspekte, th. Zurich, 2010

LEHNER 1981 LEHNER GEORG RUDOLF, Die Verantwortlichkeit der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften in rechtsvergleichender und internationalprivatrechtlicher Sicht, th. Bâle 1981

LEI RAVELLO 1992 LEI RAVELLO ROBERTINO, La responsabilité solidaire des organes de la société anonyme : étude des art. 754ss CO, en particulier de l'art. 759 CO, th. Lausanne, 1992

LENOIR 2004 LENOIR FRÉDÉRIC, Prospekthaftung im Zusammenhang mit Going Publics, th. Zurich, 2004

LEUENBERGER 2005 LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, *in* : RIEMER (édit.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht : Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zurich 2005, p. 195–207

LEU/VON DER CRONE 2013 LEU DANIEL / VON DER CRONE HANS CASPAR, Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, RSDA 2002, p. 205–211

LIVSCHITZ/SCHMID 2011 LIVSCHITZ MARK / SCHMID OLIVER, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise : Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr : Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis, PJA 2011, p. 739–746

LUTERBACHER 2003 LUTERBACHER THIERRY, Verantwortlichkeit und Versicherung, *in* : BAER (édit.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Berne 2003, p. 129–165

LUTERBACHER 2005 LUTERBACHER THIERRY, Die Schadensminderungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, th. Zurich 2005

LUTTER 2005 LUTTER MARCUS, Haftung von Vorständen, Verwaltungs- und Aufsichtsräten, Abschlussprüfern und Aktionären, RDS 2005 II, p. 415–463

MALACRIDA/SPILLMANN 2008 MALACRIDA RALPH / SPILLMANN TILL, Payback Time ?, GesKR 2008, p. 345–358

MAROLDA MARTÍNEZ 2006 MAROLDA MARTÍNEZ LARISSA, Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, th. Zurich 2007

MATHIS 2013 MATHIS KLAUS, Effiziente Haftung, Heuristics and Biases, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2013, Zurich 2013, p. 13–41

MAUERHOFER 2011 MAUERHOFER MARC ANDRÉ, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, p. 20–29

MAURER 2013 MAURER MATTHIAS, Der Vergleichsvertrag, th. Zurich, 2013

MEIER 2012 MEIER ISAAK, Die neue schweizerische ZPO : beurteilt nach dem Informationsaustausch zwischen Parteien, Gericht und Dritten, PCEF 2011/2012, p. 249–256

MEIER 2014 MEIER ISAAK, Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines schutzwürdigen Interesses, RSJ 2014, p. 309–319

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2015 MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER, Droit suisse des sociétés : Edition française traduite par PETER IORDANOV, Berne 2015

MEIER-SCHATZ 1995 MEIER-SCHATZ CHRISTIAN, Über die Zusammenarbeit des Verwaltungsrats mit der Generalversammlung, ECS 1995, p. 823–838

MEIER-WEHRLI 1968 MEIER-WEHRLI JÖRG, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG, th. Zurich 1968

MEINHARDT 2003 MEINHARDT MARCEL, Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich 2003, p. 139–164

MERLE 2015 MERLE PHLIPPE, Droit commercial : Sociétés commerciales, 19^{e} éd., Paris 2015

METZLER/SCHMUKI 2001 METZLER LUKAS / SCHMUKI MARKUS, Voraussetzungen und Folgen der Déchargeerteilung der Generalversammlung an den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, PJA 2001, p. 945–948

MÜLLER 1998 MÜLLER THOMAS, Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Fortschritt oder Systembruch ?, *in* : VON BÜREN (édit.), Aktienrecht 1992-1997 : Versuch einer Bilanz : zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berne 1998, p. 281–299

MÜLLER 2010 MÜLLER DOMINIQUE, Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubigergesamtheit : Schadenssubstanziierung, Verjährung und Treuepflichtverletzung : Besprechung des Urteils 4A_ 462/2009 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. März 2010, GesKR 2010, p. 383–388

MÜLLER K. 2015 MÜLLER KARIN, Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, RJB 2015, p. 801–843

MÜLLER L. 2015 MÜLLER LUKAS, Der Beweis der Kausalität mittels « Event Study »-Gutachten im Kontext des Kapitalmarktrechts, PJA 2015, p. 251–268

MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2014 MÜLLER ROLAND / LIPP LORENZ / PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat : Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4e éd., Zurich / Bâle / Genève 2014

MUSTAKI 2003 MUSTAKI GUY, Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de Corporate Governance, *in* : DESSEMONTET / BOHRER (édit.), Corporate Governance en Suisse, Lausanne 2003, p. 279–335

MUSTAKI 2004 MUSTAKI GUY, Corporate Governance et responsabilité du Conseil d'administration, RSDA 2004, p. 64–71

MUSTAKI/URBEN 2011 MUSTAKI GUY / URBEN LUCA, La responsabilité différenciée des administrateurs en cas de répartition des tâches, GesKR 2011, p. 315–325

MUSTAKI/URBEN 2014 MUSTAKI GUY / URBEN LUCA, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs, SJ 2013 II, p. 109–172

NÄNNI/VON DER CRONE 2006 NÄNNI MATTHIAS / VON DER CRONE HANS CASPAR, Auskunft und Einsicht im Konzern : Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. November 2005 (4C.81/2005), BGE 132 III 71, RSDA 2006, p. 150–160

NATER 2004 NATER HANS, Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Revisionsstelle im Bereich der Rechnungslegung, *in* : WEBER (édit.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zurich 2004, p. 59–75

NIKITINE 2007 NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide : Konzeption und ausgestaltung der « Business judgment rule » im Gefüge der Corporate governance, th. Zurich 2007

NOBEL 2003 NOBEL PETER, Solidarität und Unsolidarität, *in* : BAER (édit.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Berne 2003, p. 99–127

NOTH/GROB 2002 NOTH MICHAEL / GROB EVELYNE, Rechtsnatur und Voraussetzungen der obligationenrechtlichen Prospekthaftung – ein Überblick, PJA 2002, p. 1435–1462

NYFFELER 2004 NYFFELER FRANZ, Wie geht das Bundesgericht mit Verantwortlichkeitprozessen um ?, *in* : WEBER (édit.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zurich 2004, p. 7–38

OFTINGER/STARK 1995 OFTINGER KARL / STARK EMIL, Schweizerisches Haftpflichtrecht : Band I : Allgemeiner Teil, 5^{e} éd., Zurich 1995

OULEVEY 2008 OULEVEY XAVIER, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, th. Fribourg, Zurich 2008

PAULI 2004 PAULI BIANCA, Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme, th. Fribourg 2005

PEDROJA 1992 PEDROJA GRAZIANO, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, PJA 1992, p. 774–783

PERUCCHI 2011 PERUCCHI LEANDRO, Class actions für die Schweiz, PJA 2011, p. 489–504

PETER/SAUERWEIN 2007 PETER HENRY / SAUERWEIN NINA, La causalité, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs ?, *in* : CHAPUIS / WINIGER (édit.), Les causes du dommage : journée de la responsabilité civile 2006, Genève 2007, p. 145–178

PETITPIERRE-SAUVAIN 2003 PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, Loi sur les bourses et responsabilité, *in* : VON DER CRONE (édit.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht : Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 543–557

PEYER 2008 PEYER PATRIK ROGER, Das « vernünftige » Verwaltungsratsmitglied oder der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, *in* : ZINDEL / PEYER / SCHOTT (édit.), Wirtschaftsrecht in Bewegung : Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 2008, p. 85–102

PFEIFER 2009 PFEIFER MICHAEL, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats, PJA 2009, p. 12–22

PHILIPPIN 2005 PHILIPPIN EDGAR, Les comités du conseil d'administration, *in* : DESSEMONTET (édit.), Aspects actuels du droit de la société anonyme, 2005, p. 331–387

PICENONI 1945 PICENONI RENO, Der Entlastungsbeschluss, th. Zurich 1945

PraxKomm VegüV-OSER/MÜLLER OSER DAVID / MÜLLER ANDREAS (édit.), VegüV - Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zurich 2014

PraxKomm VR-KRNETA KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat : Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze, 2e éd., Berne 2005

PRYBNOW/GOGNIAT 2013 PRYBNOW VOLKER / GOGNIAT YVES, Substanziierung im Haftpflichtprozess, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2013, Zurich 2013, p. 107–127

RAPP 2014 RAPP JEAN-MARC, Jurisprudence 2013 en droit des sociétés, *in* : CHABOT (édit.), Développements récents en droit commercial III, Lausanne 2014, p. 125–135

RAUBER 1993 RAUBER GEORG, Der mittelbare Gläubigerschaden – alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, *in* : SCHLUEP / ISLER (édit.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht : zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 1993, p. 157–170

REBSAMEN 2015 REBSAMEN THOMAS, Eiwilligung in die Schädigung der Aktiengesellschaft, RSJ 2015, p. 441–452

REDENIUS-HOEVERMANN 2010 REDENIUS-HOEVERMANN JULIA, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, th. Paris 2010

REICHERT 2013 REICHERT JOCHEM, Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 2013, p. 756–781

REITER 2003 REITER MATTHEW, Prozessrechtliche Probleme im Verantwortlichkeitsverfahren, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 165–199

ROBERTO 2005 ROBERTO VITO, SWX-Sanktionen und die Folgen für Unternehmen und Manager, *in* : WALDBURGER (édit.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts : Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berne 2005, p. 593–612

ROBERTO 2006a ROBERTO VITO, Antithesen zur Haftung für Ad-hoc Publizität, GesKR 2006, p. 149–154

ROBERTO 2006b ROBERTO VITO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, p. 29–42

ROBERTO 2013 ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, Berne 2013

ROBERTO/GRECHENIG 2011 ROBERTO VITO / GRECHENIG KRISTOFFEL, Rückschaufehler (« Hindsight Bias ») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, RDS 2011 I, p. 5–26

ROBERTO/WEGMANN 2001 ROBERTO VITO / WEGMANN THOMAS, Prospekthaftung in der Schweiz, RSDA 2001, p. 161–176

ROMANO 1991 ROMANO ROBERTA, The Shareholder Suit : Litigation without Foundation ?, Journal of Law, Economics, & Organization 1991, p. 55–87

ROTH PELLANDA 2007 ROTH PELLANDA KATJA, Q& A zur Klage auf Durchführung einer Sonderprüfung nach Art. 697*a* ff. OR, GesKR 2007, p. 294–306

RUEDIN 1990 RUEDIN ROLAND, L'intérêt social, critère des décisions du conseil d'administration, JdT 1990, p. 194–210

RUEDIN 2002 RUEDIN ROLAND, Les frais et les dépens de l'action en responsabilité en matière de société anonyme (art. 759 al. 2 CO), Jusletter du 15 avril 2002

RÜETSCHI 2012 DAVID RÜETSCHI, Gesellschaftsrecht und neue ZPO, *in* : KUNZ / JÖRG / ARTER (édit.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Berne 2012, p. 201–262

RUFFNER 2000 RUFFNER MARKUS, Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften : eine ökonomische Analyse, RDS 2000 II, p. 195–234

SCHAAD 1993 SCHAAD MARIE-FRANÇOISE, La consorité en procédure civile, th. Neuchâtel 1993

SCHMID 1993 SCHMID ERNST FELIX, Zur prozessualen Umsetzung der Kostenpflicht der Gesellschaft im vom Aktionär eingeleiteten Verantwortlichkeitsprozess (Art. 756 Abs. 2 OR), *in* : SCHLUEP / ISLER (édit.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht : zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 1993, p. 341–350

SCHMID 2008 SCHMID ERNST FELIX, Prozessuales zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, *in* : PEYER / ZINDEL / SCHOTT (édit.), Wirtschaftsrecht in Bewegung : Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich / St-Gall 2008, p. 601–620

SCHMID 2015 SCHMID HANS, Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus schutzwürdigem Interesse, *in* : BREITSCHMID (édit.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung : Festschrift für Isaak Meier, Zurich / Bâle / Genève 2015, p. 621–638

SCHMIDT 2008 SCHMIDT DOMINIQUE, De quelques règles procédurales régissant l'action en responsabilité civile contre les dirigeants de sociétés « cotées » *in bonis*, *in* : ECONOMICA (édit.), Etudes de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier, Paris 2008, p. 383–392

SCHMOLKE 2011 SCHMOLKE KLAUS ULRICH, Die Aktionärsklage nach § 148 AktG, ZGR 2011, p. 398–441

SCHNYDER 2003 SCHNYDER ANTON, Verantwortlichkeitsansprüche gegen Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft – und deren Versicherbarkeit, *in* : HONSELL (édit.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts : Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 319–328

SCHNYDER 2010 SCHNYDER ANTON, « Volenti non fit iniuria » im Verantwortlichkeitsrecht, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmenrecht V, Zurich 2010, p. 43–62

SCHÖNE/PETERSEN 2012 SCHÖNE TORSTEN / PETERSEN SABRINA, Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder – quo vadis ?, AG 2012, p. 700–706

SCHWARZENBACH 2003 SCHWARZENBACH RENÉ, Die Sonderprüfung und Fact-Finding-Gutachten im Hinblick auf die Verantwortlichkeit, *in* : BÜHLER (édit.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Berne / Stuttgart / Vienne 2003, p. 67–86

SCHWENZER 2012 SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil, 6^{e} éd., Berne 2012

SETHE 2010 SETHE ROLF, Verantwortlichkeitsrecht, *in* : WATTER (édit.), Die « grosse » Aktienrechtsrevision, Zurich 2010, p. 299–323

SETHE 2014 SETHE ROLF, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, *in* : SETHE / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zurich 2014, p. 165–201

SOMMER 2010 SOMMER CHRISTA ALEXANDRA, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, th. Zurich 2010

SPINDLER 2013 SPINDLER GERALD, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, p. 889–904

SPÖRRI 2008 SPÖRRI BEAT, Vom Interesse des Aktionärs an getreuer Wahrung der Gesellschaftsinteressen, *in* : PEYER / ZINDEL / SCHOTT (édit.), Wirtschaftsrecht in Bewegung : Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich / St-Gall 2008, p. 139–157

STAEHELIN/SARASIN 1998 STAEHELIN THOMAS / SARASIN CHRISTOPHE, Gesteigerte Anforderungen und gemilderte Solidarität : eine Bilanz der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrisiken für den Verwaltungsrat, *in* : VON BÜREN (édit.), Aktienrecht 1992-1997 : Versuch einer Bilanz : zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berne 1998, p. 343–361

STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013 STAEHELIN ADRIAN / STAEHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Zurich / Bâle / Genève 2013

STEINAUER 2009 STEINAUER PAUL-HENRI, Traité de droit privé Suisse : Le Titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009

STEININGER 2011 STEININGER THOMAS, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, th. Zurich 2011

STOFFEL 2009 STOFFEL WALTER, La solidarité différenciée en matière de responsabilité des organes en droit des SA, *in* : IMSAND (édit.), La pluralité des responsables, Berne 2009, p. 105–126

STUTZ/VON DER CRONE 2003 STUTZ BETTINA / VON DER CRONE HANS CASPAR, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht. Urteil des Bundesgerichts 127 III 332, RSDA 2003, p. 102–110

SUTER 2010 SUTER CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, th. St-Gall, Zurich 2010

TREZZINI 2011 TREZZINI FRANCESCO, L'exécution des décisions portant sur une prestation autre qu'en argent (art. 335 ss CPC), *in* : BOHNET (édit.), Quelques actions en exécution, Neuchâtel 2011, p. 87–104

TRIGO TRINDADE 1996 TRIGO TRINDADE RITA, Le conseil d'administration de la société anonyme : composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs, th. Genève, Bâle 1996

TRIGO TRINDADE 1999 TRIGO TRINDADE RITA, Du devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts, SJ 1999 I, p. 385–411

TRIGO TRINDADE 2004a TRIGO TRINDADE RITA, Chacun pour soi, un pour tous, tous pour tous, *in* : HÉRITIER LACHAT / LAURENT (édit.), De lege ferenda : Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch, Genève 2004, p. 171–175

TRIGO TRINDADE 2004b TRIGO TRINDADE RITA, La répartition des tâches au sein du conseil d'administration, RSDA 2004, p. 24–35

TRÖGER 2015 TRÖGER TOBIAS, Durchsetzung der Vorstandshaftung, ZHR 2015, p. 453–489

TRUFFER 2008 TRUFFER ROLAND, Die Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung (Art. 731*a* OR), *in* : VOGT / STUPP / DUBS (édit.), Unternehmen – Transaktion – Recht : Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zurich / St-Gall 2008, p. 405–428

UMBACH 2006 UMBACH PATRICK, Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüchen, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zurich 2006, p. 25–45

UMBACH/WEBER 2003 UMBACH PATRICK / WEBER ROLF, Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 111–137

VENTURI/BAUEN 2007 VENTURI SILVIO / BAUEN MARC, Le conseil d'administration, Zurich / Bâle / Genève 2007

VISCHER 1978 VISCHER FRANK, Zur Stellung und Verantwortung des Verwaltungsrates in der Grossaktiengesellschaft, *in* : FORSTMOSER (édit.), Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, 1978, p. 71–93

VOCK 2000 VOCK DOMINIK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, th. Zurich 2007

VOGEL 1998 VOGEL OSCAR, Aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozess : Kosten- und Entschädigungsfolge, Art. 759 Abs. 2 OR : BGE 122 III 324 ff. RSDA 1998, p. 146–149

VOGT 2008 VOGT HANS-UELI, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zurich 2008, p. 21–59

VOGT 2012 VOGT HANS-UELI, Aktionärsdemokratie, Zurich 2012

VOGT/BÄNZIGER 2012 VOGT HANS-UELI / BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, p. 607–627

VON DER CRONE 1994 VON DER CRONE HANS CASPAR, Interessenkonflikte im Aktienrecht, RSDA 1994, p. 1–11

VON DER CRONE 1998 VON DER CRONE HANS CASPAR, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, RSDA 1998, p. 157–169

VON DER CRONE 2000 VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, RDS 2000 II, p. 235–275

VON DER CRONE 2006a VON DER CRONE HANS CASPAR, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, *in* : BAER (édit.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Berne 2006, p. 79–99

VON DER CRONE 2006b VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, RSDA 2006, p. 2–19

VON DER CRONE 2014 VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Berne 2014

VON DER CRONE/BLOCH 2012 VON DER CRONE HANS CASPAR / BLOCH BENJAMIN, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten ?, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zurich 2012, p. 83–119

VON DER CRONE/BUFF 2015 VON DER CRONE HANS CASPAR / BUFF FELIX, Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit noch zeitgemäss ?, RSDA 2015, p. 444–458

VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006 VON DER CRONE HANS CASPAR / CARBONARA ANTONIO / HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung : ein funktionaler und systematischer Überblick, Bâle 2006

VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÌNEZ 2004 VON DER CRONE HANS CASPAR / CARBONARA ANTONIO / MAROLDA MARTÌNEZ LARISSA, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, RSJ 2004, p. 405–412

VON FISCHER 1999 VON FISCHER MARIE, Die Ad hoc-Publizität nach Art. 72 Kotierungsreglement unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsfrage, th. Berne 1999

VON HOLZEN 2006 VON HOLZEN CRISTINA, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, th. Bâle, 2006

VON STEIGER 1942 VON STEIGER FRITZ, Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SAS 1942, p. 1–9

VON STEIGER 1966 VON STEIGER FRITZ, Das Recht der Aktiengesellschaft, Zurich 1966

WÄCHTER 1888 WÄCHTER HERMANN, Einige Bemerkungen zum Art. 674 O. R. RDS 1888, p. 381–398

WAGNER 2011 WAGNER GERHARD, Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, LQR 2011, p. 55–82

WAGNER 2014 WAGNER GERHARD, Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 2014, p. 227–281

WALDMANN 2009 WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, th. Bâle 2009

WALTER 2003 WALTER HANS PETER, Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, *in* : BAER (édit.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Berne 2003, p. 73–97

WATTER 1990 WATTER ROLF, Unternehmensübernahmen, Zurich 1990

WATTER 2002 WATTER ROLF, Pflichten und Handlungsmöglichkeiten des Verwaltungsrates in Übernahmesituationen, *in* : TSCHÄNI (édit.), Mergers & Acquisitions IV, Zurich 2002, p. 1–17

WATTER 2003 WATTER ROLF, Die Informationsversorgung des Aktionärs : insbesondere die SWX-Richtlinie betr. Information zur Corporate Governance, *in* : BÜHLER (édit.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Berne / Stuttgart / Vienne 2003, p. 33–66

WATTER 2004 WATTER ROLF, Investorenschaden wegen falscher Rechnungslegung, *in* : VON DER CRONE (édit.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts : Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zurich 2004, p. 429–451

WATTER/DUBS 2001 WATTER ROLF / DUBS DIETER, Der Déchargebeschluss, PJA 2001, p. 908–923

WATTER/GARBARSKI 2009 WATTER ROLF / GARBARSKI ANDREW, La répartition des frais du procès en responsabilité (art. 756 CO), GesKR 2009, p. 148–162

WATTER/PÖSCHEL 2011 WATTER ROLF / PÖSCHEL INES, Neinsager und Nichtstimmer : ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 2011

WATTER/REICHENBERG 2005 WATTER ROLF / REICHENBERG PAULA, La responsabilité des sociétés cotées en bourse liée à leurs communications financières défaillantes, PJA 2005, p. 969–985

WEBER 1988 WEBER ROLF, Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis ?, RDS 1988, p. 39–59

WEBER 1998 WEBER ROLF, Sonderprüfung – Hürdenlauf ohne Ende für den Aktionär ?, *in* : VON BÜREN (édit.), Aktienrecht 1992-1997 : Versuch einer Bilanz : zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berne 1998, p. 401–413

WEBER 2002 WEBER ROLF, Streifzüge durch das Verantwortlichkeitsrecht, Revue de l'avocat 2002, p. 5–9

WEBER 2006 WEBER ROLF, Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen, *in* : WEBER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zurich 2006, p. 147–165

WEBER 2007 WEBER ROLF, Anlageschäden, *in* : EMMENEGGER (édit.), Anlagerecht, Bâle 2007, p. 129–158

WEBER 2008 WEBER ROLF, Verantwortlichkeit der Unternehmensorgane für regulatorische Interventionen, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zurich 2008, p. 115–145

WEBER 2012 WEBER ROLF, Schweizerisches Verantwortlichkeitsrecht – Stolpersteine heute Potentiale morgen, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zurich 2012, p. 161–216

WEBER/FERCSIK SCHNYDER 2008 WEBER ROLF / FERCSIK SCHNYDER URSULA, Von der Sonderprüfung zur Sonderuntersuchung, GesKR Sondernummer 2008, p. 113–117

WEGMÜLLER 2013 WEGMÜLLER MARCEL, Prozessfinanzierung in der Schweiz : Bestandesaufnahme und Ausblick, REAS 2013, p. 235–245

WEY 2008 WEY RAINER, Kommerzielle Prozessfinanzierung – ein Überblick über Angebot und Rechtsfragen, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2008, Zurich / Bâle / Genève 2008, p. 43–82

WEY 2010 WEY RAINER, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, *in* : FELLMANN / WEBER (édit.), Haftpflichtprozess 2010, Zurich 2010, p. 53–78

WIDMER 1961 WIDMER KURT, Das Recht des Aktionärs auf auskunfterteilung de lege lata und de lege ferenda (Art. 697 OR), th. Zurich, 1961

WIDMER/CAMPONOVO 2008 WIDMER DIETER / CAMPONOVO RICO, Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht : ein Schritt in die richtige Richtung zur Lösung der Haftungsfrage : Botschaft vom 21. Dezember 2007, ECS 2008, p. 110–114

WIEGAND 1993 WIEGAND WOLFGANG, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, *in* : VON BÜREN / HAUSHEER / WIEGAND (édit.), Grundfragen des neuen Aktienrechts : Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Berne 1993, p. 1–17

WIEGAND 1998 WIEGAND WOLFGANG, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, *in* : MARGELISCH / WINZELER (édit.), Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht : Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zurich 1998, p. 143–169

WIELAND 1904 WIELAND ALFRED, Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach O.R. Art. 674, RDS 1904 23, p. 260–294

WILHELM 1967 WILHELM GEORGES, Quelques aspects de la responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes : étude de droit comparé : droit suisse, droits français et allemand, th. Genève, 1967

WYSS 1953 WYSS HEINZ, Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung (Art. 697 OR), th. Zurich 1953

WYSS 2015 WYSS LUKAS, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz, Jusletter du 16 février 2015

WYTTENBACH 2012 WYTTENBACH MICHAEL, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff ?, th. Bâle 2012

ZÄCH/TRIEBOLD 1998 ZÄCH ROGER / TRIEBOLD CLAUDIUS, Zur differenzierten Solidarhaftung des Verwaltungsrates, *in* : VON BÜREN (édit.), Aktienrecht 1992-1997 : Versuch einer Bilanz : zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berne 1998, p. 421–433

ZK FusG-AUTEUR VISCHER FRANK (édit.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2e éd., Zurich 2012

ZK-AEPLI AEPLI VIKTOR, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V/1h/1 : Art. 114-126 OR : Das Erlöschen der Obligationen, 3e éd., Zurich 1991

ZK-BOSSARD BOSSARD ERNST, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V/6/3b : Art. 957-964 : Die kaufmännische Buchführung, Zurich 1984

ZK-BÜRGI BÜRGI FRIEDRICH WOLFHART, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V/5b/2 : Art. 698-738 OR : Organisation der Aktiengesellschaft, Zurich 1969

ZK-BÜRGI/NORDMANN BÜRGI FRIEDRICH WOLFHART / NORDMANN-ZIMMERMANN URSULA, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V/5b/3 : Art. 739-771 OR : Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Zurich 1979

ZK-HOMBURGER HOMBURGER ERIC, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V/5b : Art. 707-726 OR : Der Verwaltungsrat, Zurich 1997

ZK-STAEHELIN STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V/2c : Der Arbeitsvertrag : Art. 319-330a OR, Zurich 2006

ZK-TANNER TANNER BRIGITTE, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V/5b : Art. 698-706*b* OR : Die Generalversammlung, Zurich 2003

ZPO Komm-Schulthess-AUTEUR SUTER-SOMM THOMAS / HASENBÖHLER FRANZ / LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3e éd., Zurich / Bâle / Genève 2016

ZÜRCHER 2012 ZÜRCHER JOHANN, Der Schaden im Verantwortlichkeitsprozess, *in* : WEBER / ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zurich 2012, p. 7–26

Travaux préparatoires et rapports

Avis sur la crise financière	Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis, Avis du Conseil fédéral relatif Au rapport du 30 mai 2010 des Commissions de gestion des Chambres fédérales, 13 octobre 2010, FF 2011 3263 ss
EU Study on Liability	Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Markt by CARSTEN GERNER-BEUERLE, PHILIP PAECH and EDMUND PHILIPP SCHUSTER (Department of Law, London School of Economics), Londres, Avril 2013
Exercice collectif des droits	Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013
Message 1983	Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 757
Message 2007	Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce, FF 2007 1407
Message 2008	Message du Conseil fédéral du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2008 265
Message CPC	Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841
Message LFus	Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, FF 2000 3995

Message LSFin	Message du conseil fédéral du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers ((LEFin), FF 2015 8101
Rapport 2005	Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du code des obligations : droit de la société anonyme et droit comptable du 2 décembre 2005
Rapport 2014	Rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations (droit de la société anonyme) du 28 novembre 2014
Rapport BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET	PETER BÖCKLI / CLAIRE HUGUENIN / FRANÇOIS DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe « Corporate Governance » zur Teilrevision des Aktienrechts
Rapport LSFin	Rapport explicatif relatif au projet de loi fédérale sur les services financiers (LSFin) et de loi fédérale sur les établissements financiers LEFin) soumis à consultation, du 25 juin 2014
Rapport ORAb	Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), du 14 juin 2013
Rapport UMAG	Gesetzentwurf der Bundesregierung : Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) du 14 mars 2005, Deutscher Bundestag, Drucksache 15/5092
Rapport WIDMER / WESSNER	PIERRE WIDMER / PIERRE WESSNER, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile, Berne 2000
Transparenzbericht UBS	UBS SA, Transparenzbericht an die Aktionärinnen und Aktionäre der UBS AG, Zurich/Bâle 2010
Résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014	KARIN POGGIO / FLORIAN ZIHLER / ADRIAN TAGMANN, Résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations (droit de la société anonyme), Berne, 17 septembre 2015

Abréviations

aCO	ancienne disposition du CO
aCst.	ancienne disposition de la Constitution fédérale
AG	Die Aktiengesellschaft (revue, Allemagne)
AktG	*Aktiengesetz* du 6 septembre 1965 (BGBl. I p. 1089) (Allemagne)
al.	alinéa(s)
aLBVM	ancienne disposition de la LBVM
AnwGebV/ZH	Verordnung über die Anwaltsgebühren du 8 septembre 2010 (Zurich ; LS 215.3
AP-CO 2005	Avant-projet de modification du code des obligations du 2 décembre 2005
AP-CO 2014	Avant-projet de modification du code des obligations (société anonyme) du 28 novembre 2014
AP-CPC 2014	disposition du CPC modifiée par l'avant-projet de modification du code des obligations (société anonyme) du 28 novembre 2014
AP-LSFin	Avant-projet de loi fédérale sur les services financiers du 25 juin 2014
AppG	*Appellationsgericht*
aRS	ancien numéro au recueil systématique
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BBl	*Bundesblatt* (version allemande de la Feuille fédérale)
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* du 18 août 1896, nouvelle version du 2 janvier 2002 (BGBl. I p. 42) (Allemagne)
BGBl.	*Bundesgesetzblatt* (organe officiel de publications des lois de la République fédérale d'Allemagne)

BGH	*Bundesgerichtshof*
BJM	Basler juristische Mitteilungen (revue)
BK	Berner Kommentar
BL	Bâle-Campagne
BSK	Basler Kommentar
C. com.	Code de commerce (France)
CA	conseil d'administration
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CEO	*Chief executive officer*
CFO	*Chief financial officer*
CGA Zurich	Zurich Compagnie d'Assurances sur la Vie SA, Conditions générales de l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux, Edition 01-2009, disponible sur www.zurich.ch (dernière visite le 21 septembre 2016)
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
CJ	Cour de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CL	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano), RS 0.275.12
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
COPA	Commission des OPA
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272

CPC-FR	Code du 28 avril 1953 de procédure civile (Fribourg, abrogé), RSF 270.1
CR	Commentaire romand
CSBP	Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise du 28 août 2014, Economiesuisse
DCG	Directive SIX Exchange Regulation du 1er septembre 2014 concernant Informations relatives à la Corporate Governance
Del.	Delaware
Del. Ch.	*Delaware Court of Chancery*
DPC	Directive SIX Exchange Regulation du 20 juin 2012 concernant la présentation des comptes
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
EG ZPO/AG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung du 23 mars 2010 (Argovie ; SAR 221.200)
EG-ZPO/SG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung du 15 juin 2010 (St-Gall ; sGS 961.2)
en part.	en particulier
etc.	*et caetera* (et autres)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
HG	*Handelsgericht*
i. e.	*id est* (c'est-à-dire)
i. f.	*in fine* (à la fin)
i. i.	*in initio* (au début
i. m.	*in medio* (au milieu)
Inc.	Incorporation
GE	Genève

GebV OG/ZH	Gebührenverordnung des Obergerichts du 8 septembre 2011 (Zurich ; LS 211.11)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess du 10 mai 2010 (Zurich ; LS 211.1)
GR	Grisons
habil.	thèse d'habilitation
JdT	Journal des tribunaux (revue)
JU	Jura
JZ	Juristenzeitung (revue, Allemagne)
KG	*Kantonsgericht*
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
let.	lettre(s)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LFINMA	Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007, RS 956.1
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (Loi sur les fors, aRS 272 ; abrogée le 1er janvier 2011)
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS 221.301
LG	*Landgericht*, juridiction de première instance (Allemagne)
LIA	Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé, RS 642.21
LiCPM/BE	Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 11 juin 2009 (Berne, RSB 271.1)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11

LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, RS 958.1
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, RS 953.61
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
LQR	Law Quarterly Review
LS	Loseblattsammlung (recueil systématique du canton de Zurich)
LTVA	Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée, RS 641.20
N	numéro(s) marginal (marginaux)
n.	note de bas de page
n°	numéro
NE	Neuchâtel
not.	notamment
OG	*Obergericht*
OOPA	ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition du 21 août 2008, RS 954.195.1
OPA	offre(s) publique(s) d'acquisition
ORAb	Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse, RS 221.331
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
P-CO 1928	Projet de loi fédérale révisant les titres XXIV à XXXIII du code des obligations, FF 1928 393
P-CO 1983	Projet de révision du code des obligations (société anonyme) du 23 février 1983, FF 1983 II 979

P-CO 2007	Projet de révision du code des obligations (droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) du 21 décembre 2007, FF 2007 1571
P-CO 2008	Projet de révision du code des obligations (société anonyme) du 5 décembre 2008, FF 2008 307
P-CPC 2008	disposition du CPC modifiée par le projet de révision du code des obligations (société anonyme) du 5 décembre 2008, FF 2008 307
P-LSFin	Projet de loi sur les services financiers (LSFin) du 4 novembre 2015, FF 2015 8289
PCEF	= ZZZ, Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée (revue)
phr.	phrase
PJA	= AJP, Pratique juridique actuelle (revue)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
RC	Règlement de cotation SIX Exchange Regulation du 1er janvier 2016
RDS	= ZSR, Revue de droit suisse
REAS	= HAVE, Responsabilité et assurance (revue)
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de Cour de justice des Communautés européennes
réf.	référence(s)
rés.	résumé
RJB	= ZBJV, Revue de la société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
rs/GE	Recueil systématique genevois
RSB	Recueil systématique des lois bernoises

RSDA	= SZW, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSF	Recueils systématique de la législation fribourgeoise
RSJ	= SJZ, Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSPC	= SZZP, Revue suisse de procédure civile
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (revue, France)
RTFMC/GE	Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (Genève ; rs/GE E 1 05.10)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)
SA	société anonyme
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SAS	= SAG, Société anonyme suisse (revue)
SG	Saint-Gall
sGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SJ	La semaine judiciaire (revue)
SPI	Swiss Performance Index
ss	et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse
TFJC/VD	Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, (Vaud ; RSV 270.11.5)
th.	thèse de doctorat
TFrais/NE	Décret fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative du 6 novembre 2012 (Neuchâtel, RSN 164.1)
v.	*versus*

VermAnlG	*Gesetz über Vermögensanlagen (Vermögensanlagengesetz)* du 06.12.2011 (BGBl. I p. 2481)
WpHG	*Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz)* du 26 juillet 1994 (BGBl. I p. 2708) (Allemagne)
WpPG	*Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist (Wertpapierprospektgesetz)* du 22 juin 2005 (BGBl. I p. 1698) (Allemagne)
ZG	Zoug
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (revue, Allemagne)
ZH	Zurich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (revue, Allemagne)
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO/ZH	Gesetz über den Zivilprozess du 13 juin 1976 (Zurich)

Introduction

I. Problématique

Les dernières années ont été marquées par une défiance croissante envers les dirigeants de grandes entreprises, stigmatisés notamment pour leur rôle dans les crises ayant secoué et même anéanti des emblèmes de l'économie suisse comme UBS SA ou Swissair. Ce ressentiment est nourri notamment par une apparente disproportion entre la rémunération de ces cadres et la qualité de leur gestion. Il s'est d'ailleurs traduit dans la législation par l'adoption, le 3 mars 2013, de l'initiative contre les rémunérations abusives, provisoirement mise en œuvre par l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), entrée en vigueur le 1er janvier 2014 [1]. Si la rémunération des dirigeants est problématique, l'indignation qu'elle suscite est attisée par l'absence apparente de sanction frappant des choix stratégiques apparemment douteux ou encore l'exploitation de la fortune sociale à des fins personnelles. 1

L'amélioration de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants est une thématique qui occupe le législateur et la doctrine depuis un certain temps déjà. Il s'agissait de l'une des idées directrices de la révision du droit de la société anonyme de 1992 [2] et elle est toujours à l'ordre du jour, très directement dans l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 [3], mais aussi dans des projets annexes, comme la future législation sur les services financiers, qui cherche à offrir des moyens de règlement collectif des litiges aux investisseurs ayant subi des préjudices sur les marchés de capitaux [4]. Un aspect central de ces efforts est l'amélioration de la mise en œuvre de la responsabilité hors de la faillite. Les actions en responsabilité contre les dirigeants de sociétés anonymes en cours de vie sociale sont en effet très rares du fait d'obstacles particuliers, liés aussi bien au droit matériel qu'à la procédure, qui n'existent pas lorsque les dirigeants sont poursuivis après la faillite de la société [5]. Cette apparente impunité est apparue en pleine lumière suite au sauvetage d'UBS 2

1 RO 2013 4403.

2 Message 1983, p. 783 et *passim*.

3 Rapport 2014, p. 2 et *passim*.

4 Art. 72 P-LSFin (fondement de la responsabilité) ; art. 114a P-CPC (frais de procès) ; voir ég. Message LSFin, p. 8103, 8203 ss.

5 Sur l'importance d'améliorer la mise en œuvre de la responsabilité en cours de vie sociale au niveau européen, voir ég. EU Study on Liability, p. 238 ; GELTER 2012, p. 848 et les réf.

et à l'apparition de la problématique des institutions trop importantes pour être mises en faillite *(too big to fail)* [6].

3 Parallèlement à cette évolution législative, la pratique enregistre une augmentation sensible des cas de responsabilité des dirigeants ces dernières années [7]. Selon certains auteurs, cette exposition des organes de gestion à la responsabilité risque d'être encore accentuée avec l'abandon de fait de la responsabilité solidaire des organes de révision prévue dans le projet de révision du droit de la société anonyme du 21 décembre 2007 et l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 (art. 759 al. 1bis P-CO 2007 et art. 759 al. 2 AP-CO 2014) [8].

4 Face à cette tendance au durcissement, des voix s'élèvent pour exposer les difficultés inhérentes au travail des organes de gestion, placés dans une situation particulièrement délicate : alors qu'ils sont soumis à un catalogue d'obligations et d'attributions touffu, leur négligence la plus légère peut déjà causer des dommages dépassant largement leur capacité financière [9]. Ces difficultés sont accentuées par le fait que les dirigeants doivent prendre des décisions complexes, sous la pression du temps et sur la base d'informations nécessairement incomplètes [10]. En raison de ces contraintes, s'assurer en toutes situations que les devoirs imposés par la loi seront respectés peut paraître quasiment impossible [11]. Placés sous cette épée de Damoclès, il n'est pas surprenant que de plus en plus d'organes dirigeants souscrivent une assurance responsabilité civile pour leur activité [12], voire refusent simplement les mandats qu'ils jugent trop exposés [13].

5 La responsabilité des dirigeants est une problématique complexe, comme le révèle la diversité des enjeux et des tendances que nous venons de présenter. Nous souhaitons conduire une étude sur l'équilibre que devrait atteindre le régime juridique entre mise en œuvre de la responsabilité et liberté laissée aux organes de gestion. Afin que le débat ne reste pas purement théorique, nous concentrerons notre analyse autant que possible sur les situations de la vie sociale qui impliquent un réel risque de responsabilité pour les dirigeants. Nous accorderons par ailleurs une certaine importance aux conséquences matérielles de la

6 Avis du conseil fédéral du 13 octobre 2010 sur le Rapport du 30 mai 2010 des Comissions de gestion des Chambres fédérales, « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis », FF 2011 3263, p. 3302 ss. Voir ég. Motion parlementaire 01.3269, « Transparence et responsabilité dans la société anonyme », visant notamment « un droit de la responsabilité plus strict prévoyant des droits plus étendus aux actionnaires minoritaires et aux créanciers déjà avant la menace de l'ouverture d'une faillite ».

7 Voir KELLER 2011, p. 2 ; BÄRTSCHI 2014, p. 44.

8 Voir PFEIFER 2009, p. 15 ; WIDMER/CAMPONOVO 2008, p. 114.

9 VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 90 ; NOBEL 2003, p. 107 ; WAGNER 2014, p. 234.

10 RUFFNER 2000, p. 203 ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 115, 378.

11 RUFFNER 2000, p. 204 ; voir ég. DRUEY 2003a, p. 17.

12 DAENIKER 2009, p. 379.

13 FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, p. 106 n. 21 ; BACHMANN 2014, p. E 16.

responsabilité pour l'organe individuel, c'est-à-dire au risque qu'il subisse personnellement un désavantage patrimonial suite à un manquement.

II. Délimitation

Nous étudierons la responsabilité civile des organes de gestion hors de la faillite, envers la société anonyme et les actionnaires, fondée principalement sur l'art. 754 CO [14]. Nous intégrerons également des réflexions relatives à la responsabilité des dirigeants fondée sur l'art. 752 CO, l'art. 41 CO, la responsabilité fondée sur la confiance et, marginalement, l'art. 108 LFus. Nous n'aborderons pas spécifiquement la responsabilité pénale des dirigeants [15]. Le présent travail étant centré sur la relation entre les dirigeants et la société ou ses actionnaires, nous n'aborderons pas les développements en lien avec la responsabilité des entreprises envers les tiers basée sur des principes sociaux ou environnementaux [16]. 6

La thématique sera abordée sous l'angle spécifique de l'action en responsabilité hors faillite. Les questions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité par la masse en faillite ou les créanciers cessionnaires de prétentions de la masse (art. 757 CO ; art. 260 al. 1 LP) seront dès lors exclues ; en particulier, nous ne nous confronterons pas à la théorie de la prétention de la communauté des créanciers, qui a une influence notable sur la situation des administrateurs lorsque l'action en responsabilité est intentée suite à la faillite de la société [17]. 7

La présente thèse se concentre sur les aspects de droit civil, raison pour laquelle nous n'aborderons pas non plus les responsabilités fondées sur le droit public. D'ailleurs, en matière de cotisations sociales (art. 52 al. 2 LAVS), la responsabilité des organes est subsidiaire à celle de la société et présuppose l'insolvabilité de l'entreprise [18]. En matière fiscale (art. 55 al. 1 LIFD ; art. 15 al. 1 let. b LIFD et art. 15 al. 1 let. f LTVA), les organes répondent solidairement avec la société, mais leur responsabilité présuppose la dissolution de la société assujettie, ou du moins sont transfert à l'étranger. 8

[14] La responsabilité envers les créanciers ne sera pas développée, puisque la probabilité qu'ils subissent un dommage hors de la faillite de la société est essentiellement théorique (N 212 *infra*).

[15] À ce sujet, voir GARBARSKI 2006.

[16] Voir notamment dans ce contexte l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » qui prévoit une responsabilité des entreprises pour les dommages causés par leurs filiales en violation des droits de l'homme internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales (art. 101*a* al. 2 let. c Cst. ; FF 2015 2979).

[17] Voir not. à ce sujet JENNY 2012 et KUNZ 1993.

[18] Voir ATF 113 V 256, consid. 3c ; 123 V 12, consid. 5b.

III. Terminologie

9 Notre travail se veut centré sur les membres du conseil d'administration. Le champ des personnes visées par l'art. 754 CO est plus large, puisqu'il vise non seulement les membres formels du conseil d'administration, mais aussi « les personnes qui s'occupent de la gestion et de la liquidation ». Nous parlerons généralement de dirigeants ou d'organes de gestion lorsque nous viserons les sujets passifs de la responsabilité au sens de l'art. 754 CO ; dans les développements consacrés plus spécifiquement aux membres du conseil d'administration, nous utiliserons le terme d'administrateurs. Pour des motifs de lisibilité, nous nous en tenons à la forme masculine de ces termes, sans pour autant être indifférent à la problématique de l'accès des femmes aux postes dirigeants [19].

IV. Objectifs

10 Notre travail vise à concevoir un régime de responsabilité qui encourage autant que possible les dirigeants à déployer une activité de direction et de gestion en ligne avec les intérêts de l'entreprise, ou du moins qui ne fasse pas obstacle à une telle activité. Ce résultat dépend aussi bien de la portée des règles matérielles que de leur mise en œuvre judiciaire. Il est dès lors nécessaire d'adopter une approche globale et cohérente, qui tienne compte des interactions entre le droit de fond et le droit formel [20].

11 Nous accordons une certaine importance aux conséquences économiques de la responsabilité pour le dirigeant individuel et à la manière dont elles influencent l'activité de gestion. On peut en effet partir de la prémisse que le dirigeant cherchera à optimiser le bénéfice qu'il peut retirer de son activité de gestion, compte tenu notamment du risque de devoir payer une indemnité en cas de responsabilité [21]. Afin d'atteindre l'objectif fixé, la responsabilité doit dès lors influencer ce calcul de manière à ce qu'une activité conforme aux devoirs et axée sur les intérêts de la société soit aussi la plus avantageuse pour les organes de gestion. Pour donner au justiciable les moyens d'anticiper avec une certaine précision les conséquences de ses actes, les règles de droit devront, de manière générale, être le plus claires possible [22].

12 Du point de vue du droit matériel, il faudra trouver un régime qui puisse prévenir les actes

[19] La part des femmes dans les organes dirigeants reste faible : selon le schillingreport 2016, qui analyse la composition des organes dirigeants des 100 plus grandes entreprises de Suisse, seuls 6% des postes au sein des directions sont occupés par des femmes ; la situation est légèrement meilleure au sein des conseils d'administration, où elles occupent 16% des sièges (guido schilling ag, Transparenz and der Spitze : Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich : Anhang, Zurich 2016, p. 9 s.).

[20] Comp. HABERSACK 2013, p. 784 ss ; WAGNER 2014, p. 251.

[21] WAGNER 2014, p. 251 ; voir ég. RUFFNER 2000, p. 203.

[22] VON DER CRONE 1998, p. 163, 166 s. ; BÄRTSCHI 2001, p. 26.

contraires aux intérêts de la société et les prises de risque excessives tout en n'entravant pas une activité profitable à la société. Il faudra notamment étudier l'institution de règles matérielles garantissant un *« safe haven »* aux dirigeants, soit en définissant clairement les limites d'un comportement conforme au droit, soit en réservant un domaine de compétence qui ne pourra pas être revu par un tribunal [23]. Alternativement, on peut aussi envisager d'atténuer les conséquences de la responsabilité en limitant l'exposition financière des dirigeants [24] ; cette exonération peut passer par la mise en place d'exclusions ou de plafonds de responsabilité ou par l'assurance responsabilité civile [25]. Enfin, il faudra également accorder une certaine importance à l'influence de la répartition du travail sur la responsabilité (art. 716*a* al. 2 et 716*b* al. 1 CO). Cette prise en compte des fonctions exercées par chacun constitue le pendant approprié du partage des tâches au sein des organes de gestion.

Toutes ces réflexions ne sont cependant utiles que si les dirigeants prennent au sérieux 13
le risque d'être sanctionnés pour leurs fautes. La mise en œuvre de la responsabilité doit être une possibilité réaliste, sous peine de vider de toute efficacité les règles matérielles [26]. Or les actions en responsabilité hors faillite sont particulièrement rares. Il s'agira donc de trouver des solutions facilitant leur introduction [27]. Lorsqu'un dommage a été causé à la société, l'action en responsabilité peut être intentée par la société ou par les actionnaires en paiement à la société (art. 756 al. 1 CO ; action *oblique* ou *dérivée*). Comme la mise en œuvre de la responsabilité par la société elle-même peut être entravée par des obstacles structurels, il est particulièrement important que l'action oblique ne soit pas soumise à des conditions rédhibitoires. Cela peut passer par la réduction des coûts et de la durée du procès en responsabilité, mais aussi l'abaissement des barrières juridiques, comme les limites en pourcentage d'actions nécessaires pour pouvoir agir, les conditions pour l'accès aux informations pertinentes ou encore la répartition des fardeaux de preuve [28]. Une certaine attention devra cependant être portée aux risques d'abus pouvant survenir si l'action en responsabilité devenait trop attrayante pour les actionnaires minoritaires [29].

Les dommages causés aux actionnaires peuvent typiquement se présenter sous la forme de 14
dommages dispersés, c'est-à-dire des dommages patrimoniaux de faible valeur subis par un grand nombre de personnes en raison d'un même événement [30]. Tel sera le cas en particulier

23 BACHMANN 2014, p. E 23 ; WAGNER 2014, p. 258.
24 BACHMANN 2014, p. E 23 ; WAGNER 2014, p. 258 ; FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 842 ; VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 95 ; voir déjà FORSTMOSER 1978, p. 56.
25 FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 842.
26 WAGNER 2014, p. 255 ; voir ég. FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 842 ; KALSS 2005, p. 644 ; WEBER 2002, p. 5 ; VON DER CRONE 1998, p. 163, 166 s.
27 FORSTMOSER 1978, p. 56 ; BACHMANN 2014, p. E 23.
28 Comp. GELTER 2012, p. 846 ; KALSS 2005, p. 670 ; VON DER CRONE 1998, p. 164, 168. Voir ég. EU Study on Liability, p. 238.
29 RUFFNER 2000, p. 201 s.
30 Exercice collectif des droits, p. 12.

lorsque les dirigeants causent des dommages aux investisseurs sur les marchés financiers par la diffusion d'informations inexactes. En raison du faible intérêt financier à agir seul en réparation de ce type de dommage, l'amélioration de la mise en œuvre passera sans doute par l'introduction d'une forme de procédure collective. Ce type de règlement des litiges ne sera attrayant que s'il permet effectivement de liquider un grand nombre de cas à la fois, ce qui implique qu'ils présentent un certain niveau de similarité au niveau matériel, mais aussi juridique. L'attractivité d'une procédure collective dépendra dès lors aussi de la définition des conditions matérielles de la responsabilité.

15 Pour que la menace de la sanction soit efficace, il faut enfin que les dirigeants ne puissent pas influencer la manière dont la société dispose des prétentions en responsabilité envers eux. Pour cette raison, il faudra étudier les conditions posées à l'octroi d'une décharge (art. 758 CO), à la prise en charge des indemnités par la société en cas de condamnation et à la conclusion de transactions pour régler le litige [31].

V. Articulation

16 L'objectif poursuivi par la présente thèse impose une approche globale de la problématique, prenant en compte aussi bien les conditions matérielles de la responsabilité des dirigeants que les conditions de sa mise en œuvre.

17 La première partie du présent travail sera consacrée au droit matériel ; après avoir défini la fonction de la responsabilité des organes de gestion (chap. 1 *infra*), nous étudierons les conditions de celle-ci, à savoir : un manquement aux devoirs, un dommage, le lien de causalité entre le manquement et le dommage, et une faute (art. 754 CO). Notre exposé relatif à la condition du manquement aux devoirs (chap. 2 *infra*) commencera par une brève classification des cas pouvant fonder une responsabilité des dirigeants hors de la faillite, aussi bien envers la société qu'envers les actionnaires. Ces catégories de cas nous serviront de trame pour développer les conditions du manquement aux devoirs et étudier l'opportunité et les modalités d'un *safe haven* pour les dirigeants. L'étude des conditions du dommage (chap. 3 *infra*), de la causalité (chap. 4 *infra*) et de la faute (chap. 5 *infra*) se basera également sur cette typologie lorsque cela est opportun. Dans le contexte des conditions de la responsabilité, nous étudierons également la question de la responsabilité solidaire, caractérisée par le régime de solidarité différenciée prévu à l'art. 759 al. 1 CO (chap. 6 *infra*) ; il s'agira en particulier de déterminer dans quelle mesure le partage des tâches peut mener à une réduction de la responsabilité.

18 La deuxième partie inclut l'étude des facteurs de réduction de la responsabilité. Nous étudierons tout d'abord l'institution de la décharge (chap. 7 *infra*), puis nous passerons

[31] Comp. EU Study on Liability, p. 238.

à l'examen de divers moyens d'exonération, comme les exclusions et les limitations de la responsabilité (chap. 8 *infra*). Sous l'angle de la limitation de la responsabilité matérielle, nous examinerons également les solutions d'indemnisation des administrateurs par la société (chap. 9 *infra*) et enfin l'assurance responsabilité civile des organes de gestion (chap. 10 *infra*). L'accent sera mis sur l'influence de ces facteurs sur l'exposition financière des dirigeants en cas de responsabilité et sur l'effet qu'ils peuvent avoir en termes de prévention des manquements.

Un pilier important de l'attractivité de l'action en responsabilité est la possibilité de collecter 19
des informations avant le procès ; le droit de la société anonyme prévoit des règles spécifiques en la matière, notamment avec les institutions du contrôle spécial et du contrôle de gestion. Cette thématique relevant du droit matériel, nous avons choisi de l'intercaler dans une partie intermédiaire entre celle consacrée aux conditions de la responsabilité et celle relative au droit de procédure. La problématique de l'accès aux informations est particulièrement délicate lorsque l'action en responsabilité est envisagée par un actionnaire (chap. 11 *infra*) ; le droit de la société anonyme réglemente cependant aussi la collecte d'informations par la société (chap. 12 *infra*). Enfin, nous traiterons les règles auxquelles devra être attentif l'administrateur qui prépare sa défense (chap. 13 *infra*).

La troisième partie sera consacrée aux aspects de procédure et visera à développer des 20
solutions facilitant la mise en œuvre de la responsabilité ; elle nous permettra également d'étudier comment l'action en responsabilité des organes de gestion s'insère dans le cadre fixé par le code de procédure civile suisse. Nous traiterons tout d'abord de la compétence (chap. 14 *infra*), puis de la qualité pour agir (chap. 15 *infra*). L'accent portera sur les problématiques relatives à la mise en œuvre de la responsabilité envers la société. Les actions fondées sur un préjudice subi directement par les actionnaires seront abordées spécifiquement sous l'angle de l'invocation collective des droits. Notre travail se voulant centré sur les dirigeants formellement élus ou nommés, le chapitre relatif à la qualité pour défendre offrira des développements limités sur la notion d'organe au sens de l'art. 754 CO (chap. 16 *infra*). Nous traiterons ensuite des délais de prescription et de déchéance applicables à l'action en responsabilité des organes de gestion (chap. 17 *infra*). Les chapitres relatifs aux allégations et aux preuves (chap. 18 et 19 *infra*) nous permettront de clarifier notamment la répartition des fardeaux en cas de manquements dans la gestion, mais aussi en matière de responsabilité solidaire. La partie consacrée aux frais de la procédure constitue une partie importante du présent travail, dans la mesure où le règlement des risques financiers liés à la procédure a une influence déterminante sur la mise en œuvre de la responsabilité (chap. 20 *infra*). Dans le dernier chapitre, nous aborderons les questions relatives à l'issue de la procédure ; une attention particulière sera portée aux modalités et aux effets d'une transaction sur les prétentions en responsabilité de la société ou des actionnaires (chap. 21 *infra*).

Première partie

Responsabilité des dirigeants de la société anonyme

Chapitre 1

Fonction de la responsabilité des dirigeants

1. Introduction

Avant d'entamer l'étude des conditions matérielles de la responsabilité des dirigeants de société anonyme, il nous paraît important de définir la fonction que celle-ci est censée remplir. Nous commencerons par présenter les fonctions que peut avoir la responsabilité civile (N 22 ss *infra*), puis nous fournirons une brève analyse économique de la responsabilité des dirigeants qui nous permettra de détailler les fonctions de celle-ci (N 24 ss *infra*). Le propos se concentrera sur la responsabilité envers la société. 21

2. Fonctions de la responsabilité civile

La responsabilité civile est un mécanisme distributif : elle détermine quel sujet de droit doit supporter les conséquences patrimoniales d'un acte dommageable [32]. Les règles de la responsabilité civile, qui sont une expression du principe *neminem laedere*, visent à assurer une « réparation socialement adéquate des dommages » [33]. Ainsi, le droit de la responsabilité civile octroie à la personne lésée une prétention en réparation du préjudice subi [34]. 22

Les fonctions de la responsabilité civile ne s'épuisent cependant pas dans la compensation des dommages. Elle a également une vocation préventive, dans la mesure où elle incite les sujets de droit à se comporter de manière conforme à l'ordre juridique, sous la menace d'un désavantage pécuniaire [35]. Enfin, elle contribue au maintien de la paix sociale en frappant 23

[32] OFTINGER/STARK 1995, § 1 N 10 ; BÄR 1986, p. 61.

[33] Rapport WIDMER/WESSNER, p. 19 ; voir ég. ATF 134 IV 26, consid. 3.2.4, JdT 2009 IV 43 ; 133 III 6, consid. 5.1 ; WEBER 1988, p. 40 s. ; VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 93 s.. Le principe n'est pas absolu ; le lésé ne peut répercuter le dommage sur une autre personne que si la loi le permet *(casum sentit dominus)* (OFTINGER/STARK 1995, § 1 N 11 s. ; JENNY 2012, N 75 ; WEBER 2012, p. 166).

[34] VON DER CRONE/BUFF 2015, p. 445.

[35] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 86 ; JENNY 2012, p. 47 ; WEBER 2012, p. 166 ; FELLMANN 1995, p. 44.

l'auteur d'un préjudice d'une sanction visible [36]. En revanche, la responsabilité civile n'a pas de vocation pénale [37].

3. Fonctions de la responsabilité des organes

3.1. Fonction de compensation

24 Dans le domaine de la responsabilité des organes de la société anonyme – comme d'ailleurs en matière de responsabilité extracontractuelle [38] – la compensation des dommages est majoritairement considérée comme l'enjeu principal, les aspects de prévention et de paix sociale étant secondaires [39]. Cette primauté des aspects de compensation se traduit en pratique par une application assez stricte du principe de la réparation intégrale des préjudices subis ; les effets bénéfiques qu'une limitation des indemnités pourrait avoir du point de vue de la prévention ne sont que peu ou pas pris en compte [40]. En droit de la société anonyme, cette tendance se manifeste notamment par une relativisation très faible de la responsabilité solidaire des organes (art. 759 al. 1 CO) [41].

25 Dès lors, hors de la faillite de la société, la responsabilité des dirigeants constitue un outil de protection du capital : elle garantit le maintien du patrimoine social et, partant, la survie de la société [42]. Ce faisant, elle protège les actionnaires en maintenant la valeur de leur participation [43], mais aussi les créanciers en permettant la reconstitution du substrat de responsabilité [44]. Les actionnaires et créanciers sont aussi directement protégés en raison de l'action individuelle que leur accorde l'art. 754 al. 1 CO pour leur propre dommage [45]. Sous cet angle, l'enjeu de la responsabilité des dirigeants serait essentiellement de déterminer et

36 OFTINGER/STARK 1995, § 1 N 18 ; BACHMANN 2014, p. E 24 ; WEBER 2012, p. 167 ; VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 86 ; JENNY 2012, N 83.

37 WEBER 2002, p. 5.

38 OFTINGER/STARK 1995, § 1 N 15 ; ROBERTO 2013, N 02.65 ; Rapport WIDMER/WESSNER, p. 19 s. Critiques : SCHWENZER 2012, N 49.04 ; FELLMANN 1995, p. 44.

39 JENNY 2012, p. 46 ; WEBER 2012, p. 166 ; BÄRTSCHI 2001, p. 35 ; WEBER 2002, p. 5. Voir ég. WAGNER 2014, p. 252 et les réf. citées en n. 105. Voir cependant ATF 110 II 391, consid. 2, rés. JdT 1985 I 287 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 753/754 N 16 : la responsabilité des dirigeants sert à garantir le respect des devoirs imposés aux organes, qui sont de nature impérative.

40 Comp. FELLMANN 1995, p. 44 ; WAGNER 2014, p. 252.

41 Voir à ce sujet le chap. 6 (N 319 ss) *infra*.

42 ATF 117 II 432, consid. 1b/dd, JdT 1993 I 72 ; NIKITINE 2007, p. 71 ; BÄRTSCHI 2001, p. 36 ; JENNY 2012, N 76.

43 ATF 117 II 432, consid. 1b/dd, JdT 1993 I 72 ; JENNY 2012, N 76.

44 BACHMANN 2014, p. E 21.

45 BÄRTSCHI 2001, p. 36.

de maximiser le montant de l'indemnité servant à réparer un préjudice causé fautivement à la société, aux actionnaires ou aux créanciers [46].

Cette prédominance des aspects de compensation est cependant mise à mal par une analyse économique de la responsabilité civile. De ce point de vue, l'enjeu de celle-ci système n'est pas de maximiser le montant des indemnités, mais de minimiser la somme des coûts de la prévention des dommages et de ceux découlant d'un comportement dommageable, dans le but que les bénéfices de l'activité risquée – ici la gestion d'une société – dépassent ses coûts [47]. Or il s'avère que la responsabilité des organes de gestion est un outil de compensation imparfait. Pour l'actionnaire, ayant droit économique de l'entreprise, il est plus avantageux de limiter son risque financier en diversifiant ses investissements plutôt que d'engager du temps et des moyens dans une action en responsabilité une fois le dommage subi [48]. En effet, comme le patrimoine des responsables potentiels est limité, le gain qu'un actionnaire aux placements diversifiés peut retirer d'une action en responsabilité peut ne pas suffire à couvrir ses pertes [49] ; dans le même temps, la mise en œuvre de la responsabilité implique des coûts administratifs et judiciaires incompressibles [50]. Pour cette raison, les actionnaires sont aussi mieux armés que les dirigeants pour absorber les pertes résultant d'un acte de gestion fautif ; sous l'angle économique, il est donc raisonnable qu'ils les supportent au moins en partie [51]. 26

Du point de vue de la société, l'utilité d'une responsabilité civile axée sur la compensation est également douteuse. En effet, plus le risque associé à leur activité est grand, plus les dirigeants exigeront une rémunération élevée ou une couverture d'assurance étendue. L'application du principe de la réparation intégrale n'apporte dès lors pas de bénéfice à la société puisqu'elle récupère simplement ce qu'elle a payé auparavant sous forme de primes de risques ou d'assurance, en payant au passage les frais liés à la procédure [52]. En définitive, un régime axé sur la compensation intégrale des dommages n'est pas nécessairement le plus sensé du point de vue économique. 27

3.2. Fonction de prévention

Examinons maintenant la question sous l'angle de l'effet dissuasif de la responsabilité des organes de gestion. Il est indéniable qu'elle incite ceux-ci à respecter leurs devoirs de diligence et de fidélité et à adopter ainsi un comportement axé sur les intérêts de la 28

46 Comp. WAGNER 2014, p. 251.
47 BACHMANN 2014, p. E 21 s. ; MATHIS 2013, p. 15 ; FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 838 ; WAGNER 2014, p. 246.
48 WAGNER 2014, p. 253 s.
49 VON DER CRONE 2006b, p. 16 ; BROMMER 2013, p. 123 ; ISLER/FISCHER 2012, p. 36 s.
50 WAGNER 2014, p. 253 s. ; BACHMANN 2014, p. E 22.
51 Notion de *« cheapest insurer »*, VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 111. Voir ég. BACHMANN 2014, p. E 24 ; WAGNER 2014, p. 253 ; RUFFNER 2000, p. 207.
52 En détail : WAGNER 2014, p. 254. Voir ég. RUFFNER 2000, p. 223.

société [53]. En effet, pour le dirigeant, qui est motivé par les gains qu'il peut retirer de son activité de gestion [54], un comportement conforme aux devoirs est plus avantageux qu'un comportement non diligent : dans le premier cas, il ne supportera que les coûts de sa diligence alors que dans le second, ces coûts seront moindres, mais il devra supporter le montant du dommage qu'il peut causer [55]. Cet effet préventif peut aussi s'expliquer à travers la volonté du justiciable de préserver sa réputation [56].

29 Cependant, le principe de la réparation intégrale incite les dirigeants à adopter un comportement qui n'est pas entièrement aligné sur les intérêts de la société. Il leur est en effet impossible de garantir que leur responsabilité ne sera pas engagée, d'une part parce qu'il est très difficile d'éviter toute négligence [57] et d'autre part parce qu'ils ne sont pas en mesure d'anticiper comment leurs actes seront appréciés *a posteriori* par un juge [58]. Or le dirigeant participe intégralement aux pertes causées par son activité, mais seulement partiellement aux bénéfices. Sa prise de décisions sera par conséquent axée sur la limitation de ses risques personnels plutôt que sur les intérêts de la société, ce d'autant plus que les dommages qu'il peut être amené à réparer pourront être largement supérieurs à son patrimoine [59]. Cette limitation des risques peut d'ailleurs s'avérer très coûteuse pour la société, puisque c'est souvent elle qui prend en charge les frais des mesures de prudence adoptées par les dirigeants (p. ex. l'obtention d'expertises externes). L'exposition financière excessive peut aussi conduire au refus de mandats de gestion par les personnes conscientes des risques de responsabilité [60].

30 La prise en charge des risques de responsabilité civile par une assurance peut limiter cette aversion au risque, mais elle ne garantit généralement pas une couverture intégrale [61]. Une couverture d'assurance complète ne serait d'ailleurs pas nécessairement bénéfique non plus : elle pourrait inciter les dirigeants à faire des choix trop risqués pour la société, puisqu'ils seraient alors prémunis contre les conséquences négatives de leur comportement [62].

31 L'analyse économique de la responsabilité civile souffre sans doute d'un certain schéma-

53 WAGNER 2014, p. 255 s. ; JENNY 2012, N 79 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 21 s.
54 WAGNER 2014, p. 251 ; voir ég. RUFFNER 2000, p. 203.
55 WAGNER 2014, p. 256.
56 Dans ce sens, VON DER CRONE/BUFF 2015, p. 446.
57 VON DER CRONE/BUFF 2015, p. 448 s.
58 WAGNER 2014, p. 256 s. ; voir ég. RUFFNER 2000, p. 204 ; DRUEY 2003a, p. 17. Voir en particulier dans le contexte des décisions de gestion les N 66 et 105 *infra*.
59 Pour un exemple : WAGNER 2014, p. 257 s. Voir ég. VON DER CRONE/BUFF 2015, p. 449 ; BACHMANN 2014, p. E 22 ; RUFFNER 2000, p. 206 ; NOBEL 2003, p. 107 ; FRICK 2003, p. 512. Sceptique : WIEGAND 1993, p. 6 s.
60 VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 90 s. VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 90 ; BÄR 1986, p. 58 ; voir déjà CALEB 1906, p. 5.
61 VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 110. Voir à ce sujet les N 510 ss *infra*.
62 WAGNER 2014, p. 255 ; RUFFNER 2000, p. 224 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 25. L'importance de cet aléa moral *(moral hazard)* est discutée ; nous y reviendrons en détail aux N 523 ss *infra*.

tisme : tout d'abord, l'approche utilitariste qui lui est sous-jacente ignore les aléas du cas concret [63]. Ensuite, elle prête au dirigeant une attitude généralement rationnelle et orientée sur la maximisation de son profit ; elle se base aussi sur la prémisse d'un actionnariat diversifié, qui ne caractérise pas typiquement les sociétés anonymes suisses ; enfin, elle omet certains paramètres difficilement quantifiables de la responsabilité civile, comme la valeur d'exemple que peut avoir un jugement condamnant un organe de gestion ou les effets de celle-ci sur la réputation de l'entreprise [64]. Elle révèle néanmoins qu'il est dans l'intérêt des dirigeants et de la société que la réflexion s'affranchisse de la conception générale voulant que la responsabilité serve principalement à la compensation des dommages et qu'elle accorde une place plus importante aux aspects de prévention [65].

Ce résultat est corroboré par la théorie du gouvernement d'entreprise, qui voit dans la responsabilité un outil de contrôle nécessaire là où les autres moyens à disposition – comme la rémunération, la menace d'une révocation ou la réputation – ne suffisent pas toujours à aligner les intérêts des dirigeants sur ceux des actionnaires [66]. De ce point de vue, l'effet dissuasif induit par la menace de la responsabilité permet de réduire efficacement les coûts d'agence, c'est-à-dire les coûts de la surveillance des dirigeants par les actionnaires [67]. 32

Ainsi, l'enjeu de la responsabilité des dirigeants est non seulement de déterminer dans quelle mesure un dommage pourra être compensé par une indemnité, mais surtout comment elle peut contribuer à ce que les organes de gestion agissent conformément à leurs devoirs, et ce dans l'intérêt de la société [68]. La fonction de compensation ne doit cependant pas être entièrement délaissée, ne serait-ce que parce que le moteur de l'action en responsabilité reste la perspective du gain que peut réaliser le demandeur [69]. La notion d'intérêt social fera l'objet de développements ultérieurs [70] ; nous pouvons retenir ici qu'il tend généralement à l'exercice d'une activité commerciale durablement profitable. Certes, la responsabilité, qui entre en jeu uniquement en cas de manquement, ne permet pas d'optimiser le comportement de gestion du dirigeant [71] ; mais elle peut au moins garantir que le dirigeant ne se détourne pas de l'intérêt social en raison de préoccupations liées à la protection de son propre patrimoine. 33

63 MATHIS 2013, p. 21 ; voir ég. GREENFIELD/NILSSON 2001, p. 847 ss.

64 Comp. BACHMANN 2014, p. E 23 s.

65 BAYER/SCHOLZ 2014, p. 928. WAGNER 2014, p. 256, va jusqu'à affirmer que la prévention est le seul objet raisonnable de la responsabilité des organes de gestion. Voir ég. NOBEL 2003, p. 107.

66 KALSS 2005, p. 644 ; BACHMANN 2014 ; CHABLOZ 2012, N 189 ss, 224 ; NIKITINE 2007, p. 68 ; BÄRTSCHI 2001, p. 35.

67 KALSS 2005, p. 644 ; BACHMANN 2014, p. E 27 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 23 ; FRICK 2003, p. 510 s. ; RUFFNER 2000, p. 156 s. ; GLANZMANN 2000, p. 201.

68 WAGNER 2014, p. 256 ; BACHMANN 2014, p. E 21 ; voir ég. KALSS 2005, p. 644. Pondération inverse chez BÄRTSCHI 2001, p. 35 s.

69 Voir les N 478 ss *infra*.

70 Voir N 95 ss *infra*.

71 BÄRTSCHI 2001, p. 24.

4. Conclusion intermédiaire

34 Dans le prolongement de la responsabilité civile délictuelle, la responsabilité des organes de gestion est généralement conçue comme un moyen de compensation, servant à la protection du patrimoine social. Or cette fonction ne peut être remplie que partiellement dans. Qui plus est, un régime axé sur la réparation intégrale des dommages a un effet néfaste sur le comportement des dirigeants, qui auront tendance à adopter un comportement excessivement prudent. Cette aversion aux risques se traduit par des choix commerciaux non optimaux pour la société, mais aussi des coûts supplémentaires en raison des mesures de prudence prises par les dirigeants.

35 Dès lors, afin que la responsabilité des dirigeants ne constitue pas un obstacle à une gestion axée sur les intérêts de la société, il est impératif d'accorder une place plus importante à la thématique de l'effet dissuasif de la responsabilité dans la recherche d'un régime équilibré.

Chapitre 2

Manquement aux devoirs

1. Introduction

Le présent chapitre traitera du manquement aux devoirs, qui est, avec le dommage, la causalité et la faute, l'une des conditions de la responsabilité des organes de gestion. Le manquement aux devoirs correspond à la condition de l'illicéité en responsabilité délictuelle. 36

Après une présentation générale des caractéristiques du manquement dans la responsabilité des dirigeants (N 39 ss *infra*), nous établirons une typologie des cas pertinents dans le cadre de la responsabilité hors faillite (N 58 ss *infra*). Ceci nous permettra d'en développer ensuite les aspects juridiques (sections 4-8 *infra* ; N 64 ss). Nous étudierons en particulier les manquements en lien avec la gestion (N 64 ss *infra*), les conflits d'intérêts (N 107 ss *infra*), la comptabilité et le contrôle comptable (N 139 ss *infra*) et la surveillance de la gestion (N 145 ss *infra*). Une dernière section sera consacrée aux manquements envers les actionnaires (N 159 *infra*). 37

La structure choisie nous permettra de concentrer le débat sur les critères pertinents pour apprécier la responsabilité et de limiter les considérations théoriques sur l'étendue des attributions et devoirs des dirigeants. Ainsi, nous pourrons également identifier les aspects qui exercent une influence déterminante sur l'équilibre du régime de la responsabilité des organes de gestion. 38

2. Manquement aux devoirs en général

2.1. Bases légales

La disposition cardinale pour la responsabilité civile des dirigeants est l'art. 754 CO, qui sanctionne les manquements des membres du conseil d'administration et des personnes 39

chargées de la gestion à leurs devoirs. L'art. 753 CO institue un régime particulier relatif aux actes de fondation et d'augmentation de capital, qui ne sera pas étudié dans le cadre du présent travail. Lorsque la responsabilité repose sur une violation de dispositions de la LFus, elle sera soumise à l'art. 108 LFus, qui constitue une *lex specialis* par rapport aux art. 752 ss CO [72]. Les dispositions qui précèdent visent la réparation de préjudices subis par la société, mais aussi par les actionnaires.

40 L'actionnaire qui agit pour son propre dommage peut invoquer l'art. 754 CO si sa prétention repose sur une norme du droit de la société anonyme [73]. L'art. 108 LFus s'appliquera en cas de violation d'une disposition de la LFus destinée à protéger les actionnaires [74]. L'art. 752 CO institue, lui, un régime particulier en matière de responsabilité fondée sur un prospectus inexact. Si le devoir violé ne relève pas du droit de la société anonyme, respectivement de la LFus, l'action en responsabilité reposera sur l'art. 41 CO ou sur la responsabilité fondée sur la confiance [75].

41 L'exposé qui suit se concentre sur la condition du manquement aux devoirs au sens de l'art. 754 al. 1 CO. La qualification de l'illicéité selon les autres dispositions (art. 752 et 41 CO, responsabilité fondée sur la confiance) sera développée dans les sections topiques [76].

2.2. Devoirs des organes de gestion

42 De manière générale, les devoirs imposés aux dirigeants les obligent à promouvoir et à protéger les intérêts de la société et de l'entreprise qu'elle exploite [77]. En raison, d'une part, de la grande variété des activités envisageables pour une société anonyme et, d'autre part, de l'autonomie nécessaire à une gestion efficace, ces devoirs ne peuvent être exprimés qu'en termes généraux et abstraits [78] : l'art. 717 al. 1 CO oblige les membres du conseil d'administration à exercer leurs attributions avec toute la diligence nécessaire (devoir de diligence) et veiller fidèlement aux intérêts de la société (devoir de fidélité) ; l'alinéa 2 les oblige en outre à respecter l'égalité de traitement entre les actionnaires. Ces normes sont de nature impérative [79]. La portée exacte de ces devoirs ne peut être déterminée qu'à la lumière

72 GOZZI 2009, p. 299, 305 ; l'art. 108 al. 1 i. f. LFus réserve toutefois explicitement la responsabilité des fondateurs (art. 753 CO) ; voir ég. BSK FusG-MAURENBRECHER, art. 108 N 8 ; Kommentar FusG-AMSTUTZ/MABILLARD, art. 108 N 12. *Contra :* JUCHLI 2011, p. 98 ss.

73 FORSTMOSER 1987, N 595 s. *Contra* : HANDSCHIN 2005, p. 247 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 21 ainsi qu'apparemment BÖCKLI 2009, § 18 N 246, qui considèrent que l'action pour le dommage de l'actionnaire est toujours fondée sur l'art. 41 CO.

74 Kommentar FusG-AMSTUTZ/MABILLARD, art. 108 N 12.

75 BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor art. 754-761 N 5 ; FORSTMOSER 1987, N 595.

76 N 163 ss et 174 ss *infra*.

77 ATF 117 II 432, consid. 1b/dd, JdT 1993 I 72 ; DRUEY 2003a, p. 18.

78 CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 24 ; GARBARSKI 2006, p. 112 ; RUFFNER 2000, p. 200 s. ; TRIGO TRINDADE 1996, p. 31.

79 ATF 110 II 391, consid. 2, rés. JdT 1985 I 287 ; HANDSCHIN/JUCKER 2014, p. 327 s.

d'un cas concret [80]. L'art. 717 CO est également pertinent pour apprécier les manquements dans le cadre d'une restructuration au sens de la LFus [81].

Le devoir de fidélité impose à l'administrateur d'agir conformément à l'intérêt social et, en particulier, faire passer celui-ci avant les intérêts propres ou ceux de tiers [82]. Il comprend en outre l'obligation de ne pas causer intentionnellement de dommage à la société et aussi de ne pas prendre de risques inconsidérés pour celle-ci [83]. 43

Le devoir de diligence détermine le soin que le dirigeant doit apporter à son travail ; il s'agit d'une obligation de moyens [84], dont le contenu est objectivé : le devoir de diligence ne s'arrête pas au soin que le dirigeant apporterait à ses propres affaires, mais « correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques » [85]. 44

À côté de ces devoirs généraux, la loi confie au conseil d'administration un certain nombre d'attributions, dont la première est la gestion de la société (art. 716 al. 2 CO). Celle-ci peut être déléguée à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers (art. 716*b* al. 1 CO) ; le cas échéant, l'art. 716*a* al. 1 CO énonce une série d'attributions intransmissibles et inaliénables, que le conseil d'administration est tenu d'exercer lui-même. Ce régime général est complété par des règles particulières du code des obligations, p. ex. l'interdiction de rembourser les apports (art. 680 al. 2 CO) ou les mesures à adopter en cas de perte de capital et de surendettement (art. 725 CO), ainsi que d'autres lois, comme la LFus, la LBVM ou la LIMF. Du point de vue dogmatique, la relation entre les devoirs des organes de gestion et leurs attributions n'est pas entièrement claire ; alors que certains y voient un complexe d'obligations principales et accessoires [86], d'autres considèrent que l'art. 717 CO constitue le fondement les obligations des dirigeants et qu'il prescrit la manière dont ils doivent exercer leurs attributions, ou « missions » [87]. La seconde définition, conforme au texte et à la systématique de la loi, permet à notre sens de mieux appréhender l'examen de la qualité de la gestion. 45

80 TF 4C.201/2001 du 19 juin 2002, consid. 2.1.1 ; ZK-HOMBURGER, art. 717 N 771 ; DRUEY 1994, p. 60.

81 BSK FusG-MAURENBRECHER, art. 108 N 31 ; GOZZI 2009, p. 305 s.

82 Spécifiquement : ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223 ; TF 4C.402/1998 du 14 décembre 1999, Pra 2000, nº 50, consid. 2a. Voir ég. ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328 ; TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 5.1 ; 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 5.1 ; 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 6.1 ; 4A_524/2011 du 16 février 2012, consid. 2.1 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 381 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 11 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 387 ; RUFFNER 2000, p. 202 ; RUEDIN 1990, p. 200.

83 BÖCKLI 2009, § 18 N 382 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 29 ; ce sont là des éléments constitutifs de gestion déloyale (art. 158 al. 1 CP).

84 CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 7 ; ISLER 2004, p. 44 ; DRUEY 2003a, p. 19 s. ; VON DER CRONE 2000, p. 249 ; GLANZMANN 2000, p. 165 s. ; WEBER 1988, p. 50 ; voir ég. ATF 120 II 248, consid. 2c, JdT 1995 I 559.

85 ATF 139 V 176, consid. 8.3 ; voir ég. ATF 139 III 24, consid. 3.2, JdT 2013 II 328 ; 122 III 195, consid. 3a ; 113 II 52, consid. 3, JdT 1988 I 26 ; 99 II 176, consid. 1, JdT 1974 I 71 ; TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 5.1.

86 BÄRTSCHI 2001, p. 242 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 379 ss.

87 CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 19, 24. Dans ce sens : TF 4A_373/2015 du 26 janvier 2016, consid. 3.1.1 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 4 ; GERICKE/WALLER 2014, p. 299 ; CHABLOZ 2012, N 760 ss ; RJN 2002 158, consid. 2.

2.3. Appréciation du manquement en général

46 Constitue un manquement aux devoirs *(Pflichtverletzung)* au sens de l'art. 754 al. 1 CO toute violation des devoirs imposés à l'organe de gestion par la loi ou les statuts, que ce soit par une action ou une omission [88]. Les manquements qui ne présentent pas de lien avec l'exercice des attributions des dirigeants, mais ressortent p. ex. d'une relation contractuelle, sont exclus du champ d'application de l'art. 754 CO [89].

47 Si le non-respect de prescriptions légales et statutaires est constitutif d'un manquement aux devoirs au sens de l'art. 754 al. 1 CO, il n'est pas nécessaire que l'organe de gestion ait, par ses actes, violé une norme de comportement destinée à la protection du patrimoine lésé : il peut suffire qu'il ait manqué à la diligence requise par les circonstances [90]. La responsabilité des dirigeants se démarque ainsi du régime de la responsabilité extracontractuelle (art. 41 al. 1 CO), soumis en matière de dommages patrimoniaux à la théorie de la norme protectrice [91]. Un simple défaut de diligence ne suffirait pas à fonder l'illicéité au sens de l'art. 41 al. 1 CO, faute de définir les comportements prescrits ou proscrits [92].

48 Dans le cas concret, le juge déterminera si l'organe a respecté ses devoirs dans l'exercice de ses attributions en comparant son comportement à celui que l'on pouvait attendre d'un dirigeant consciencieux et raisonnable agissant conformément au droit dans une situation comparable [93]. En cas d'omission, le juge devra déterminer si les devoirs de l'organe incriminé lui auraient imposé d'agir dans les circonstances données [94]. L'étendue concrète des devoirs des dirigeants s'apprécie sur la base des connaissances dont ils pouvaient disposer au moment du comportement incriminé et selon le droit en vigueur et les valeurs applicables à ce moment-là [95].

---

88 ATF 110 II 391, consid. 2, rés. JdT 1985 I 287 ; 112 II 258, consid. 4a, JdT 1987 I 13 (organe de révision) ; FORSTMOSER 1987, N 249. Voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 377 ; FRICK 2003, p. 518.

89 ATF 110 II 391, consid. 2, rés. JdT 1985 I 287 ; JENNY 2012, N 43 ; BÄRTSCHI 2001, p. 66.

90 CHABLOZ 2012, N 760 ; JENNY 2012, N 42 ; FORSTMOSER 1987, N 250. Voir cependant HASENBÖHLER 2003, p. 60 ; GARBARSKI 2006, p. 110 et BÖCKLI 2009, § 18 N 378, 380.

91 Voir les N 174 ss *infra*.

92 ROBERTO 2013, N 04.30 ; CARTIER 2007, p. 63. Le manquement au devoir de fidélité sera généralement couvert par l'art. 158 CP, qui a, lui, qualité de norme protectrice (KÄLIN 2016, p. 141).

93 ATF 139 III 24, consid. 3.2, JdT 2013 II 328 ; TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 5.1 ; 9C_289/2011 du 8 juillet 2011, consid. 4.1 ; 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.3. Voir ég. CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 24 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 575.

94 ATF 128 III 92, consid. 3a, JdT 2003 I 23 ; voir ég. les N 255 ss *infra* concernant la causalité.

95 ATF 139 III 24, consid. 3.2, JdT 2013 II 328 ; 122 III 195, consid. 3b ; TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 5.1 ; 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.3 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 22 ; VON DER CRONE 2006b, p. 6 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 31c.

2.4. Les actionnaires, destinataires des devoirs des administrateurs ?

Alors que la loi mentionne explicitement la société comme destinataire des devoirs des organes de gestion (art. 717 al. 1 CO), elle est muette en ce qui concerne les actionnaires. La jurisprudence du Tribunal fédéral tend à exiger la violation d'une norme destinée à protéger les actionnaires ou les créanciers pour que la condition de l'illicéité soit remplie ; la responsabilité envers les actionnaires et les créanciers serait donc de nature délictuelle [96]. Dès lors, un actionnaire ne peut se prévaloir d'une violation du seul devoir de diligence, ni d'un devoir de fidélité envers lui [97]. Les actionnaires sont cependant indirectement protégés dans la mesure où les dirigeants devront tenir compte de leurs intérêts dans la détermination de l'intérêt social [98]. 49

La portée pratique de cette question doit de toute manière être relativisée dans la mesure où la grande majorité des normes du droit de la société anonyme est destinée à la protection des actionnaires, des créanciers ou des deux à la fois [99]. La distinction a aussi peu d'importance du point de vue de la procédure puisque le Tribunal fédéral admet que les art. 759 à 761 CO s'appliquent aux actions en responsabilité reposant sur le droit de la société anonyme, indépendamment de leur fondement [100]. La nature juridique de l'action pour le dommage propre de l'actionnaire exercera éventuellement une influence sur la répartition des fardeaux de preuve [101]. 50

2.5. Défense relative au manquement : le consentement du lésé

Le consentement valable du lésé élimine l'illicéité [102]. Cette exception, connue sous la 51

96 ATF 125 III 86, consid. 3a, JdT 2001 I 73 ; 122 III 176, consid. 7b, JdT 1998 II 140 ; 110 II 391, rés. JdT 1985 I 287, consid. 2b ; BÖCKLI 2009, § 18 N 246 ; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, art. 754 N 23 s. ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 3JENNY 2012, N 242 ; CHABLOZ 2012, N 749 ; HANDSCHIN 2005, p. 247 ; DESSEMONTET 1998, p. 67 ; FORSTMOSER 1987, N 595 s. Sur la relation entre l'art. 754 al. 1 CO et l'art. 41 CO, voir N 160 *infra*.

97 TRIGO TRINDADE 1999, p. 384 ; WATTER/REICHENBERG 2005, p. 975. *Contra :* BÄRTSCHI 2010, p. 234 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2014, p. 389 ; voir ég. RJN 2002 158, consid. 3. ISABELLE CHABLOZ considère que le critère de diligence est pertinent pour apprécier l'illicéité (CHABLOZ 2012, N 762 ss).

98 N 96 *infra* ; les manquements dans cette pesée d'intérêts peuvent ensuite faire l'objet d'une action oblique (art. 756 al. 1 CO ; HÄNNI 2013, p. 577).

99 BÖCKLI 2009, § 18 N 378 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 33 ; voir ég. CHABLOZ 2012, N 765.

100 TF 4C.298/2000 du 21 décembre 2000, consid. 3 ; confirmé *in* TF 4C.142/2004 du 4 octobre 2004, consid. 2.1 ; 4C.298/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.2 ; 4A_452/2013 du 31 mars 2014, consid. 6.1. Voir ég. RJN 2000 138. *Contra* : JENNY 2012, N 243.

101 Voir à ce sujet les N 1105 ss *infra*.

maxime *volenti non fit iniuria*, est également applicable dans le contexte de la responsabilité des organes [103].

2.5.1. Envers la société

52 Selon le Tribunal fédéral, l'organe peut se libérer envers la société qui le recherche en responsabilité s'il a agi avec le consentement de celle-ci, avec l'accord exprès ou tacite de tous les actionnaires ou s'il exécute une décision de l'assemblée générale prise conformément à la loi et non contestée [104]. Le consentement peut dès lors dériver directement de la volonté des actionnaires ou de celle exprimée par l'assemblée générale.

53 La société n'a pas de prétention en responsabilité contre l'administrateur si celui-ci a agi selon les instructions de l'actionnaire unique de la société [105]. Dans ce cas, le comportement de l'actionnaire est en effet imputé à la société [106]. La même chose vaut lorsque les deux administrateurs de la société en sont également les deux seuls actionnaires [107]. Enfin, cette exception s'applique aussi lorsque le dirigeant n'agit pas sur les instructions de l'actionnaire unique, mais que ce dernier tolère des actes de l'organe qui fonderaient normalement une responsabilité au sens de l'art. 754 CO [108]. Le consentement de la majorité des actionnaires n'est en revanche pas suffisant [109].

54 Les dirigeants ne manquent pas non plus à leurs devoirs lorsqu'ils exécutent une décision de l'assemblée générale prise conformément à la loi et non attaquée [110]. Cette condition

[102] BK-BREHM, art. 41 N 63 ; REBSAMEN 2015, p. 442.

[103] ATF 131 III 640, consid. 3, JdT 2006 I 146 ; TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 4.1 ; JENNY 2012, N 308 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 34.

[104] ATF 131 III 640, consid. 3.2.1, JdT 2006 I 146 ; TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 4.1.

[105] ATF 131 III 640, consid. 3, 4.2.1, JdT 2006 I 146 ; TF 4C.397/1998 du 15 juin 1998, consid. 2b/cc, SJ 1999 I 481, commenté *in* BERTSCHINGER 2000, p. 197 ss. En détail : JENNY 2012, N 310. Cette exception n'est pas opposable dans la faillite (ATF 136 III 107, consid. 2.5.1, JdT 2010 I 122 ; 132 III 342, consid. 4.1, JdT 2007 I 51).

[106] TF 4C.397/1998 du 15 juin 1998, consid. 2b/cc. Sur les fondements juridiques de cette exception : BERTSCHINGER 2000, p. 198 s.

[107] ATF 111 II 182, consid. 3a. Voir ég. TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 3.2 (consentement des trois actionnaires-administrateurs).

[108] ATF 131 III 640, consid. 4.2.3, JdT 2006 I 146 ; TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 4.1. CLAUDIA SUTER généralise le résultat de l'ATF 131 III 640 et retient pour principe que les actionnaires ne peuvent pas agir au titre du dommage de la société si celle-ci a toléré les agissements des dirigeants (SUTER 2010, p. 67 s.). Une interprétation aussi large du principe *volenti non fit iniuria* n'est pas admissible. Au sujet du régime des défenses, voir les N 1033 ss *infra*.

[109] REBSAMEN 2015, p. 445 ; BÄRTSCHI 2001, p. 318.

[110] ATF 131 III 640, consid. 3.2.1, JdT 2006 I 146 ; TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 4.1 ; 4A_317/2009 du 1er octobre 2009 ; CR CO II-CORBOZ, art. 758 N 6 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 455a. En détail : JENNY 2012, N 313.

implique que l'assemblée générale ait pris une décision relevant des attributions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts (art. 698 al. 2 ch. 6 en relation avec l'art. 716 al. 1 CO) [111].

Il faut distinguer les décisions de l'assemblée générale du vote consultatif ; celui-ci ne devrait pas exonérer les dirigeants de leur responsabilité [112]. On peut néanmoins retenir que le résultat du vote consultatif peut donner une indication sur l'intérêt des actionnaires [113]. 55

De même, la ratification d'actes du conseil d'administration par l'assemblée générale n'est pas non plus équivalente au consentement de celle-ci [114]. En particulier, la ratification ne saurait être assimilée à un vote de décharge (art. 758 CO), qui obéit à des règles formelles et matérielles propres (voir en particulier l'art. 695 al. 1 CO) [115]. Même si les personnes concernées s'abstiennent de voter, la ratification d'un acte ne saurait libérer les dirigeants de leur responsabilité [116] ; l'analogie avec la décharge serait tout au plus valable si les actionnaires étaient orientés sur la signification des faits considérés en termes de responsabilité [117]. On peut éventuellement admettre que les actionnaires qui ont voté en faveur de la ratification peuvent se voir opposer l'exception d'abus de droit s'ils agissent pour le dommage de la société [118]. 56

2.5.2. Envers les actionnaires

L'exception *volenti non fit iniuria* est également opposable aux actionnaires lorsqu'ils font valoir leur propre dommage. Elle peut entrer en ligne de compte p. ex. lorsqu'un investisseur acquiert des titres en sachant que le prospectus d'émission omet des faits qui auront un effet négatif sur la valeur de ceux-ci [119]. 57

3. Typologie des manquements entrant en considération hors faillite

L'objectif de la présente section est de fournir une classification des types de manquement 58

111 En détail : JENNY 2012, N 333 ss. En faveur de l'admissibilité d'une attraction de compétences par l'assemblée générale dans le domaine de la gestion : VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 99 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716 N 6. *Contra* : BÖCKLI 2009, § 13 N 283 ; BÄRTSCHI 2001, p. 315.

112 BÖCKLI 2009, § 18 N 455a ; voir ég. ATF 100 II 384, consid. 2a, JdT 1975 I 334.

113 JENNY 2012, N 315 ; voir ég. WEBER 2012, p. 215.

114 STUTZ/VON DER CRONE 2003, p. 109 ; NIKITINE 2007, p. 202 s.

115 Comp. STUTZ/VON DER CRONE 2003, p. 109.

116 Dans ce sens pourtant, REBSAMEN 2015, p. 448.

117 « Faits révélés » au sens de l'art. 758 al. 1 CO, voir N 385 ss *infra*.

118 TRIGO TRINDADE 1999, p. 397 s. Voir ég. STUTZ/VON DER CRONE 2003, p. 110, qui retiennent que la ratification peut justifier d'examiner avec retenue l'opportunité de l'acte passé avec le dirigeant, à condition que les conditions applicables au vote de décharge (abstention des personnes concernées) soient respectées.

119 Comp. JENNY 2012, N 321 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 79 s. Voir ég. RJN 1998 100.

pouvant faire l'objet d'une action en responsabilité hors faillite. Sont dès lors exclues les responsabilités administratives, en particulier celle fondée sur l'art. 52 LAVS, survenant fréquemment en pratique [120], ainsi que les actions fondées sur des manquements en lien avec l'insolvabilité (art. 725 CO) et la liquidation de la société. Le caractère abstrait des devoirs des dirigeants s'oppose à une classification précise des manquements ; il est également inopportun d'opérer une séparation stricte entre ce qui relèverait d'un devoir ou d'une attribution particulière. Sur la base de l'étude réalisée par SUSANNE KELLER en 2011 [121] et d'autres sources doctrinales, il est néanmoins possible de distinguer plusieurs grandes catégories.

59 Les manquements les plus souvent invoqués à l'appui d'une prétention en responsabilité sont ceux en lien avec la gestion (p. ex. en raison de l'échec d'investissements ou de transactions de type M&A) et ceux qui s'inscrivent dans les obligations en matière de comptabilité et de contrôle financier [122].

60 Une catégorie de cas également considérés comme problématiques du point de vue de la responsabilité concerne les conflits d'intérêts au sens large, dans lesquels on peut inclure les différentes formes de contrat avec soi-même et les transactions avec des personnes ou des sociétés proches des dirigeants, mais aussi l'appropriation de biens sociaux et les distributions dissimulées de bénéfices [123]. Cette problématique apparaît typiquement en cas d'intégration de la société dans un groupe [124].

61 Il n'est pas rare que la gestion soit déléguée (art. 716*b* CO) ; le cas échéant, se pose la question de la confiance que les administrateurs peuvent accorder aux personnes à qui la gestion a été confiée et, de manière générale, de l'étendue de la surveillance des dirigeants sur les affaires de la société [125].

62 La question de la responsabilité envers les actionnaires se pose surtout en lien avec des manquements dans la comptabilité ou la fourniture d'informations inexactes, en particulier dans le prospectus d'émission (art. 752 CO). Les cas de responsabilité envers les actionnaires sont relativement rares ; ils ne sont cependant pas inexistants [126]. Cette question mérite

120 KELLER 2011, p. 5.

121 KELLER 2011, N 1 ss.

122 KELLER 2011, N 13, 23 ; VON DER CRONE 2006b, p. 6 n. 29 ; VENTURI/BAUEN 2007, N 765 ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 394, 396 ; DRUEY 1994, p. 52 s. ; HÜTTE 1998, p. 1299. Gestion : ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328 ; 113 II 52, JdT 1988 I 26 ; 99 II 176, JdT 1974 I 71 ; TF 4A_306/2009 du 8 février 2009 ; 4A_267/2008 du 8 décembre 2008 ; 4C.135/2005 du 20 juin 2005 ; 4C.201/2001 du 19 juin 2002. Contrôle financier : TF 4A_467/2010 du 15 janvier 2010.

123 Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 388, 391 ; LUTTER 2005, p. 428. Voir TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006 ; 4A_15/2013 du 11 juillet 2013 ; 4A_219/2015 du 8 septembre 2015.

124 Voir récemment ATF 140 III 533 ; TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012.

125 BÖCKLI 2009, § 18 N 396 ; LUTTER 2005, p. 421 ss.

126 Voir les deux arrêts phares du Tribunal fédéral en matière de responsabilité de l'auteur de prospectus (ATF 131 III 306, JdT 2006 I 56 et 132 III 715, JdT 2009 I 183). Dans les deux cas, l'action était dirigée notamment contre des membres du conseil d'administration.

par ailleurs d'être évoquée dans la mesure où la tendance en matière législative est au renforcement de la protection des investisseurs.

La typologie ébauchée *supra* est confirmée par l'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans les arrêts du Tribunal fédéral publiés et non publiés rendus en 2000 et après, nous avons identifié 20 décisions concernant des actions en responsabilité dirigées contre les organes de gestion et intentées hors de la faillite de la société. Parmi celles-ci, huit concernent des manquements commis dans la gestion [127] ; neuf un conflit d'intérêts au sens large [128] ; cinq visent des manquements dans la surveillance de la gestion [129] ; une concerne le contrôle financier [130] et une un manquement envers un actionnaire [131] (un même arrêt peut entrer dans différentes catégories). 63

4. Décisions de gestion

4.1. Problématique

La gestion est l'attribution générale du conseil d'administration (art. 716 al. 2 CO). Elle doit être exercée avec diligence et fidèlement aux intérêts de la société (art. 717 al. 1 CO) ; dans le cadre fixé par ces directives générales, qui impliquent le respect des dispositions légales et statutaires, les organes de gestion disposent d'une marge de manœuvre considérable. Celle-ci est nécessaire dans la mesure où il n'existe pas de modèle d'affaires unique pour une gestion diligente [132] et où la gestion dans l'intérêt de la société implique toujours une certaine prise de risques [133] : les dirigeants, en tant qu'entrepreneurs, doivent prendre des décisions dont le résultat ne peut pas être prédit avec une certitude absolue, chaque acte de gestion pouvant se solder par une perte [134]. L'utilisation de cette marge de manœuvre, qui 64

127 ATF 139 III 24 ; TF 4C.399/2001 et 4P.325/2001 du 21 novembre 2002 ; 4C.107/2005 du 29 juin 2005 ; 4C.135/2005 du 20 juin 2005 ; 4A_231/2011 du 20 septembre 2011 (procédure débutée hors faillite) ; 4A_177/2011 du 2 septembre 2011 ; 4A_155/2014 du 5 août 2014 ; 4A_219/2015 du 8 septembre 2015 (société en liquidation).

128 ATF 130 III 213 ; 131 III 640 ; 132 III 707 ; TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002 ; 4C.19/2004 du 19 mai 2004 ; 4C.327/2005 du 24 novembre 2006 ; 4A_317/2009 du 1er octobre 2009 ; 4A_524/2011 du 16 février 2011 ; 4A_452/2013 du 31 mars 2014 ; 4A_219/2015 du 8 septembre 2015 (société en liquidation).

129 TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002 ; 4A_76/2007 du 7 novembre 2007 ; 4A_317/2009 du 1er octobre 2009 ; 4A_467/2010 du 5 janvier 2011.

130 TF 4C.107/2005 du 29 juin 2005

131 TF 4A_76/2007 du 7 novembre 2007.

132 RUFFNER 2000, p. 211.

133 TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 7.1.1.

134 BÖCKLI 2009, § 13 N 579, § 18 N 399 ; SETHE 2014, p. 168 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 611 ; FRICK 2003, p. 512.

est dans l'intérêt de la société, devrait dès lors être respectée par le juge dans l'examen de ce type de décisions [135].

65 En raison des incertitudes inhérentes à l'activité de gestion, il est particulièrement difficile de tracer la limite entre un choix justifiable et un manquement aux devoirs lorsque la société subit un dommage. Certains auteurs relèvent d'ailleurs que le juge ne dispose pas nécessairement des connaissances techniques pour apprécier l'opportunité d'une décision de gestion [136].

66 Surtout, le juge, connaissant l'existence du dommage, risque de surestimer la probabilité de sa survenance de celui-ci et parvenir à la conclusion que les dirigeants auraient dû prévoir, au moment de leur prise de décision, que la société allait subir un dommage [137]. Ce biais rétrospectif *(hindsight bias)* est une erreur cognitive qui frappe systématiquement l'appréciation *ex post* de la prudence attendue d'une personne dans une situation donnée [138].

4.2. Retenue du juge dans l'appréciation des décisions de gestion

67 Afin de respecter la marge de manœuvre nécessaire à une gestion dans l'intérêt de la société et de limiter la portée des erreurs cognitives liées à l'appréciation rétrospective des actes de gestion, l'examen du tribunal doit se concentrer sur le processus de formation des décisions et non sur le résultat de celles-ci [139]. En d'autres termes, il s'agit moins de comparer la décision prise avec celle qu'il aurait fallu prendre que de déterminer si le processus décisionnel aurait dû se dérouler autrement [140]. Par ce biais, on cherche à aménager un espace dans lequel le dirigeant est à l'abri du reproche d'une gestion fautive *(safe harbor ; Haftungsfreiraum)* et peut exercer son pouvoir d'appréciation sans s'inquiéter d'engager sa responsabilité [141].

68 De fait, le principe selon lequel le juge doit apprécier avec retenue l'opportunité de décisions commerciales et respecter la marge de manœuvre des dirigeants est admis par la

135 VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 611.

136 JENNY 2012, N 793 ; DRUEY 2003a, p. 19 ; voir ég. GRASS 1998, p. 107 s.

137 BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 182 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 612 ; DRUEY 2003a, p. 17 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 31c ; BÄR 1986, p. 58 : « *nachträgliche Prognose* ».

138 Voir à ce sujet ROBERTO/GRECHENIG 2011, p. 7 ss et MATHIS 2013, p. 24 ss, avec un aperçu d'autres erreurs cognitives qui peuvent fausser le jugement dans le cadre de l'examen de la responsabilité.

139 VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 614 ; DRUEY 2003a, p. 20 ; RUFFNER 2000, p. 201 et TF du 25 mai 1981, X. c. J. Berberat et Henauer SA, SJ 1982 221, consid. 3a : « Une opération n'est pas fautive du seul fait qu'elle finit par se révéler désavantageuse ».

140 REDENIUS-HOEVERMANN 2010, p. 61 ; comp. ZK-HOMBURGER, art. 717 N 836 : il faut éviter de se demander si le résultat dommageable était prévisible, ce pronostic étant faussé par la connaissance de la survenance du dommage.

141 HOPT 2015, p. 221 ; BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 57.

jurisprudence depuis de nombreuses années [142]. De même, l'idée qu'un examen de l'exercice du pouvoir d'appréciation doit se concentrer sur la qualité de l'évaluation des circonstances plutôt que sur le résultat n'est pas étrangère au Tribunal fédéral [143]. Enfin, celui-ci retient également qu'il faut se replacer dans la situation de l'administrateur au moment de prendre la décision qui lui est reprochée (examen *ex ante*) [144].

La concrétisation de ces critères est cependant longtemps restée floue et les tribunaux se réservent toujours un examen de l'opportunité des décisions de gestion. Bien que le Tribunal fédéral ait retenu dans l'abstrait qu'une décision n'aurait pas dû être prise si la survenance du préjudice était prévisible avec une « certaine certitude » [145], la doctrine a parfois jugé trop sévère l'application de ce principe par le Tribunal fédéral dans des cas concrets [146]. 69

Afin de mieux garantir le respect du pouvoir d'appréciation des organes en matière de gestion, diverses propositions doctrinales tendaient à l'intégration dans l'ordre juridique suisse de la *business judgment rule*, une règle jurisprudentielle de droit américain qui institue une présomption de gestion fidèle et diligente, aux termes de laquelle les dirigeants, en prenant une décision de gestion, ont agi de manière informée, et pensé de bonne foi qu'ils agissaient dans les meilleurs intérêts de la société [147]. Sous cette doctrine, le juge s'abstient d'examiner le bien-fondé matériel de décisions de gestion à moins que le demandeur ne parvienne à démontrer l'existence d'un conflit d'intérêts, des manquements dans la collecte d'informations ou un abus du pouvoir d'appréciation par les dirigeants [148]. Elle permet ainsi de concentrer l'examen du juge sur la préparation et la formation d'une décision plutôt que son contenu matériel et clarifie ainsi l'étendue du devoir de diligence dans la gestion. 70

Les contours que la doctrine suisse prêtait à une telle implantation de la *business judgment* 71

142 Voir déjà TF du 25 mai 1981, X. c. J. Berberat et Henauer SA, SJ 1982 221, consid. 3a : « Les personnes chargées de la gestion conservent [...] un large pouvoir d'appréciation dans l'examen de l'opportunité d'une affaire ou de sa conformité au but statutaire de la société ». Voir ég. ATF 82 II 148 ; TF 4A_306/2009 du 8 février 2009, consid. 7.2.4 ; 4A_341/2011 du 21 mars 2012, consid. 5.1.4 ; 4C.135/2005 du 20 juin 2005, consid. 4 ss ; VON DER CRONE 2006b, p. 6 n. 29 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 31 ; PFEIFER 2009, p. 17.

143 ATF 129 III 71, consid. 3.5.

144 Illustratif : TF 4A_467/2010 du 15 janvier 2010, consid. 3.3. Voir ég. TF 4A_267/2008 du 8 décembre 2008, consid. 5.2 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 22.

145 Voir TF 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.3.

146 Voir ATF 113 II 52, consid. 3b, JdT 1988 I 26 ; 99 II 176, consid. 1, JdT 1974 I 71 et les critiques de PETER BÖCKLI *in* BÖCKLI 2009, § 18 N 395.

147 Voir les décisions phares de la Cour suprême du Delaware, *Aronson v. Lewis* (Del. 1984), 473 A.2d 805, 812 et *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985). Voir ég. les présentations de BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 55 ss ; GERICKE/WALLER 2014, p. 292 ss.

148 *Aronson v. Lewis* (Del. 1984), 473 A.2d 805, 812. Voir ég. GRASS 1998, p. 112 ss ; BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 57 ; JENNY 2012, N 789 ; NIKITINE 2007 ; GARBARSKI 2006, p. 125 ss ; HASENBÖHLER 2003, p. 120 ss ; plus généralement BÖCKLI 2009, § 13 N 584 ; ISLER 2004, p. 43 ; FRICK 2003, p. 513 s. GLANZMANN 2000, p. 166. La règle s'accompagne également d'un renversement du fardeau de preuve : si le processus décisionnel est vicié, il revient au dirigeant de prouver qu'il a agi dans les meilleurs intérêts de la société ; voir à ce sujet les N 1077 ss *infra*.

rule étaient variés. Si la majorité des auteurs accueillait positivement l'idée d'une formalisation de l'examen judiciaire des décisions de gestion [149], certains considéraient qu'en cas de respect des conditions formelles, le contrôle matériel du juge devait se restreindre à l'irrationalité de la décision [150], alors que d'autres étaient plus favorables à un examen du caractère sensé *(nachvollziehbar)* ou défendable *(vertretbar)* des décisions de gestion [151].

72 Faisant écho à cette dernière tendance, le Tribunal fédéral a précisé et uniformisé sa jurisprudence, retenant désormais que le juge doit faire preuve de retenue dans l'appréciation de décisions de gestion lorsqu'elles ont été prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et exempt de conflits d'intérêts [152]. Le cas échéant, l'opportunité d'une décision de gestion n'est pas remise en cause si elle apparaît défendable [153]. En adoptant ce schéma de jugement, le Tribunal fédéral n'a pas transposé telle quelle la *business judgment rule* américaine – dont les contours sont d'ailleurs variables [154] – mais construit une *business judgment doctrine* propre à l'ordre juridique suisse [155], dont nous allons exposer le fonctionnement dans la section qui suit.

4.3. Schéma d'examen des décisions de gestion

73 Selon la formule du Tribunal fédéral, à présent consacrée, le juge doit faire preuve de retenue dans l'examen *a posteriori* de décisions de gestion prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et exempt de conflits d'intérêts [156]. Ces conditions, qui concrétisent les devoirs de diligence et de fidélité, s'apprécient sous l'angle du manquement aux devoirs [157]. Si elles sont respectées, l'acte de gestion n'est pas constitutif d'un manquement s'il apparaît défendable au regard de l'intérêt social. Dans ce système, l'intérêt social constitue une norme résiduelle, qui sanctionne les

149 Voir les deux notes qui suivent. *Contra* : KUNZ 2002, § 6 N 120 ss.

150 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 31a ; ISLER 2003a, p. 4 ; GRASS 1998, p. 141 ; voir ég. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2015, N 578b ; FRICK 2003, p. 519.

151 BÖCKLI 2009, § 13 N 591e s. ; NIKITINE 2007, p. 150 ss ; VON DER CRONE 2006b, p. 9 ; ISLER 2004, p. 49 ; voir ég. CHABLOZ 2012, N 632 ; WEBER 2012, p. 183 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 616.

152 Arrêt de principe : TF 4A_74/2012 du 19 juin 2012, consid. 5.1 ; confirmé *in* ATF 139 III 24, consid. 3.2, JdT 2013 II 328 ; 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 6.1 ; 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 5.1 ; 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1 ; 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 7.1.1.

153 ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328.

154 BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 183 et les réf.

155 BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 184 ; HÄNNI 2013, p. 578 ; BÄRTSCHI 2014, p. 118 s.

156 ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328.

157 ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328 ; dans l'arrêt 4A_74/2012 du 18 juin 2012, le Tribunal fédéral avait, sur la base des considérants de l'autorité précédente, examiné la question sous l'angle de la faute ; sur l'attribution dogmatique des conditions de la *business judgment rule* aux devoirs de diligence et de fidélité, voir VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 614 ss.

décisions qui, malgré un processus irréprochable, ne peuvent être conciliées avec la mission confiée aux administrateurs [158].

4.3.1. Décisions visées

La *business judgment rule* s'applique aux décisions de gestion. Avant de définir les définitions de gestion pertinentes, rappelons que la gestion au sens de la systématique légale concerne le processus de formation de la volonté sociale, qui est un processus interne (art. 716 ss CO). L'expression de la volonté de la société anonyme vers l'extérieur concerne la représentation, qui est réglée séparément aux art. 718 ss CO. 74

La notion de décision de gestion ne ressort ni de la loi ni explicitement de la jurisprudence. Elle peut cependant être déduite du but que le Tribunal fédéral prête à la *business judgment rule* : celle-ci vise à respecter le pouvoir d'appréciation des organes de gestion lorsqu'ils prennent un risque économique en raison d'incertitudes dans l'évaluation d'une transaction et du contrôle limité qu'ont les dirigeants sur les moyens investis par les autres parties [159]. La notion de décision de gestion ne se recouvre dès lors pas nécessairement avec la « gestion » ou les « affaires de la société » au sens de l'art. 716 al. 2 CO [160]. 75

Un acte de gestion implique premièrement l'exercice d'un pouvoir d'appréciation : l'organe de gestion doit avoir le choix entre plusieurs possibilités valables [161]. La *business judgment rule* ne peut pas s'appliquer là où la loi, les statuts ou une décision d'un organe supérieur ne laissent aucune marge de manœuvre ou lorsque les dirigeants excèdent celle qui leur est accordée [162]. L'exercice du pouvoir d'appréciation doit être conscient : les omissions, à moins qu'elles ne résultent d'un processus volontaire des organes de gestion, ne sont pas couvertes par la *business judgment rule* [163]. 76

Deuxièmement, une décision de gestion constitue une prise de risque en raison d'incerti- 77

158 HÄNNI 2013, p. 580.

159 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.1. Pour ALEXANDER NIKITINE, la décision de gestion présente trois caractéristiques : (1) la possibilité d'un choix entre plusieurs alternatives ; (2) l'exercice d'un pouvoir d'appréciation ; (3) l'existence d'un risque économique comme corollaire d'une décision basée sur un pronostic économique (NIKITINE 2007, p. 166).

160 NIKITINE 2007, p. 167. Trop larges : FRICK 2003, p. 515 ; GRASS 1998, p. 49.

161 JENNY 2012, N 792 ; NIKITINE 2007, p. 165. Comp. pour le droit allemand HABERSACK 2013, p. 891 ; BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 58.

162 SETHE 2014, p. 173 ; NIKITINE 2007, p. 166. D'un autre avis, VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 618 s.

163 TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 7.1.2 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 594 ss ; NIKITINE 2007, p. 168 ; BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 66 ; KUNZ 2014b, p. 277 ; SETHE 2014, p. 175 ; JENNY 2012, N 794 ; BÄRTSCHI 2001, p. 406.

tudes sur les paramètres économiques d'un acte de gestion [164]. L'incertitude juridique doit en revanche être écartée, si nécessaire en faisant appel à un expert [165].

78 Pour autant que ces conditions soient remplies, toutes les décisions qui relèvent des attributions des dirigeants en lien avec la formation de la volonté sociale peuvent à notre avis être soumises au schéma d'appréciation de la *business judgment rule* [166]. Les particularités du cas concret et l'importance de la décision pour la société seront prises en compte dans l'examen des conditions individuelles.

4.3.2. Information suffisante

a) En général

79 La première condition de la *business judgment rule* a trait à la préparation de la décision de gestion : les dirigeants doivent se renseigner de manière appropriée sur les paramètres de la décision à prendre [167]. Cette condition découle du devoir de diligence [168] ; il s'agit dès lors de déterminer de quelle manière un administrateur diligent se serait informé s'il avait été placé dans la même situation. Le rappel de ce principe révèle que le soin apporté à la collecte de renseignements dépend du cas d'espèce ; il s'appréciera notamment en fonction de l'importance de l'affaire, du temps à disposition et des canaux d'informations disponibles au moment de la prise de décision [169]. Ainsi, l'organe de gestion manque à son devoir de diligence s'il ignore des sources d'informations dont on pouvait raisonnablement exiger l'exploitation et que celles-ci pouvaient effectivement offrir des renseignements pertinents sur l'opportunité de la décision à prendre [170]. Il est ainsi permis d'attendre d'un administrateur qu'il se prépare à une prise de décision collégiale en exerçant son droit à être renseigné hors des séances du conseil d'administration (art. 715*a* CO) [171]. Il devra aussi se laisser imputer les informations spécifiques auxquelles il a accès, p. ex. parce qu'il siège dans

164 NIKITINE 2007, p. 165 ; ce critère est superflu selon KLAUS HOPT (HOPT 2015, p. 225 ; pour le droit allemand).

165 SETHE 2014, p. 173 n. 23 ; KUNZ 2014b, p. 277 ; cette question peut également s'aborder sous l'angle du processus décisionnel, voir les N 79 ss *infra*. Comp. en droit allemand HABERSACK 2013, p. 891.

166 Comp. GERICKE/WALLER 2014, p. 307. Voir ég. la définition de ROLF SETHE (SETHE 2014, p. 173). En matière de décisions stratégiques : ISLER 2003a, p. 4.

167 KUNZ 2014b, p. 278.

168 VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 617.

169 TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 6.3.2 ; voir ég. SETHE 2014, p. 176 ; GERICKE/WALLER 2014, p. 301 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 589 ; BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 67 ; BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 186. En matière de décisions stratégiques : RUFFNER 2000, p. 204 ; ISLER 2003a, p. 4 ; ZR 101 n° 53, consid. 2.3 et les réf.

170 TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 6.3.2 ; voir ég. ATF 139 III 24, consid. 3.4, JdT 2013 II 328.

171 BÖCKLI 2009, § 13 N 209 ; voir ég. HG ZH HG120149 du 26 janvier 2015, consid. 7.3.3.2 et 7.3.3.10 (« SAirGroup/Air Littoral »).

une filiale de la société [172]. De même, la présence d'indices nécessitant des clarifications ou des investigations supplémentaires appelle l'exercice d'une attention plus marquée [173].

En raison des ressources limitées dont dispose le dirigeant, il doit nécessairement opérer un choix quant aux informations sur lesquelles il veut appuyer sa décision [174]. De fait, la collecte d'informations devient une question d'appréciation : lorsqu'il décide quelles informations il doit collecter et prendre en compte, le dirigeant devra notamment tenir compte de leur disponibilité, des coûts de leur obtention, de leur pertinence et de leur qualité (fiabilité, sûreté et précision) [175]. Dès lors, d'aucuns considèrent que la préparation des décisions doit être examinée avec retenue et qu'un manquement aux devoirs ne devrait être admis qu'en cas de défaut de diligence manifeste dans la constitution de la base d'informations [176]. À notre sens, une vision aussi schématique ne tient pas compte de l'examen global que doit mener le juge. Si un manque de diligence manifeste suffit à qualifier un manquement aux devoirs [177], une collecte d'informations lacunaire devra déjà être prise en compte comme élément négatif dans l'appréciation globale par le juge [178]. 80

b) Expertise de tiers

Lorsque les dirigeants ne disposent pas des compétences techniques pour apprécier l'opportunité d'une décision complexe, ils doivent s'adjoindre les services d'experts [179]. Alors que la doctrine considère que la réalisation d'une expertise par un tiers permet d'exculper les dirigeants à certaines conditions [180], le Tribunal fédéral a, pour l'heure, laissé la question indécise [181]. Dans le contexte de la *business judgment rule*, il apparaît que l'engagement d'un expert peut participer d'une collecte d'informations soigneuse et 81

172 TF 4A_74/2012 du 19 juin 2012, consid. 5.2.

173 TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 5.3 ; 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 6.3.2. Voir ég. BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 186 et N 101 *infra*.

174 BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 186 ; GERICKE/WALLER 2014, p. 301 ; SETHE 2014, p. 176 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 617. Dans ce sens également HOPT 2015, p. 225.

175 DRUEY 2015, p. 9.

176 VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 617 ; SETHE 2014, p. 617. Dans le même sens, DRUEY 2015, p. 13, qui précise que l'examen de la diligence dans l'information ne peut pas être standardisé en raison de sa dépendance des circonstances concrètes.

177 TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 5.3.

178 Comp. BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 186. Voir N 101 *infra*.

179 TF 4C.192/2003 du 13 octobre 2003, consid. 3.3 ; voir ég. ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328 ; 97 II 403, consid. 5b, JdT 1973 I 66 ; TF 4C.358/2005 du 12 février 2007, consid. 5.2.1, non publié *in* ATF 133 III 116.

180 BÖCKLI 2009, § 18 N 403b ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 32 ; ISLER 2003a, p. 17 ; voir ég. JENNY 2013, N 808.

181 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.3.1. Dans l'ATF 139 III 24, consid. 3.4, JdT 2013 II 328, la question a été envisagée, mais les conditions d'une exculpation n'étaient pas remplies. Celle-ci n'était pas admise dans la jurisprudence plus ancienne, voir ATF 99 II 176, consid. 2a, JdT 1974 I 71.

doit donc contribuer à limiter le pouvoir d'examen du juge [182]. Notons cependant que la préparation d'une décision relevant des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716*a* al. 1 CO) ne peut être confiée qu'à un ou plusieurs membres du conseil d'administration (art. 716*a* al. 2 CO) ; le cas échéant, l'expert externe ne pourra assumer qu'un rôle de consultant [183].

82 Pour autant, l'engagement d'un expert par les dirigeants doit respecter certaines règles ; de manière générale, la doctrine retient, par analogie avec l'exonération en cas de délégation de la gestion (art. 754 al. 2 CO), qu'il convient de faire preuve de soin dans le choix, l'instruction et la surveillance des experts [184]. Sous l'angle de la *cura in eligendo,* il s'agira de choisir un expert compétent pour répondre aux questions qui se posent et indépendant, c'est-à-dire qui n'a pas d'intérêt propre dans l'acte de gestion ou la transaction envisagée [185]. Du point de vue de la *cura in istruendo,* les dirigeants veilleront tout d'abord à fournir à l'expert une présentation complète de l'état de fait ainsi que tous les documents nécessaires [186]. Ensuite, l'expert doit être instruit de manière à ce qu'il réponde aux questions pertinentes pour l'affaire [187]. Il faut noter à cet égard que les organes de gestion restent compétents pour prendre la décision de gestion et déterminent souverainement l'intérêt social [188] ; on ne saurait par conséquent charger un expert judiciaire de déterminer si une action s'inscrit dans l'intérêt de la société [189]. Enfin, la surveillance de l'expert doit s'apprécier en lien avec la prise de décision par le conseil d'administration ; nous aborderons cette question dans la section suivante [190].

4.3.3. Processus décisionnel irréprochable

a) En général

83 Plusieurs critères entrent en ligne de compte au chapitre du processus décisionnel irréprochable ; celui-ci implique le respect des compétences décisionnelles, mais aussi la participation active des dirigeants à la prise de décision. Il faut également se demander dans

182 Comp. KUNZ 2013, N 33 et la justification de SETHE 2014, p. 190 s.
183 SETHE 2014, p. 193 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 408a.
184 BÖCKLI 2009, § 18 N 403b ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 32.
185 En détail : SETHE 2014, p. 194 ss ; BISCHOF 2014, p. 204 ; voir ég. JENNY 2012, N 808.
186 SETHE 2014, p. 196 ; BISCHOF 2014, p. 204.
187 ATF 139 III 24, consid. 3.4, JdT 2013 II 328 ; KUNZ 2013, N 33 ; SETHE 2014, p. 197.
188 SETHE 2014, p. 194 ; comp. ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328, consid. 3.4.
189 Dans ce sens pourtant, BISCHOF 2014, p. 204. Face aux développements nécessairement prudents et abstraits qu'un expert juridique fournirait à ce propos, cet auteur propose une solution qui fera le bonheur des praticiens spécialisés dans le conseil : il faut demander un second avis de droit (*idem*, p. 205).
190 N 88 *infra*.

quelle mesure ils peuvent se fier aux travaux d'un comité au sens de l'art. 716*a* al. 2 CO ou d'experts externes.

Tout d'abord, la répartition des compétences décisionnelles basée sur la loi (art. 716*a* et 716*b* CO) et les réglementations internes doivent avoir été respectées. Les dirigeants qui prennent une décision n'entrant pas dans leurs prérogatives manquent à leurs devoirs [191]. Ensuite, un processus décisionnel irréprochable implique la participation personnelle et active des personnes chargées de prendre la décision [192]. Lorsque la décision est prise par le conseil d'administration, la discussion d'une proposition par les membres sert à l'échange d'opinions et à évaluer les différentes options, ce qui améliore la qualité des décisions [193]. On attendra également des dirigeants qu'ils se préparent soigneusement à la prise de décisions, qu'ils traitent de manière critique les informations qui leur sont soumises et fassent connaître leur position lorsqu'ils s'opposent à une décision [194]. Un tel soin dans le processus décisionnel implique que les membres du conseil d'administration puissent consacrer suffisamment de temps à leur mandat [195]. Un manquement à l'obligation de participer pourra être retenu comme un aspect négatif dans l'appréciation des circonstances du cas d'espèce [196]. L'échelle sera plus stricte en ce qui concerne les personnes auxquelles ont été confiées des tâches précises [197]. 84

b) Comités du conseil d'administration

Le traitement collégial des décisions de gestion au sein du conseil d'administration soulève également la question de la confiance qu'il est permis d'accorder aux travaux des comités chargés de la préparation d'une décision (art. 716*a* al. 2 CO). La mise en place de comités est inévitable dans les sociétés d'une certaine taille pour assurer un exercice efficace des attributions inaliénables du conseil d'administration [198]. Puisque cette répartition des tâches 85

191 TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 3.2 ; KUNZ 2014b, p. 278 ; BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 67 et déjà ATF 81 II 462, consid. III/1a, JdT 1956 I 244 ; TF du 25 mai 1981, X. c. J. Berberat et Henauer SA, SJ 1982 22, consid. 3a.

192 HÄNNI 2013, p. 578 ; WATTER/PÖSCHEL 2011, p. 17 ; comp. TF 4C.201/2001 du 19 juin 2002, consid. 2.1.2.

193 WATTER/PÖSCHEL 2011, p. 17 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 589 ; GERICKE/WALLER 2014, p. 301. Pour un exemple : HG ZH HG120149 du 26 janvier 2015 (« SAirGroup/Air Littoral »), consid. 7.3.2.1 : communication de l'ordre du jour défaillante.

194 BÖCKLI 2009, § 18 N 438 ss ; NIKITINE 2007, p. 261 ss ; WATTER/PÖSCHEL 2011, p. 17.

195 ATF 97 II 403, consid. 5, JdT 1973 I 66 ; 4A_248/2009 du 27 octobre 2009, consid. 8.1. Voir ég. ATF 122 III 195, consid. 3b avec réf. à l'arrêt TF 2A.132/1991 du 19 juin 1992, consid. 5 et 6. Voir ég. BSK OR II-WATTER/PELLANDA, art. 717 N 4.

196 Comp. en lien avec le manque de compétences ou de temps : ISLER 2006, p. 14. Voir ég. WATTER/PÖSCHEL 2011, p. 17, 19.

197 CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 5 ; PETER/SAUERWEIN 2007, p. 162 s. ; BÖCKLI 2009, § 18 N 130a.

198 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716*a* N 34 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 405b ; BASTIAN 2010, p. 428 ; VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÌNEZ 2004, p. 412.

est nécessaire et sensée du point de vue de l'entreprise, il semble donc opportun qu'elle se traduise par une limitation de la responsabilité ; on ne saurait dans tous les cas attendre des administrateurs externes qu'ils examinent les questions préparées par un comité avec le même soin que les membres de celui-ci [199].

86 Pour autant, les fondements juridiques d'un traitement différencié ne sont pas évidents ; il ne se justifie pas d'appliquer par analogie l'art. 754 al. 2 CO, qui exonère les membres du conseil d'administration en cas de délégation licite de la gestion (voir les N 145 ss *infra*), puisque la nature de la délégation et les compétences attribuées sont différentes dans le cadre de la formation de comités [200]. L'application de l'art. 759 al. 1 CO, qui permet aux dirigeants individuels de faire valoir leur faute légère, n'entre pas primairement en ligne de compte dans la mesure où cette disposition ne permet pas une différenciation systématique entre les administrateurs chargés de la préparation et de l'exécution d'une tâche et ceux dont l'intervention se limite à la prise de décision [201].

87 Une approche fonctionnelle du devoir de diligence nous semble plus appropriée [202] : alors que l'administrateur membre d'un comité doit accorder un soin particulier à la préparation de décisions qui sont de son ressort, les autres administrateurs sont compétents d'une part pour la répartition des tâches et d'autre part pour la prise de décisions. C'est dans l'exercice de ces attributions que s'examine le respect des devoirs. Sous le premier aspect, les membres du conseil d'administration répondront de leur diligence dans le choix et l'instruction des membres du comité, ainsi que dans l'analyse critique des travaux de celui-ci. Les administrateurs non membres d'un comité devront en particulier vérifier que les documents fournis sont complets et exacts ; en cas d'incertitudes, ils demanderont des renseignements supplémentaires [203]. En l'absence de motif justifiant une remise en question des travaux du comité, c'est-à-dire lorsque ses membres ont été choisis avec soin, que les dirigeants externes sont convaincus du sérieux des membres du comité et qu'ils n'ont pas de raison de douter du soin et de la pertinence *(fachgerecht[igkeit])* de leur travail, le conseil d'administration peut se fier aux bases de décision fournies par le comité [204]. Néanmoins, la prise de décision en elle-même reste du ressort du conseil d'administration [205] : conformément aux principes énoncés ci-dessus, les administrateurs

199 MUSTAKI/URBEN 2011, p. 319 ; voir ég. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716*a* N 38 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 130a.

200 BASTIAN 2010, p. 427 s. ; VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÌNEZ 2004, p. 411 ; MUSTAKI/URBEN 2011, p. 322. Pour une application par analogie de l'art. 754 al. 2 CO : TRIGO TRINDADE 2004b, p. 23.

201 Voir N 333 *infra*. Pour une différenciation sous l'angle de la faute : CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 716*a* N 70.

202 Dans le même sens : BÖCKLI 2009, § 18 N 130b, 440a ; VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÌNEZ 2004, p. 412 ; PHILIPPIN 2005, p. 386 ss. Sceptiques : MUSTAKI/URBEN 2011, p. 322.

203 ISLER 2004, p. 46.

204 HG ZH HG120149 du 26 janvier 2015, consid. 7.3.3.7 (« SAirGroup/Air Littoral »). Comp. VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÌNEZ 2004, p. 412. Avec le même résultat : BÖCKLI 2009, § 18 N 130b.

205 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716*a* N 37 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 716*a* N 59 ; TRIGO TRINDADE 2004b, p. 34.

externes ne doivent pas suivre aveuglément les propositions soumises par le comité, mais les discuter, évaluer les différentes options et prendre une décision motivée [206]. Cette approche n'a pas encore été examinée par un tribunal. Elle apparaît cependant indiquée du point de vue de la prévention des dommages ; afin d'améliorer la prévisibilité des sanctions, il serait donc opportun de la codifier [207].

c) Conseil d'experts

Les réflexions qui précèdent peuvent être largement transposées à la situation où les dirigeants font appel à un expert dans le cadre de la préparation d'une décision. Le cas échéant, outre le soin qu'ils doivent apporter au choix et à l'instruction des experts (N 82 *supra*), les dirigeants vérifieront de manière critique le rapport rendu [208]. Ils devront s'assurer que le rapport est complet et que les conclusions qu'il présente sont compréhensibles (test de plausibilité) ; en cas de lacunes, d'incertitudes ou de contradictions, il faudra poser des questions supplémentaires à l'expert [209]. La prise de décision en elle-même et les réflexions sur l'opportunité de l'acte de gestion en regard de l'intérêt social sont réservées aux dirigeants [210]. 88

d) Rôle des normes de gouvernement d'entreprise

Les devoirs des administrateurs sont concrétisés par les attributions prévues aux art. 716 ss CO, en particulier par le catalogue des attributions inaliénables et intransmissibles de l'art. 716*a* al. 1 CO. Il existe également des réglementations privées visant à fixer des règles en matière d'organisation, de surveillance et d'indépendance, telles que le Code suisse de bonnes pratiques en matière de gouvernement d'entreprise du 28 août 2014, d'economiesuisse (CSBP) ; celles-ci concrétisent dans une certaine mesure le devoir de diligence [211]. Il faut dès lors se demander si le respect des normes de *corporate governance* s'impose pour l'administrateur raisonnable agissant de manière diligente. 89

De manière générale, les prescriptions de bonne gouvernance ne sauraient être comparées aux réglementations visant à concrétiser les « règles de l'art » d'une profession, par exemple la norme suisse d'audit, qui peut être pertinente dans l'examen des devoirs d'un organe 90

206 BASTIAN 2010, p. 429 s. ; VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÌNEZ 2004, p. 412 ; ISLER 2004, p. 47 ss.

207 Comp. BACHMANN 2014, p. E 42 s. En faveur d'une solution *de lege ferenda* tendant à autoriser la délégation de tâches décisionnelles relevant des attributions intransmissibles et inaliénables à des membres du conseil d'administration : ROBERTO 2006b, p. 40.

208 Voir ATF 97 II 403, consid. 5b, JdT 1973 I 66.

209 BISCHOF 2014, p. 205 ; SETHE 2014, p. 198 ; WEBER 2012, p. 183.

210 Comp. ISLER 2003a, p. 6.

211 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 N 14a ; CHENAUX 2008, N 4 ; WEBER 2002, p. 8.

de révision [212]. Ainsi, le CSBP indique explicitement que ce document constitue une « recommandation » et que chaque société doit « conserver la possibilité de développer ses propres principes ». Dès lors, il serait difficile d'admettre que le manquement aux règles de bonne gouvernance serait constitutif d'un manquement aux devoirs [213]. Dans le contexte de la *business judgment rule*, le respect des bonnes pratiques permettra néanmoins d'offrir un indice du caractère irréprochable du processus décisionnel ; à l'inverse, un écart injustifié par rapport aux bonnes pratiques peut influencer défavorablement l'appréciation du juge [214].

4.3.4. Absence de conflits d'intérêts

91 Le devoir de fidélité prévu à l'art. 717 al. 1 CO oblige les personnes exerçant des tâches de gestion à veiller fidèlement aux intérêts de la société. Dès lors, en cas de risque de conflit d'intérêts, le conseil d'administration doit s'assurer par des mesures appropriées que les intérêts sociaux sont dûment pris en considération [215]. Nous traiterons ici l'influence qu'a cette problématique sur l'appréciation des décisions de gestion ; les différents types de conflits d'intérêts et leur mesures qu'ils impliquent seront développés dans la section 5 (N 107 ss *infra*).

92 La jurisprudence admet généralement qu'une décision entachée de conflits d'intérêts fonde une présomption de violation du devoir de fidélité [216]. Le cas échéant, les administrateurs recherchés peuvent soit démontrer que le conflit d'intérêts a été géré de manière convenable, auquel cas ils bénéficient à nouveau de la *business judgment rule*, ou que la décision prise était entièrement opportune, ce qui revient à dire que le manquement aux devoirs n'a pas causé de préjudice à la société [217].

93 Dans une décision récente, le Tribunal fédéral semble modifier son approche des conflits d'intérêts dans le contexte de décisions de gestion. S'appuyant sur une opinion de DANIEL

212 Comp. ATF 139 III 67, consid. 2.6, JdT 2014 II 321 ; TF 4C.506/1996 du 3 mars 1998, SJ 1999 I 228, consid. 6a.

213 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 26 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 155 s. ; HaftpflichtKomm-LUTERBACHER, art. 754 CO N 34 ; VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÌNEZ 2004, p. 411.

214 Dans le même sens : MUSTAKI 2003, p. 327 s. : « Ainsi, les précisions apportées par le Code suisse de bonne pratique, qui se situent dans la ligne des exigences posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pourront avoir pour conséquence des exigences plus strictes à l'égard des administrateurs ».

215 ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 N 15 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 28 N 26 s.

216 TF 4A_127/2013 du 22 mai 2013, consid. 7.1 ; 4C.155/2002, du 9 septembre 2002, consid. 2.3 ; 4C.139/2001 du 13 août 2001, consid. 2a/bb ; BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 185 ; voir ég. VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 620 ; VON DER CRONE 2006b, p. 8. *Contra* : GERICKE/WALLER 2014, p. 309. Dans d'autres décisions, le Tribunal fédéral retient qu'il convient de mesurer l'acte de gestion à l'aune des conditions de pleine concurrence pour un acte comparable, ce qui revient en définitive au même (ATF 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26 ; 6B_54/2008 du 9 mai 2008, consid. 6.4.1 ; 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.3 ; TF 4C.402/1998 du 14 décembre 1999, consid. 2c, Pra 2000 nº 50, p. 285 ; JENNY 2012, N 803 ; NIKITINE 2007, p. 285 ss).

217 Comp. BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 185 ; GLANZMANN 2000, p. 166.

BRUGGER et HANS CASPAR VON DER CRONE, il retient que le fait que la décision est entachée d'un conflit d'intérêts ne suffit pas à admettre un manquement aux devoirs ; il faut au contraire se demander si la décision prise dans le cas concret apparaît erronée dans le cadre d'un examen libre et global par le juge [218]. Dans le cas faisant l'objet de cet arrêt, il est difficile de déterminer si cette nouvelle approche change quelque chose à la ligne suivie auparavant par le Tribunal fédéral, puisque le demandeur n'a pas réussi à fournir d'indices du caractère inopportun de la décision, malgré la réalisation d'un contrôle spécial [219]. À notre avis, retenir que l'existence d'un conflit d'intérêts est un critère parmi d'autres à prendre en compte dans l'examen global d'une décision de gestion constitue une relativisation injustifiée du devoir de fidélité ; une certaine sévérité est de mise lorsqu'aucune mesure n'est prise pour limiter le risque d'atteinte aux intérêts de la société résultant du conflit d'intérêts. Pour cette raison, nous considérons que la présomption de manquement aux devoirs en cas de conflit d'intérêts doit rester valable.

4.3.5. Caractère défendable en regard de l'intérêt social

Le pouvoir d'examen du juge ne s'épuise pas dans le contrôle des conditions procédurales de la *business judgment rule* : une décision de gestion doit aussi être matériellement défendable en regard de l'intérêt social [220]. Le droit de la société anonyme, en particulier l'art. 717 CO, interdit en effet de renoncer totalement à l'examen matériel d'une décision [221]. 94

a) L'intérêt social comme norme d'appréciation

L'intérêt social est le fil rouge et l'objectif visé par l'exécution diligente des tâches de gestion [222]. Cette notion est cependant difficilement saisissable, tant les intérêts qui se rencontrent au sein d'une société sont divers et parfois divergents [223]. Ses caractéristiques minimales peuvent néanmoins être définies : son cadre extérieur serait délimité en général par l'ordre juridique [224] et en particulier par le but social [225]. Ensuite, l'intérêt social tend 95

[218] TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1 s. ; voir BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 185. Comp. en droit allemand HABERSACK 2013, p. 798 : *« Entscheidend ist [...], dass sich der Interessenkonflikt nicht auf die Entscheidfindung auswirkt, also dargelegt werden kann, dass die Entscheidung aus sachlichen Erwägungen zum Wohle der Gesellschaft getroffen worden ist »*.

[219] TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1.

[220] ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 615.

[221] HÄNNI 2013, p. 577 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 591e ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 621.

[222] VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 620.

[223] RUEDIN 1990, p. 195.

[224] L'intérêt social ne saurait justifier un acte contraire au droit, p. ex. une entrave à la concurrence ou une soustraction fiscale (HOPT 2015, p. 228 s.).

[225] ATF 116 II 320, consid. 3a ; HANDSCHIN 2003, p. 175 ; GERICKE/WALLER 2014, p. 306 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 620 ; TRIGO TRINDADE 1996, p. 90.

au moins à la poursuite d'un but lucratif (art. 620 al. 3 CO) et plus précisément à la conduite d'une activité durablement prospère [226]. Une décision ne devrait donc pas être sanctionnée lorsqu'elle vise à contribuer d'une manière ou d'une autre à l'augmentation de valeur à long terme de la société [227]. La dilapidation de la fortune sociale ne saurait en revanche être couverte par l'intérêt social [228]. Ainsi, l'octroi d'un prêt dont les perspectives de remboursement sont nulles est en principe contraire à l'intérêt social [229].

96 À l'intérieur de ce cadre, il convient de démarquer l'intérêt social des intérêts « étrangers » [230] : l'intérêt social ne recouvre pas celui des actionnaires [231], mais ne se recoupe pas non plus totalement avec celui de l'entreprise exploitée par la société [232]. Ces éléments sont néanmoins tous des indices de l'intérêt social [233], qu'il convient de soupeser en fonction des circonstances du cas d'espèce [234]. Compris ainsi, le devoir de préserver l'intérêt social implique avant tout un devoir de déterminer soigneusement son contenu par la pesée des intérêts en présence. Ce faisant, l'administrateur doit tenir compte à la fois des actionnaires, des travailleurs, des créanciers ainsi que de la collectivité [235].

97 Cette conception du devoir de veiller à l'intérêt social peut sembler difficilement conciliable avec la fonction de la responsabilité des organes, qui s'épuiserait dans la prévention et la sanction des dommages juridiquement pertinents, ainsi que l'affirment DIETER GERICKE et STEFAN WALLER [236]. De ce point de vue en effet, il suffirait qu'une décision vise l'accroissement du patrimoine de la société pour être conforme à l'intérêt social,

226 ATF 126 III 266, consid. 1b ; 100 II 384, consid. 4, JdT 1975 I 334 ; 54 II 28, consid. 5 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 N 16 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 598 ; SPÖRRI 2008, p. 145 ; TRIGO TRINDADE 1996, p. 23 ; RUEDIN 1990, p. 199. En détail : FORSTMOSER 2006, p. 71 ss.

227 ZK-HOMBURGER, art. 717 N 785 ss ; BSK OR II-WATTER/PELLANDA, art. 717 N 37 s. Voir ég. ATF 99 II 176, consid. 4, JdT 1974 I 71. D'un autre avis, GERICKE/WALLER 2014, p. 305, pour qui l'orientation à court, moyen ou long terme n'a pas d'incidence.

228 ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223 ; arrêt TF du 25 mai 1981, X c. J. Berberat et Henauer SA, SJ 1982 221, consid. 3b ; NIKITINE 2007, p. 171. On se rapproche de la *waste doctrine* américaine, qui sanctionne *« an exchange of corporate assets for consideration so disproportionately small as to lie beyond the range at wich any reasonable person might be willing to trade »* (*Citigroup Derivative Litig.*, 964 A.2d 106, 111-12 [Del. Ch. 2009]).

229 TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 6.1 ; 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.3.

230 RUEDIN 1990, p. 200.

231 ATF 100 II 384, consid. 4, JdT 1975 I 334 ; 59 II 48 : « On vise à protéger non seulement les intérêts des créanciers et des actionnaires, mais encore, et surtout, ceux des entreprises elles-mêmes ». Voir ég. BÖCKLI 2009, § 13 N 598 ; SPÖRRI 2008, p. 144 s.

232 En témoignent les règles de protection des créanciers ; ainsi l'intérêt à la poursuite de l'exploitation peut s'opposer à l'intérêt des créanciers à limiter leur perte par le dépôt du bilan (art. 725 al. 2 CO) ; comp. BERTSCHINGER 2012, p. 30. D'un autre avis : SOMMER 2010, p. 47 ss.

233 KUNZ 2001a, § 9 N 189 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 391 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 28 N 26.

234 ZK-HOMBURGER, art. 717 N 779 ss ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 620 ; SPÖRRI 2008, p. 145 ; LAMBERT 1992, p. 213.

235 WEBER 2012, p. 184 ss ; voir ég. ZK-HOMBURGER, art 717 N 807 et les réf. ; il faut au moins considérer que l'intérêt social ne s'oppose pas à des actions à but purement idéal, comme le mécénat (TRIGO TRINDADE 1996, p. 25 ; NIKITINE 2007, p. 170 s.).

236 GERICKE/WALLER 2014, p. 305.

indépendamment des intérêts pris en compte ou d'une orientation à court, moyen ou long terme [237]. Une telle approche de la responsabilité des organes serait cependant en conflit avec la conception dominante de la société anonyme, qui est celle d'une structure visant une prospérité durable [238].

b) Étendue du pouvoir d'examen

Le conseil d'administration dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans la détermination de l'intérêt social ; celui du juge est réduit en conséquence. Ce dernier ne sanctionnera une décision de gestion que si elle ne peut être justifiée par aucun motif défendable se trouvant dans la sphère de la société [239]. La portée du terme « défendable » est difficilement déterminable. Celui-ci implique en toute hypothèse une appréciation plus sévère que sous l'angle de l'abus de droit. Ainsi, si la majorité des actionnaires peut faire passer ses intérêts avant ceux de la minorité, à moins d'une lésion manifeste des intérêts de cette dernière [240], le conseil d'administration doit, lui, faire passer les intérêts de la majorité – et les siens – au second plan [241]. Une mesure ayant pour unique effet d'avantager les actionnaires majoritaires [242] ou les dirigeants [243] serait par conséquent contraire au devoir de fidélité [244]. De même, une décision serait contraire à l'intérêt social si elle était dénuée de toute justification commerciale [245] ou si elle était rationnellement incompréhensible [246]. 98

c) Intérêt social et prise de risques

Les décisions de gestion impliquent une certaine prise de risques ; les devoirs imposés aux 99

237 GERICKE/WALLER 2014, p. 305.

238 N 95 *supra*.

239 HÄNNI 2013, p. 579 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 620 ; BRECHBÜHL/HURNI 2005, p. 1553. Voir ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328, consid. 3.4 ; TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 7. Pour un examen de plausibilité : BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 187.

240 ATF 102 II 265, consid. 3, JdT 1977 I 102 ; TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 3.4.1 non publié *in* ATF 131 III 38, et les réf.

241 ATF 117 II 290, consid. 4e/bb ; 102 II 265, consid. 3, JdT 1977 I 102 ; TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 3.4.1, non publié *in* ATF 131 III 38 ; 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.3. Pour un exemple relatif à l'utilisation de biens sociaux par un administrateur : TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002. Voir ég. Recommandation COPA n° 0249/05 du 23 août 2005 (Saia-Burgess Electronics Holding SA), consid. 1.3.

242 TF 4A_375/2012 du 20 novembre 2012,consid. 3.4.

243 Recommandation COPA n° 0249/05 du 23 août 2005 (Saia-Burgess Electronics Holding SA), consid. 1.3 ; BRECHBÜHL/HURNI 2005, p. 1549.

244 HÄNNI 2013, p. 579 ; de cette manière, la maxime de l'intérêt social contribue indirectement à la protection des actionnaires minoritaires, comp. KUNZ 2013, N 25.

245 CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 22 ; TF 4C.252/2000 du 5 décembre 2000, consid. 3b.

246 HÄNNI 2013, p. 579 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 620 ; SPÖRRI 2008, p. 149 ; LAMBERT 1992, p. 226 ss.

personnes chargées de la gestion fixent cependant des limites aux risques commerciaux que les dirigeants peuvent choisir de prendre [247]. Ainsi, les risques liés à la gestion doivent être appréciés soigneusement et limités dans la mesure du possible [248]. Ces conditions respectées, le devoir de diligence n'est pas violé lorsqu'un dommage se produit [249].

100 La prise de risques doit en outre s'inscrire de manière défendable dans l'intérêt de la société ; tel n'est pas le cas si le risque est disproportionné en regard du produit qu'il peut générer [250] ou des moyens financiers de la société [251]. Aussi, lorsque des moyens importants sont engagés dans une opération à risque *(Klumpenrisiko)*, une justification particulière sera nécessaire ; dans certains secteurs très profilés ou des marchés avec un nombre d'acteurs limités, cette concentration d'actifs peut ainsi être inhérente à l'activité de l'entreprise [252].

4.3.6. Quel pouvoir d'appréciation en cas de manquements dans le processus décisionnel ?

101 Il faut encore déterminer les conséquences de manquements aux conditions formelles de la *business judgment rule*. Le Tribunal fédéral retient dans l'abstrait que si les conditions ne sont pas remplies, le juge n'a pas à faire preuve de retenue dans l'examen de l'opportunité de la décision [253]. On ne saurait donc automatiquement déduire du non-respect d'un des critères énoncés par le Tribunal fédéral que les dirigeants ont manqué à leurs devoirs. Un examen aussi schématique ne trouve aucun appui dans la loi et serait d'ailleurs difficile à appliquer : chacune des conditions est soumise à des critères abstraits et elles ne peuvent pas être entièrement distinguées les unes des autres [254]. L'appréciation finale doit dès lors rester globale : le caractère défendable doit résulter de l'ensemble des circonstances, qu'elles

247 VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 611 ; voir ég. ATF 101 II 121, consid. 2a, JdT 1976 I 281.

248 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 2.1.2 ; TF du 25 mai 1981, X. contre J. Berberat et Henauer SA, consid. 3b, SJ 1982 221 ; ISLER 2003a, p. 13. Voir ég. ATF 113 II 52, consid. 3b, JdT 1988 I 26 ; 99 II 176, consid. 1, JdT 1974 I 71.

249 Comp. ATF 101 II 121, consid. 3b, JdT 1976 I 281.

250 TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 7.3.

251 ATF 113 II 52, consid. 3b, JdT 1988 I 26 ; TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 2.1.2 ; 4C.201/2001 du 19 juin 2002, consid. 2.1.2 ; ISLER 2003a, p. 5. Comp. toutefois TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 7.2.2, qui laisse finalement indécise la question de savoir si la concentration d'actifs peut être admissible dans une certaine mesure pour une société de participation.

252 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 31b ; ISLER 2003a, p. 13 ; voir ég. DRUEY 1994, p. 53.

253 TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 5.2 ; 4A_603/2014 du 11 novembre 2014, consid. 7.1.1 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 615.

254 VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 617 ; BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 186 ; voir ég. DRUEY 2015, p. 10 ss sur la délimitation difficile entre le processus de préparation d'une décision et celui de prise de décision.

aient trait à la formation de la décision ou à son opportunité [255]. Le cas échéant, la décision de gestion sera tout de même respectée, même si elle n'est pas la meilleure décision que les dirigeants auraient pu prendre [256]. Si le processus décisionnel, pris dans sa globalité, n'est pas défendable, le juge examinera également l'opportunité de la décision [257]. Ce caractère défendable s'apprécie en fonction du but des règles procédurales relatives la prise de décisions : elles tendent à garantir la promotion de l'intérêt social dans la gestion [258]. Cette fonction, explicitement mise en avant par le Tribunal fédéral en matière de gestion des conflits d'intérêts [259], vaut à notre sens pour toutes les conditions procédurales de la *business judgment rule*. Leur respect indique que les dirigeants ont fait preuve de soin dans la détermination de ce que l'intérêt social commande dans le cas d'espèce [260] ; le cas échéant, il semble approprié que le juge s'abstienne de remettre en question l'opportunité d'une décision formellement irréprochable. À l'inverse, des manquements dans le processus décisionnel créent le risque que les intérêts sociaux ne soient pas suffisamment garantis ; plus les manquements sont graves, plus ce risque augmente et plus il est permis de mettre en doute l'opportunité de la décision prise. Selon cette approche globale, une décision n'est plus défendable lorsque les dispositions prises lors de la préparation et de la formation de la décision n'étaient pas suffisantes pour garantir une détermination soigneuse de l'intérêt social. Ainsi, un manquement grave dans la collecte d'informations ou l'absence de mesures prises pour gérer un conflit d'intérêts constitueront déjà un manquement aux devoirs [261]. Cependant, le défendeur pourra se libérer en démontrant l'entière opportunité de la décision prise.

4.4. Discussion

L'adoption de la *business judgment rule* à la sauce suisse, dont nous venons de présenter le fonctionnement, n'a pas modifié l'étendue de l'examen des décisions de gestion par le juge [262]. Cependant, le Tribunal fédéral, s'il se réserve l'examen de l'opportunité des décisions de gestion, s'attache par un processus en deux phases, à apprécier tout d'abord les conditions formelles de la prise de décision et ensuite seulement à s'intéresser au contenu 102

[255] BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 186, admis par le TF dans l'arrêt 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1. Voir ég. TF 4A_120/2013 du 27 août 2013, consid. 3, en lien avec le devoir de fidélité en général : « il faut se demander si, en fonction des renseignements dont [l'administrateur] disposait ou pouvait disposer, son attitude paraît raisonnablement défendable ».

[256] BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 188.

[257] BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 188.

[258] Voir dans ce sens les motifs de l'OG ZG relatés *in* TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 6.1.1.

[259] ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223.

[260] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 31a.

[261] Voir les N 92 et 80 *supra*.

[262] HÄNNI 2013, p. 578 ; SETHE 2014, p. 200 ; GERICKE/WALLER 2014, p. 291 ; CHRISTEN 2015, p. 132.

matériel des actes de gestion [263]. Ce schéma d'examen constitue à notre sens l'apport le plus important de la *business judgment rule*: il fournit au juge un certain nombre de critères d'appréciation concrétisant les devoirs des dirigeants [264] et élimine ainsi dans une certaine mesure le biais rétrospectif lié à l'examen de décisions de gestion [265]. En pratique, cela permettra de concentrer le regard du juge sur les aspects formels des actes de gestion plutôt que sur leur contenu matériel [266].

103 En l'état, la *business judgment rule* telle que formulée par le Tribunal fédéral s'intègre harmonieusement dans l'ordre juridique suisse, puisqu'elle constitue une expression des devoirs de diligence et de fidélité [267]. En particulier, l'art. 717 al. 1 CO impose un examen, certes restreint, de la conformité des décisions de gestion à l'intérêt social [268]. La doctrine – antérieure comme postérieure aux décisions récentes du Tribunal fédéral – appelle cependant de ses vœux la codification de ce schéma d'examen. Le motif généralement invoqué à l'appui de cette position est la sécurité juridique qu'apporterait l'inscription de la *business judgment rule* dans la loi [269]. Cette codification permettrait ainsi de fixer plus précisément les conditions d'un manquement aux devoirs [270]. Il est vrai qu'en l'état, les frontières d'une prise de décision conforme aux devoirs restent floues et fortement dépendantes du cas concret [271].

104 Toutefois, la formulation d'un schéma d'examen rigide aux critères clairement délimités risque d'inciter les dirigeants à se préoccuper de la conformité à des procédures décisionnelles standardisées au détriment d'une activité innovante dans l'intérêt de la société [272]. La formulation de conditions adéquates dans la loi n'irait d'ailleurs pas sans difficulté. Une réglementation souple couplée à un examen global des circonstances – telle la solution qui prévaut *de lege lata* – permet au contraire de tenir compte des particularités du cas d'espèce et d'appréhender une grande variété de situations différentes, comme le montre l'exposé

263 Comp. HÄNNI 2013, p. 580 ; JENNY 2012, N 803.
264 BÖCKLI 2009, § 13 N 595 ; CHABLOZ 2012, N 632.
265 Comp. SETHE 2014, p. 518 ; ROBERTO/GRECHENIG 2011, p. 23 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 31a ; FRICK 2003, p. 518.
266 HÄNNI 2013, p. 580.
267 VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 612 ss ; CHRISTEN 2015, p. 131 s ; FRICK 2003, p. 519 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 31a. Plus sceptique : KUNZ 2014b, p. 279, 282.
268 HÄNNI 2013, p. 577 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 621 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 591e ; NIKITINE 2007, p. 150 ss. Pour un examen plus sévère : KUNZ 2014b, p. 281 ; pour un examen moins sévère : GERICKE/WALLER 2014, p. 312.
269 BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 69 ; CHRISTEN 2015, p. 133 s. ; WEBER 2012, p. 211 ; CHABLOZ 2012, N 632 ; ROBERTO/GRECHENIG 2011, p. 24 ; GARBARSKI 2006, p. 131 ; FRICK 2003, p. 519.
270 BÄRTSCHI 2014, p. 123 s.
271 BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 187 ; ISLER 2004, p. 53 ; BÄRTSCHI 2001, p. 405.
272 WEBER 2012, p. 183 ; DRUEY 2003a, p. 20 s. ; BÖCKLI 2009, § 13 N 593 ; WEBER 2002, p. 8 ; BÄRTSCHI 2001, p. 406 ; voir ég. CAHN/DONALD 2010, p. 372, n. 11 avec des références au processus législatif au Royaume-Uni.

des conditions de la *business judgment rule* ci-dessus [273].

De manière plus générale, il existe une tendance à surestimer la sécurité juridique que peut apporter la *business judgment rule*. Une codification ne parviendrait pas à l'affranchir de critères aux contours vagues [274]. Ainsi, les conditions exposées au § 93 al. 1, 2e phr. AktG, cité comme référence pour une codification en Suisse [275] sont également exprimées en termes très généraux : selon cette disposition, les membres du *Vorstand* ne manquent pas à leurs devoirs s'ils peuvent raisonnablement supposer, sur la base d'une information adaptée, qu'ils agissaient pour le bien de la société [276]. Dans le cas concret, un dirigeant pourra difficilement anticiper l'appréciation de ces critères par un juge [277]. En définitive, si la formulation de la *business judgment rule* par le Tribunal est bienvenue, sa codification ne contribuerait pas de manière décisive à la prévisibilité des sanctions et, partant, à la sécurité du droit [278]. On rappellera d'ailleurs que son champ d'application est restreint : elle ne saurait couvrir les manquements à la loi, en particulier aux obligations de droit public, ni les omissions des dirigeants [279]. 105

Une codification se justifierait en revanche si l'on souhaitait restreindre le pouvoir d'examen du juge quant à l'opportunité des décisions de gestion [280]. L'examen matériel résiduel des décisions de gestion est cependant une mesure nécessaire pour garantir que les efforts des dirigeants s'orientent d'après les intérêts de la société et de ses parties prenantes [281]. Selon DIETER GERICKE et STEFAN WALLER, il existe un trop grand risque que le tribunal se laisse influencer par ses valeurs et le biais rétrospectif pour lui accorder la prérogative de juger de l'opportunité d'une décision [282]. Les recherches récentes en économie comportementale indiquent cependant que les dirigeants eux-mêmes ne sont pas à l'abri de leurs propres 106

273 N 73 ss *supra*. Voir ég. BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 184. L'importance de l'examen des circonstances du cas d'espèce est également souligné par BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 69.

274 HOPT 2015, p. 218, 223 ; BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 69.

275 KUNZ 2014b, p. 282.

276 *« Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. »* (§ 93 al. 1, 2e phr. AktG).

277 WAGNER 2014, p. 258 ; voir ég. HARNER 2013, p. 16 s. Il est également permis de douter de la capacité de la *business judgment rule* à éliminer le biais rétrospectif (ROBERTO/GRECHENIG 2011, p. 24 s. ; SPINDLER 2013, p. 892).

278 Dans le même sens : HABERSACK 2013, p. 799.

279 BÖCKLI 2009, § 13 N 594 ss ; BÄRTSCHI 2001, p. 406. Sur la fréquence des cas de responsabilité liés à la violation de dispositions de droit public : KELLER 2012, N 23.

280 BÖCKLI 2009, § 18 N 403 ; HASENBÖHLER 2003, p. 74 ; BÄRTSCHI 2001, p. 406. Voir ég. les réf. citées en n. 268. GERICKE/WALLER 2014, p. 311, admettent un tel examen restreint *de lege lata*.

281 BÖCKLI 2009, § 13 N 591f ; NIKITINE 2007, p. 150 ; KUNZ 2014b, p. 282, ainsi qu'apparemment WIEGAND 1993, p. 6. *Contra :* GERICKE/WALLER 2014, p. 312. On peut même arguer qu'une gestion axée sur les intérêts de l'entreprise serait mieux servie par une définition des intérêts à prendre en compte au cours du processus décisionnel plutôt que par la codification du processus d'examen de celui-ci par le juge (dans ce sens, HARNER 2013, p. 30).

282 GERICKE/WALLER 2014, p. 312 s.

biais cognitifs – typiquement l'excès de confiance et les biais de confirmation – nonobstant un processus d'information irréprochable [283]. De ce point de vue, l'examen matériel par le juge permet de contrebalancer les vices pouvant influencer la prise de décisions au sein des organes de gestion [284]. Une question restant indécise à ce stade est l'opportunité d'inscrire dans la loi un renversement du fardeau de preuve, comme le prévoit le § 93 al. 2 AktG [285].

5. Conflits d'intérêts

107 La pesée d'intérêts nécessaire à la détermination de l'intérêt social peut être perturbée par l'existence d'intérêts économiques personnels des dirigeants ou leur soumission à l'influence formelle ou matérielle de tiers [286]. Face à ces risques de conflit d'intérêts, l'art. 717 al. 1 CO impose la primauté des intérêts sociaux sur ceux de tiers [287]. Dès lors, la responsabilité des administrateurs s'apprécie plus sévèrement lorsqu'ils n'agissent pas dans l'intérêt de la société, mais dans le leur ou celui d'actionnaires ou de tiers [288].

108 La thématique du conflit d'intérêts s'intègre largement dans celle de l'examen des décisions de gestion : ainsi, une décision prise sous l'emprise d'un conflit d'intérêts ne bénéficiera pas de la retenue du juge dans l'examen de l'opportunité de la décision [289]. Il faut cependant apporter quelques précisions quant à la gestion des différentes formes de conflits d'intérêts et à leurs conséquences du point de vue de la responsabilité. Nous étudierons tout d'abord le contrat avec soi-même, duquel on rapprochera également l'appropriation de biens sociaux par le dirigeant, puis le traitement des conflits d'intérêts en cas de transaction de la société avec un organe de gestion ou ses proches. Nous aborderons encore brièvement la question de l'exercice d'une activité concurrente par les dirigeants.

283 GREENFIELD 2015, p. 526 et les réf. citées.

284 GREENFIELD 2015, p. 526.

285 *« Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft [...] die Beweislast [die Vorstandsmitglieder]. »* Voir à ce sujet les N 1077 ss *infra*.

286 FRICK 2003, p. 512 ; RUFFNER 2000, p. 202.

287 ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 381 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 11 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 387 ; FRICK 2003, p. 512 ; RUFFNER 2000, p. 202.

288 ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223 ; 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26 ; TF du 25 mai 1981, X. c. J. Berberat et Henauer SA, SJ 1982 221, consid. 3a. Les comportements contraires à l'intérêt social sont aussi sanctionnés pénalement par l'art. 158 CP (gestion déloyale).

289 N 92 *supra*.

5.1. Contrats avec soi-même et appropriation de biens sociaux

5.1.1. Contrats avec soi-même

Il y a contrat avec soi-même lorsqu'un dirigeant, agissant en tant que représentant de la société, noue une relation juridique entre celle-ci et lui-même [290]. Matériellement, la même personne se trouve des deux côtés de la transaction. Sont assimilés au contrat avec soi-même les actes juridiques passés en double représentation [291], ainsi que les contrats conclus entre le dirigeant représentant la société et une société qu'il contrôle économiquement [292]. 109

Le contrat avec soi-même est en principe frappé de nullité, à moins que le risque de désavantager la société soit exclu de par la nature de l'affaire ou que la société – à travers un organe de même niveau ou de niveau supérieur – ait autorisé ou ratifié expressément celle-ci [293]. Si la prestation de la société dépasse 1000 francs, le contrat doit en outre être passé par écrit (art. 718*b* CO). 110

Le risque de désavantage pour la société est exclu lorsque la transaction est passée aux conditions du marché [294]. Cette exception, qui implique l'existence d'un prix observable, ne fonctionne que si les autres paramètres de la transaction sont déterminés ou déterminables à l'avance ; l'administrateur qui conclut un contrat avec lui-même n'a pas autorité pour déterminer si l'opération en elle-même se justifie du point de vue de l'intérêt social et si le moment et le volume prévus pour la transaction sont adéquats [295]. 111

La ratification d'un contrat avec soi-même peut émaner d'un autre administrateur ou du conseil d'administration *in corpore* ; lorsque le conseil d'administration est unipersonnel ou que tous les administrateurs sont frappés d'un conflit d'intérêts, la jurisprudence admet une ratification par l'assemblée générale [296]. La ratification ne sera admise que si elle ressort indubitablement des circonstances [297]. Dès lors, un acte ne saurait pas être ratifié par l'approbation des comptes annuels [298], ni par l'octroi de la décharge [299]. Le contrat avec 112

290 ZK-HOMBURGER, art. 717 N 908.

291 ATF 127 III 332, consid. 2a, JdT 2001 I 258.

292 TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006, consid. 3.2.5. Pour une casuistique des cas de figure assimilés au contrat avec soi-même : BK-ZÄCH, art. 33 CO N 78.

293 ATF 127 III 332, consid. 2a, JdT 2001 I 258 ; 126 III 361, consid. 3a, JdT 2001 I 131 et les réf. ; ZK-HOMBURGER, art. 717 N 911 ; HaftpflichtKomm-LUTERBACHER, art. 754 CO N 50.

294 BK-ZÄCH, art. 33 CO N 83.

295 BÖCKLI 2012, p. 357, qui nuance ainsi les propos tenus *in* BÖCKLI 2009, § 13 N 603.

296 ATF 127 III 332, consid. 2b/aa, JdT 2001 I 258 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 152 ; le cas échéant, l'administrateur concerné devrait être exclu du vote s'il est également actionnaire (art. 695 CO par analogie ; REBSAMEN 2015, p. 444).

297 TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006, consid. 3.2.8.1.

298 TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006, consid. 3.2.8.3. En matière de rémunération : TRIGO TRINDADE 1999, p. 402.

299 BÖCKLI 2009, § 18 N 452b.

soi-même est en revanche valable sans ratification lorsque la société passe un contrat avec son actionnaire unique ; dans ce cas, un conflit d'intérêts est exclu [300].

113 Du point de vue de la validité de la transaction, la ratification par un autre administrateur présuppose que celui-ci dispose du pouvoir de signature individuelle ; si les dirigeants ne veulent pas engager leur responsabilité, il faut également que l'affaire relève des compétences dont l'administrateur chargé de ratifier l'affaire est investi en vertu des règles d'organisation internes [301]. La ratification par le conseil d'administration obéira aux règles applicables en cas de conflit d'intérêts [302]. L'autorité de ratification (administrateur ou conseil d'administration) doit par ailleurs s'assurer de la conformité de l'affaire à l'intérêt social [303] ; le pouvoir d'examen du juge quant à cette question sera également décrit dans la section consacrée aux conflits d'intérêts dans la gestion [304].

114 En soi, la ratification d'une transaction par un organe de gestion de même niveau ou supérieur n'exonère pas de sa responsabilité la personne qui a contracté avec elle-même. Ceci reviendrait en effet à donner aux sujets de la responsabilité la faculté de s'exonérer eux-mêmes [305]. En toute hypothèse, l'organe de ratification engage sa propre responsabilité fondée sur ses devoirs en matière de surveillance [306]. La responsabilité de la personne dont l'acte de gestion a été ratifié s'appréciera conformément à la *business judgment rule*, en particulier quant à sa conformité à l'intérêt social [307].

115 De même, une ratification par l'assemblée générale – qui ne doit être admise que si une ratification par un collègue ou le conseil d'administration n'est pas envisageable – ne libère en principe pas les dirigeants de leur responsabilité, celle-ci n'étant pas un organe convenable pour décider de l'opportunité d'actes de gestion [308]. Le cas échéant, le dirigeant concerné sera inspiré de faire réaliser une *fairness opinion* attestant de l'opportunité de la décision s'il veut bénéficier de la retenue du juge [309]. À défaut, il devra être en mesure de démontrer l'opportunité de la transaction [310].

---

300 ATF 126 III 361, consid. 5a, JdT 2001 I 131 ; 50 II 165, consid. 5.
301 JENNY 2012, N 816 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 151 ; voir ég. STUTZ/VON DER CRONE 2003, 107 ss.
302 N 117 ss *infra*.
303 TRIGO TRINDADE 1999, p. 399.
304 N 117 ss *infra*.
305 SCHNYDER 2010, p. 46 ; BÄRTSCHI 2001, p. 46. *Contra*, lorsque l'acte d'un gérant est toléré par le conseil d'administration *in corpore* : KUNZ 1993, p. 146 ; REBSAMEN 2015, p. 443.
306 SCHNYDER 2010, p. 46 ; REBSAMEN 2015, p. 443.
307 Voir les N 73 ss *supra*.
308 CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 12 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 648 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 397. Sur les effets d'une ratification, voir ég. N 54 *supra*.
309 SETHE 2014, p. 178 s.
310 VON DER CRONE 1994, p. 8 ; voir ég. ATF 89 II 321, consid. 7.

5.1.2. Appropriation de biens sociaux

L'exploitation de biens sociaux par les dirigeants ne passe pas nécessairement par un contrat formel. Il faut retenir de manière générale que l'utilisation d'éléments du patrimoine social par les dirigeants doit avoir une justification sociale ou reposer sur une autorisation de l'autorité sociale compétente [311]. Ainsi, l'administrateur qui prélève des biens sociaux doit les restituer ou prouver qu'ils ont été utilisés dans l'intérêt de la société [312]. De même, celui qui encaisse personnellement un montant destiné à la société manque à ses devoirs s'il ne le reverse pas à la société [313]. 116

5.2. Conflits d'intérêts dans les décisions du conseil d'administration

5.2.1. Gestion des conflits d'intérêts

La question de la gestion des conflits d'intérêts se pose également lorsque la société conclut une affaire avec un administrateur sans qu'il y ait contrat avec soi-même ou lorsqu'elle entre en relation avec un tiers qui entretient des rapports étroits avec un ou plusieurs administrateurs [314]. La loi ne définit pas le conflit d'intérêts ni les précautions à prendre lorsqu'il survient ; la jurisprudence précise qu'en cas de risque de conflit d'intérêts, le conseil d'administration doit prendre les mesures qui s'imposent afin de garantir que les intérêts de la société seront dûment pris en compte [315]. Les mesures concrètes dépendent de manière générale de la direction et de l'intensité du conflit [316] : une distinction est généralement opérée entre la divergence d'intérêts (« friction d'intérêts »/« *Interessenberührung* » [317]) et le conflit d'intérêts caractérisé ou sérieux [318]. Un conflit d'intérêts est pertinent (« sérieux ») « lorsque les intérêts de l'administrateur, respectivement de la société, sont diamétralement opposés, lorsque les intérêts en jeu exercent sur l'intéressé une forte pression ou lorsque l'administrateur concerné fait face à des obligations légales contradictoires » [319]. Dès lors, la simple dépendance structurelle envers les actionnaires majoritaires, qui ont le pouvoir 117

311 CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 12.

312 TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.3 ; 4C.252/2000 du 5 décembre 2000, consid. 3b.

313 TF 4C.19/2004 du 19 mai 2004, consid. 1.4. Voir ég. art. 138 CP (abus de confiance).

314 Voir Message 2007, p. 1506 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 144.

315 ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223.

316 SOMMER 2010, p. 91 s.

317 MUSTAKI/URBEN 2014, p. 149 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 643.

318 MUSTAKI/URBEN 2014, p. 149 ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 13 N 636.

319 MUSTAKI/URBEN 2014, p. 149 ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 13 N 636 ; SETHE 2014, p. 178 ; BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 184 ; VON DER CRONE 1994, p. 2. Voir p. ex. TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 7.3.2 : administrateur siégeant au sein de deux sociétés liées par un contrat de prêt ; dans ce cas, les intérêts des deux sociétés sont manifestement opposés.

118 de révoquer l'organe, ne devrait pas suffire à fonder un conflit d'intérêts [320]. Lorsqu'un administrateur est en proie à une simple divergence d'intérêts, c'est-à-dire que les intérêts qu'il représente ne s'alignent pas sur ceux de la société sans nécessairement s'y opposer, la doctrine retient qu'il ne doit pas se récuser lors de la prise de décision [321]. Cependant, la divergence d'intérêts exerce déjà une influence sur la détermination de l'intérêt social dans le cas concret ; un processus décisionnel irréprochable implique dès lorsqu'un administrateur informe ses collègues d'éventuels intérêts divergents, même s'ils n'exigent pas l'adoption de mesures particulières [322]. Ce devoir d'annonce ainsi que l'obligation des autres dirigeants de s'informer sur les aspects importants de cette divergence d'intérêts seront pris en compte dans l'examen du processus décisionnel [323]. Le cas échéant, le non-respect de ces obligations peut constituer un indice de manquement dans la prise de décision et conduire à une appréciation plus sévère du juge [324].

119 En présence d'un conflit d'intérêts « sérieux », l'administrateur concerné ne sera pas autorisé à exercer son droit de vote lors de la prise de décision sur l'affaire concernée [325]. En ce qui concerne sa participation aux débats, la doctrine est partagée [326]. Du point de vue d'un processus d'information approprié, il peut être délicat de renoncer à l'apport que peut fournir un dirigeant disposant de connaissances spécifiques, même s'il est frappé d'un conflit d'intérêts. Le risque de désavantage pour la société sera pallié le cas échéant par l'obtention d'une expertise externe [327].

120 Le conseil d'administration doit par ailleurs prendre des mesures permettant de garantir la conformité de la transaction aux conditions du marché [328]. Il doit, lorsque la nature de la transaction le permet, se référer aux cours et aux valeurs de marché [329]. Autrement, il peut s'imposer de faire réaliser une *fairness opinion* par un expert externe [330]. Indépendamment des réflexions sur la valeur de la prestation et de la contre-prestation, le conseil d'administration doit également déterminer si la transaction en elle-même, le moment et le volume

320 HANDSCHIN 2003, p. 178.
321 BÖCKLI 2009, § 13 N 643 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 149 ; SOMMER 2010, p. 109 s.
322 BÖCKLI 2009, § 13 N 635 ; SOMMER 2010, p. 104. Voir ég. MUSTAKI/URBEN 2014, p. 146 ; HANDSCHIN 2003, p. 173.
323 ZK-HOMBURGER, art. 717 N 899 ; SOMMER 2010, p. 117.
324 Comp. BRUGGER/VON DER CRONE 2013, p. 187.
325 MUSTAKI/URBEN 2014, p. 149 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 643 ; ISLER 2003a, p. 7. Voir ég. CSBP, recommandation 17, 2e tiret.
326 Pour une participation aux débats : BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 29 ; WATTER/PÖSCHEL 2011, p. 18 ; HANDSCHIN 2003, p. 172. *Contra :* BÖCKLI 2009, § 13 N 644.
327 BÖCKLI 2012, p. 368 ; voir ég. MUSTAKI/URBEN 2014, p. 149.
328 ISLER 2003a, p. 9. Voir ég. CSBP recommandation 17, 3e tiret.
329 MUSTAKI/URBEN 2014, p. 154.
330 BÖCKLI 2009, § 13 N 646 ; voir ég. VON DER CRONE 1994, p. 9.

envisagés sont autrement dans l'intérêt de la société [331].

Le conseil d'administration choisira en fonction des circonstances s'il prend plutôt des mesures procédurales, qui tendent à limiter l'influence que peut exercer l'administrateur frappé d'un conflit d'intérêts sur la formation de la volonté sociale, ou des mesures matérielles, qui visent à garantir que le « prix » de la transaction sera conforme aux conditions du marché. Cependant, l'obtention d'une expertise à elle seule ne suffit pas à éliminer le risque d'actes contraires aux intérêts de la société, puisqu'elle laisse à l'administrateur en situation de conflit d'intérêts le soin d'apprécier l'opportunité d'une transaction. Les mesures proposées ne sont donc pas entièrement équivalentes [332]. Les mesures procédurales, en premier lieu l'abstention de l'administrateur concerné, doivent être prises à chaque fois que c'est possible. Lorsque l'abstention n'est pas une solution adéquate, p. ex. parce que le conseil d'administration *in corpore* n'est pas indépendant ou en cas de conseil d'administration unipersonnel, la prise de décision peut être objectivée par la réalisation d'un vote consultatif de l'assemblée générale et d'une expertise [333]. 121

Si les mesures formelles nécessaires à la gestion d'un conflit d'intérêts ont été prises, il faudra tout de même examiner la conformité de la décision à l'intérêt social [334] ; cette question sera cependant examinée avec retenue par le juge [335]. Notons encore que le devoir de renseigner et de se renseigner avant la prise de décision sera apprécié plus sévèrement en cas de transaction avec un dirigeant ou un de ses proches, puisque les dirigeants disposent alors de meilleurs canaux d'information qu'en cas de transaction avec un tiers [336]. 122

5.2.2. Cas particuliers

a) Administrateurs fiduciaires

Il n'est pas rare que des administrateurs soient mandatés pour représenter les intérêts d'une autre société ou d'un groupe d'actionnaires particuliers au conseil d'administration. Dans ce contexte, il faut souligner que le devoir de fidélité les oblige à placer au premier plan les devoirs envers la société dont ils sont administrateurs [337]. Il est en revanche admis qu'ils peuvent tenir compte des intérêts de leur « mandataire » dans l'exercice de leur pouvoir 123

331 TF 4A_462/2009 du 16 mars 2010, consid. 6.3, non publié *in* ATF 136 III 322 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 155 ; MÜLLER 2010, p. 388.

332 D'un autre avis : VON DER CRONE 1994, p. 9.

333 SETHE 2014, p. 179.

334 Voir TF 4A_462/2009 du 16 mars 2010, consid. 6.3 : l'administrateur qui s'est abstenu en raison du conflit d'intérêts n'est pas exonéré de sa responsabilité s'il savait que la transaction allait nuire à la société.

335 Comp. VON DER CRONE 2006a, p. 81.

336 Voir dans ce sens TRIGO TRINDADE 1999, p. 398.

337 TF 4C.143/2003 du 14 octobre 2003, consid. 6. BAZZANI 2007, p. 10 s. ; DAENIKER 2003, p. 539. Voir ég. TF 4A_120/2013 du 27 août 2013, consid. 3.

d'appréciation [338]. L'administrateur fiduciaire a cependant le devoir d'informer ses collègues du fait qu'il représente des intérêts de tiers [339]. En cas de conflit d'intérêts, il convient d'appliquer les règles exposées ci-dessus [340]. L'administrateur qui se soumet à un double réseau de devoirs accroît le risque d'être actionné en responsabilité [341].

b) Groupe de sociétés

aa) Principe

124 L'intégration de la société dans un groupe soulève des questions délicates du point de vue du devoir de fidélité et plus particulièrement de la détermination de l'intérêt social. On s'interroge sur la mesure dans laquelle une tête de groupe ou une filiale peut invoquer l'intérêt du groupe dans son ensemble pour un justifier des transferts d'actifs à des conditions qui ne seraient pas conformes aux conditions du marché.

125 De manière générale, le droit suisse part du principe de l'indépendance juridique des entités formant un groupe de société [342]. Par conséquent, le devoir de fidélité de l'administrateur est dû à la société dans laquelle il siège ; l'intérêt du groupe ne saurait prévaloir [343]. Ainsi, une transaction au sein du groupe doit nécessairement s'inscrire dans l'intérêt de la société concernée [344]. Il est cependant possible d'opérer une distinction entre les attributions des dirigeants de la tête de groupe et ceux des filiales.

bb) Tête de groupe

126 Le conseil d'administration de la tête de groupe exerce de fait ses attributions non seulement

338 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 N 17a ; FORSTMOSER 2010a, p. 19. Voir cependant ATF 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26 : l'examen des devoirs par le juge est plus strict si l'administrateur n'agit pas dans l'intérêt de la société, mais dans le sien propre ou celui d'actionnaires ou de tiers.

339 BÖCKLI 2009, § 13 N 631.

340 N 117 ss *supra*.

341 BAZZANI 2007, p. 33 ; Voir ég. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 N 17a ; FORSTMOSER 2010a, p. 20 ; ce risque est généralement limité par la conclusion d'une convention d'indemnisation entre l'administrateur fiduciaire et son mandant (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716*a* N 3 ; JÖRG 2013, p. 70 ; FORSTMOSER 2010a, p. 19 s.).

342 ATF 108 Ib 28, consid. 4c.

343 ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, 2.3, JdT 2004 I 223 ; TF 4A_188/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.5.

344 ATF 130 III 213, consid. 2.2, JdT 2004 I 223.

envers la société mère, mais aussi à l'égard du groupe dans son ensemble, puisque la promotion de l'intérêt de la tête de groupe passe par la prospérité de ses filiales [345].

Les investissements réalisés par la tête de groupe dans une filiale saine sont généralement considérés comme un échange d'actifs sans conséquence du point de vue de la responsabilité [346]. Lorsque les prestations sont accordées dans le cadre d'un assainissement de la filiale, il faut globalement retenir que celui-ci est dans l'intérêt de la tête de groupe ; il peut ainsi justifier la fourniture de prestations qui ne correspondent pas aux conditions de pleine concurrence [347]. Cet intérêt s'apprécie cependant en fonction des chances de survie de la société à assainir ; les dirigeants de la tête de groupe manquent à leurs devoirs lorsqu'ils accordent un prêt à une filiale et qu'il est probable qu'il ne sera pas remboursé [348] ou lorsque la société mère n'est pas en mesure de supporter l'ampleur de l'assainissement [349]. Comme il n'est pas possible de prévoir avec une certitude absolue l'effet de mesures d'assainissement, il se pose la question de l'application de la *business judgment rule* [350] ; il faut dans tous les cas relever que les incertitudes sont moins grandes qu'en cas de transaction avec un tiers et qu'il faut tenir compte, dans l'examen du processus décisionnel, des canaux d'information disponibles au sein du groupe [351]. 127

cc) Filiales

Les attributions des dirigeants d'une société intégrée dans un groupe seront généralement limitées à un minimum, l'essentiel des compétences étant exercé par la direction du groupe [352]. Les organes de gestion de la filiale restent cependant investis des attributions intransmissibles et inaliénables prévues à l'art. 716*a* al. 1 CO [353]. Ils devront également veiller à assurer sa viabilité économique [354]. Les dirigeants de la filiale ont le droit d'agir dans 128

345 BÖCKLI 2009, p. 237 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 716*a* N 47 ; dans le même sens : DRUEY 1994, p. 54.
346 BÖCKLI 2014, p. 235 ; GLANZMANN/WOLF 2014, p. 3 ss.
347 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 4.2 ; GLANZMANN/WOLF 2014, p. 4 ; BÖCKLI 2014, p. 235 ; WEBER 2006, p. 160 s.
348 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 4.2 ; 4A_391/2009 du 12 février 2010, consid. 2.2. Voir ég. TF 4A_188/2008 du 9 septembre 2008, consid. 5.2 : il n'existe pas de devoir général d'assistance de la société mère envers ses filiales.
349 BÖCKLI 2014, p. 236.
350 En faveur de cette solution : GLANZMANN/WOLF 2014, p. 6.
351 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.1 ; 4A_467/2010 du 5 janvier 2010, consid. 3.3 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 624.
352 BÖCKLI 2009, § 13 N 481 ss ; DRUEY 1994, p. 54.
353 FORSTMOSER 2010a, p. 22 ss.
354 BÖCKLI 2014, p. 238 ; JÖRG 2013, p. 69.

l'intérêt du groupe ou de la société mère tant que celui-ci n'entre pas en conflit avec l'intérêt propre de la filiale et les dispositions impératives de la loi [355].

129 Lorsqu'il s'agit d'estimer la conformité d'une transaction intragroupe à l'intérêt social, il est sans doute possible de prendre en compte les avantages que la société retire de l'intégration dans le groupe [356]. En revanche, les distributions non conformes aux règles de protection du capital ou la constitution de sûretés en faveur d'autres sociétés du groupe sans contre-prestation ne sauraient être admises [357]. Notons encore que si la filiale traite avec une société la détenant à 100%, les dirigeants peuvent se prévaloir de l'exception *volenti non fit iniuria* [358]. Il est également possible d'adapter le but statutaire de ces sociétés et de l'aligner ainsi sur les intérêts du groupe ou de la tête de groupe [359].

c) Représentant d'une catégorie d'actionnaires (art. 709 CO)

130 L'art. 709 al. 1 CO prévoit que s'il y a plusieurs catégories d'actions en ce qui concerne le droit de vote ou les droits patrimoniaux, les statuts assurent à chacune d'elles l'élection d'un représentant au moins au conseil d'administration. Les statuts peuvent aussi prévoir des dispositions particulières pour protéger les minorités ou certains groupes d'actionnaires (art. 709 al. 2 CO). Le représentant d'une catégorie ou d'un groupe d'actionnaires est soumis aux mêmes droits et devoirs que les autres membres du conseil d'administration [360]. Il doit faire dès lors faire primer les intérêts de la société sur ceux du groupe qu'il représente ; dans le cadre délimité par l'intérêt social, il lui est cependant permis de faire valoir les intérêts de la catégorie ou du groupe d'actionnaires qui l'a élu [361].

d) Rémunération

131 La rémunération des administrateurs relève en principe de la compétence du conseil d'administration (art. 716 CO) [362]. Dans les sociétés cotées en bourse, les montants globaux

355 FORSTMOSER 2010a, p. 19 ; BÖCKLI 2014, p. 237 s ; JÖRG 2013, p. 70 ; GARBARSKI 2006, p. 148. Comp. N 123 *supra*.

356 BÖCKLI 2014, p. 238 ; le seul fait que d'autres sociétés du groupe profitent des prestations ne suffit en revanche pas (TF 4A_675/2014 du 9 mars 2015, consid. 2.2).

357 ATF 140 III 533 ; TF 4A_675/2014 du 9 mars 2015, consid. 2.2 ; BÖCKLI 2014, p. 235 ; HANDSCHIN 2003, p. 176.

358 BSK OR II-WATTER/PELLANDA, art. 717 N 16a ; FORSTMOSER 2010a, p. 26 s. ; BÖCKLI 2009, § 13 N 483a. Voir N 53 *supra*.

359 HANDSCHIN 2003, p. 175 ; FORSTMOSER 2010a, p. 29 s.

360 BÖCKLI 2009, § 13 N 72 ; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 709 N 18 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 709 N 27.

361 ATF 66 II 43, consid. 6c ; BÖCKLI 2009, § 13 N 72 ; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 709 N 18 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 709 N 28.

362 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716 N 1 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 28 N 129 ; MUSTAKI/URBEN 2014, n. 172.

accordés au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif doivent être annuellement autorisés ou approuvés par l'assemblée générale (art. 18 al. 3 ORAb) ; la fixation des rémunérations individuelles peut être déléguée au comité de rémunération (art. 7 al. 5 ORAb) [363].

La fixation de la rémunération implique une transaction entre la société et les dirigeants ; il s'agit d'un cas de figure typique de conflits d'intérêts : l'intérêt social commande l'engagement de personnes compétentes à un prix adéquat alors que l'intérêt individuel des dirigeants est d'obtenir la rémunération la plus élevée possible [364]. Conformément aux principes généraux, le dirigeant qui ne participe pas à la prise de décision sur sa propre rémunération n'engage pas sa responsabilité, faute de conflit d'intérêts [365]. De leur côté, les organes chargés de la prise de décision engagent leur responsabilité s'ils octroient une rémunération disproportionnée à un administrateur [366]. Il est toutefois admis que le conseil d'administration dispose d'une certaine marge de manœuvre dans la fixation de la rémunération de ses membres [367]. Un manquement aux devoirs impliquerait dès lors, une rémunération manifestement disproportionnée [368]. Cette disproportion s'apprécie en relation avec les prestations que doit fournir le dirigeant et la situation économique de la société [369]. 132

À cet égard, l'art. 717 al. 1bis AP-CO 2014 prévoit que les dirigeants doivent veiller « à fixer les indemnités en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme, ainsi qu'en adéquation avec les tâches, les prestations et la responsabilité du bénéficiaire. ». Cette disposition précise les critères selon lesquels la rémunération doit s'orienter ; selon le Conseil fédéral, elle pourrait ainsi faciliter l'introduction d'éventuelles actions en responsabilité [370]. La rémunération des dirigeants devra dès lors être fixée « compte tenu des succès et des échecs de l'entreprise dans une proportion équilibrée » [371] et inciter les dirigeants à rechercher la prospérité de l'entreprise à long terme [372]. Cependant, les dirigeants restent investis d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer le montant 133

363 Rapport ORAb, p. 140 ; voir ég. les recommandations 32 et 34 à l'annexe I du CSBP.
364 CHABLOZ 2012, N 662.
365 MALACRIDA/SPILLMANN 2008, p. 355. Il faut toutefois être attentif au risque d'influence croisée entre les membres du conseil d'administration (CHABLOZ 2012, N 662 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 401) ; l'art. 717b al. 2 P-CO 2007 frappait ainsi de nullité les indemnités en cas d'influence réciproque.
366 MALACRIDA/SPILLMANN 2008, p. 355 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 403.
367 MALACRIDA/SPILLMANN 2008, p. 355 ; ISLER/SCHOTT 2014, p. 29 s. ; BERTSCHINGER 2012, p. 16 ; RUFFNER 2000, p. 221. Voir ég. Rapport 2014, p. 130.
368 MALACRIDA/SPILLMANN 2008, p. 355 ; RUFFNER 2000, p. 221. Voir ég. VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 91 n. 21.
369 Voir, dans le contexte de l'art. 678 al. 2 CO, l'ATF 140 III 602 : prime de 44 000 francs en lien avec la vente d'un paquet d'actions jugée disproportionnée dans la mesure où l'intervention des dirigeants s'inscrivait dans l'exercice de leurs attributions usuelles, pour lequel ils avaient déjà été rémunérés (consid. 8 ss).
370 Message 2008, p. 280.
371 Rapport 2014, p. 129.
372 *Ibidem.*

convenable de la rémunération [373]. L'art. 717 al. 1bis AP-CO 2014 rappelle que la rémunération doit s'orienter d'après l'intérêt de l'entreprise ; son montant et ses modalités doivent inciter le dirigeant à agir dans l'intérêt de la société [374].

134 La recherche de la prospérité de l'entreprise à long terme ne dicte pas seulement la manière de fixer la rémunération, mais réglemente toute l'activité de gestion [375]. On peut donc se demander pourquoi ces critères devraient être explicitement mentionnés en lien avec la rémunération. Le texte proposé à l'art. 717 al. 1bis AP-CO 2014 donne cependant l'occasion de s'interroger sur l'opportunité d'inscrire dans la loi des critères permettant de concrétiser le devoir de veiller à l'intérêt social. Ainsi, la section 172 du *Companies act 2006* (Royaume-Uni) énonce les critères à prendre en compte dans la conduite de l'entreprise : il s'agit notamment de veiller aux conséquences des décisions à long terme, aux intérêts des travailleurs, à la qualité des relations avec les partenaires économiques et à l'impact de l'activité de l'entreprise sur l'environnement. L'inscription de telles directives générales précisant les intérêts – autres que ceux des actionnaires – à prendre en compte pourrait avoir un effet positif sur la conduite des affaires [376].

135 Dans les sociétés cotées en bourse, l'entrée en vigueur de l'ORAb a créé un certain nombre de règles formelles contraignantes, qui peuvent fonder une action en responsabilité, comme l'interdiction de certaines formes de rémunération (art. 20 ORAb), le vote obligatoire de l'assemblée générale (art. 18 al. 3 ch. 3 ORAb) ou encore la nécessité d'une base statutaire pour certains types d'indemnités (art. 12 al. 2 ORAb) [377]. En lien avec le vote contraignant de l'assemblée générale, notons que le conseil d'administration ou le comité de rémunération reste lié par les devoirs de diligence et de fidélité ; il n'est pas exclu qu'il engage sa responsabilité en accordant une rémunération disproportionnée, même si elle reste dans le cadre général fixé par l'assemblée générale [378]. En toute hypothèse, l'approbation de la rémunération par l'assemblée générale n'exonère pas les dirigeants [379].

5.2.3. Révision en cours

136 l'art. 717a AP-CO 2014 codifie la marche à suivre pour la gestion des conflits d'intérêts : Selon

373 Rapport 2014, p. 130.
374 BERTSCHINGER 2012, p. 16 s.
375 N 95 *supra* ; BERTSCHINGER 2012, p. 17.
376 C'est du moins ce qu'indiquent les recherches en économie comportementale *(behavioural economics)* (GREENFIELD 2002, p. 635 ; voir ég. HARNER 2013, p. 30).
377 BÄRTSCHI 2014, p. 110.
378 GERICKE/WALLER 2014, p. 313 ; Rapport ORAb, p. 20. Comp. en lien avec une clause statutaire attribuant au conseil d'administration la compétence de fixer sa rémunération : ATF 140 III 602, consid. 10.2.
379 GERICKE/WALLER 2014, p. 313. MALACRIDA/SPILLMANN 2008, p. 345 et ISLER/SCHOTT 2014, p. 34 s. prêtent à la ratification des effets qu'elle n'a pas ; voir N 54 *supra*. Sur le traitement du rapport de rémunération dans le cadre du vote de décharge, voir les N 392 ss *infra*.

l'art. 717a al. 1 AP-CO 2014, un administrateur frappé d'un conflit d'intérêts doit en informer « sans retard et de manière complète » le président du conseil d'administration ; celui-ci en informe au besoin le conseil d'administration. En cas de conflit d'intérêts du président, il en informe le vice-président ou, en l'absence de cette fonction, les autres membres du conseil d'administration (art. 717a al. 2 AP-CO 2014) [380]. Le conseil d'administration (s'il a été informé), le président ou le vice-président est ensuite compétent pour prendre les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société (art. 717a al. 3 AP-CO). L'avant-projet n'impose la récusation que pour le vote relatif à ces mesures. Comme mesures, le Rapport 2014 mentionne en particulier la récusation du dirigeant concerné pour la prise de décision et, dans les cas sérieux, les débats relatifs à la décision [381].

Le Rapport 2014 semble définir de manière assez large les conflits d'intérêts devant être divulgués au conseil d'administration, puisqu'il cite en exemple les « rapports étroits » entre un membre du conseil d'administration et un tiers qui entre en relation avec la société [382]. Cette approche doit être approuvée dans la mesure où seule une définition large du devoir de divulguer les intérêts divergents des dirigeants permet de garantir que le processus décisionnel sera axé sur les intérêts de l'entreprise [383]. Dès lors, il faut également saluer l'exigence d'une information complète ; l'administrateur concerné sera ainsi tenu de divulguer tous les éléments permettant d'apprécier le type et l'intensité du conflit d'intérêts [384]. 137

5.3. Activités concurrentes

Le conflit d'intérêts peut également se concrétiser hors de la sphère de la société lorsque le dirigeant exerce à titre privé une activité potentiellement concurrente ou siège dans une autre société active dans le même secteur. L'exercice d'activités concurrentes par les dirigeants n'est pas absolument interdit [385]. Un manquement aux devoirs doit en revanche être admis lorsque le dirigeant conclut en son nom et pour son compte des affaires dont la société aurait dû profiter *(grasping corporate opportunities)* [386] ou cherche à débaucher des clients de la société [387]. 138

[380] Rapport 2014, p. 130.
[381] Rapport 2014, p. 131.
[382] Rapport 2014, p. 131.
[383] Comp. BÖCKLI 2012, p. 354.
[384] BÖCKLI 2012, p. 354.
[385] TF 4A_317/2009 du 1er octobre 2009, consid. 2.3 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 407 ; SOMMER 2010, p. 171 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 28 N 35 ss ; BÖCKLI 2009, § 13 N 611.
[386] ATF 109 IV 111, consid. 2a, JdT 1984 IV 77 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 N 18 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 606 ; TRIGO TRINDADE 1999, p. 405 s.
[387] SOMMER 2010, p. 160 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 611.

6. Comptabilité

139 La responsabilité des dirigeants en matière comptable ressort, hors de la faillite, essentiellement de ses attributions en matière de contrôle financier et de l'interdiction des distributions dissimulées aux actionnaires. La tenue régulière des comptes est également importante du point de vue du dommage subi par des actionnaires ; nous aborderons cette question plus loin à la section 8.2.

6.1. Contrôle financier

140 Les attributions du conseil d'administration en matière de contrôle des finances de la société ne s'arrêtent pas à l'avis au juge en cas de surendettement (art. 725 al. 2 CO) ; les administrateurs sont au contraire tenus de veiller en permanence à la solvabilité de la société et à l'équilibre du bilan [388]. Cette tâche relève de la haute direction de la société ; elle est par conséquent intransmissible et inaliénable (art. 716*a* al. 1 ch. 1 CO). Dans ce cadre, le conseil d'administration répond aussi de la mise en place de principes comptables et de systèmes de contrôle et de planification financiers adaptés (art. 716*a* al. 1 ch. 3 CO) [389]. L'objet de ce contrôle financier n'est pas seulement d'éviter le surendettement, mais de veiller de manière générale à ce que la société soit en mesure de répondre à ses engagements à temps [390]. La concrétisation de ces obligations impose enfin la tenue régulière des livres nécessaires et l'établissement des documents comptables conformément aux prescriptions légales [391].

141 Ainsi, le conseil d'administration qui ne procède pas à une planification financière sérieuse manque à ses devoirs [392]. Il lui appartient en particulier de s'assurer que la société dispose de suffisamment de liquidités pour faire face à ses engagements [393]. Une planification financière défectueuse peut certes mener à la perte de capital ou au surendettement (art. 725 CO), mais aussi causer des dommages en cours de vie sociale en raison de retards dans les paiements ou d'amortissements sur le matériel [394]. L'étendue concrète des obligations des dirigeants en

388 ATF 132 III 564, consid. 5.1, JdT 2007 I 448 ; 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26 ; TF 4A_174/2007 du 13 septembre 2007, consid. 4.3.1 ; TF du 25 mai 1981 (X. c. J. Berberat et Henauer SA), SJ 1982 221, consid. 3a ; BÖCKLI 2009, § 13 N 377 ; ISLER 2003a, p. 9.

389 BÖCKLI 2009, § 13 N 346 ; WEBER 2012, p. 176 ; NATER 2004, p. 65 ; ISLER 2003a, p. 9.

390 ATF 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26. Trop restrictif à cet égard : GLANZMANN 1997, p. 52.

391 ATF 77 IV 164, consid. 1 ; TF 4C.192/2003 du 13 octobre 2003, consid. 3.3 ; HANDSCHIN 2007, p. 33.

392 ZR 1983 n° 57. Comp. TF 4C.71/2001 du 30 mai 2001, consid. 5a : manquement admis en raison de l'omission de constituer une provision pour les risques liés à un procès. En détail sur la gestion des risques : MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2014, p. 427 ss.

393 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 28 ; HANDSCHIN 2007, p. 41 ; ZR 101 n° 53, consid. 2.4.1b.

394 HANDSCHIN 2007, p. 41.

matière de planification dépend cependant des circonstances du cas d'espèce ; une certaine retenue du juge devrait dès lors s'imposer dans l'examen de la planification financière.

Cette retenue a été explicitement admise par le Tribunal fédéral en matière de contrôle de la situation économique et financière de la société. Ainsi, comme en matière de gestion, la diligence attendue des dirigeants s'apprécie en fonction des circonstances du cas d'espèce : « En se plaçant au moment du comportement reproché à l'administrateur, il faut se demander, en fonction des renseignements dont il disposait ou pouvait disposer, si attitude semble *raisonnablement défendable* »[395]. Sur cette base, le conseil d'administration ne peut se contenter de lire le bilan de la société ; il doit être attentif aux autres signaux alarmants en lien avec l'évolution des affaires[396]. En présence de signaux alarmants, il doit prendre les mesures qui s'imposent afin de garantir ses créances ou limiter autrement les pertes[397]. Plus la situation financière de la société est délicate, plus les dirigeants devront intervenir de manière incisive[398]. 142

6.2. Distributions dissimulées

Le devoir de fidélité interdit le versement de rémunérations occultes aux actionnaires[399]. Les prestations financières aux actionnaires sont strictement encadrées dans la loi par les règles formelles de distribution des dividendes (art. 675 al. 2 CO), l'obligation de restitution des prestations indues (art. 678 CO) et l'interdiction du remboursement d'apports (art. 680 al. 2 CO)[400]. Il est ainsi interdit à l'administrateur de rembourser un prêt ayant servi à une libération fictive du capital[401]. En revanche, l'organe ne viole pas ses devoirs lorsqu'il utilise le capital libéré en espèces pour rembourser une dette sociale envers un actionnaire existant déjà avant l'augmentation de capital, ce procédé n'étant pas constitutif d'un remboursement des apports prohibé par l'art. 680 al. 2 CO[402]. 143

Cependant, les devoirs des dirigeants ne s'arrêtent pas aux règles de protection du capital : les prestations en faveur d'un actionnaire qui ne sont pas objectivement admissibles au regard de la situation économique de la société au moment où elles sont fournies sont constitutives d'un manquement aux devoirs, indépendamment d'une « disproportion manifeste » ou 144

395 TF 4A_467/2010 4 janvier 2011, consid. 3.3 (mise en évidence par l'auteur) ; HANDSCHIN 2007, p. 38 ; NATER 2004, p. 75.

396 ATF 132 III 564, consid. 5.1, JdT 2007 I 448 ; TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.2 ; ISLER 2003a, p. 15 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 398.

397 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 27 ; NATER 2004, p. 65 ; TF 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.3.

398 NATER 2004, p. 65 ; ISLER 2003a, p. 10.

399 CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 26 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 29.

400 BÖCKLI 2009, § 8 N 390.

401 ATF 102 II 353, consid. 3b.

402 TF 4A_496/2010 du 14 février 2011, consid. 2.4 ; voir déjà ATF 87 II 169, consid. 9, JdT 1962 I 40. Critique : WEBER 2012, p. 177.

d'une perception indue et de mauvaise foi (comp. art. 678 al. 1 et 2 CO) [403]. Il faut cependant admettre que lorsque les règles impératives sont respectées, les dirigeants disposent d'une certaine marge de manœuvre [404]. À l'intérieur du cadre fixé par les règles de protection du capital, les prestations aux actionnaires peuvent ainsi s'apprécier comme des décisions de gestion ; une attention particulière devra être portée à la conformité des prestations à l'intérêt social et à la gestion d'éventuels conflits ou divergences d'intérêts.

7. Surveillance de la gestion (art. 754 al. 2 CO)

7.1. Principe

145 En principe, la gestion est assumée par le conseil d'administration (art. 716 al. 2 CO). L'art. 716*b* al. 1 CO l'autorise cependant à déléguer tout ou partie de la gestion à des administrateurs individuels ou à des tiers. Le cas échéant, la responsabilité des membres du conseil d'administration pour les actes des personnes à qui la gestion a été confiée est réglée à l'art. 754 al. 2 CO. En principe, ils répondent des actes de ces directeurs comme des leurs (art. 754 al. 2 i. i. CO) [405]. Ils peuvent cependant se libérer s'ils apportent la preuve d'avoir pris tous les soins commandés par les circonstances en matière de choix, d'instruction et de surveillance des dirigeants (art. 754 al. 2 i. f. CO). La responsabilité individuelle de l'administrateur est ainsi alignée sur les devoirs du conseil d'administration ; si la loi autorise la délégation de tâches, elle devrait aussi permettre aux dirigeants d'être libérés de la responsabilité liée à ces tâches, pour autant que les attributions inaliénables et intransmissibles du conseil d'administration liées à l'organisation, à la nomination, à la révocation et à la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion soient respectées (art. 716*b* al. 1 ch. 2, 4 et 5 CO) [406]. Ce partage des tâches est économiquement sensé, en particulier dans les grandes entreprises [407]. Il est donc positif qu'il soit respecté dans le cadre de la responsabilité des dirigeants [408].

146 L'objet de la délégation est la gestion au sens de l'art. 716 al. 2 CO. La gestion concerne les rapports internes entre la société et son gérant, c'est-à-dire les activités du gérant au sein de la société [409]. Celles-ci incluent notamment l'organisation de la production et de la distribution, la planification financière, la tenue des livres, la gestion du personnel ou

403 TF 4A_188/2007 du 13 septembre 2007, consid. 4.3.2 ; 4A_174/2007 du 13 septembre 2007, consid. 4.3.1 : manquement admis pour une indemnité de licenciement supérieure à 6 mois de salaire.
404 ATF 140 III 602, consid. 8.2 et 9.3 ss ; TF 4A_188/2007 du 13 septembre 2007, consid. 4.3.4.
405 UMBACH 2006, p. 27.
406 BÖCKLI 2009, § 18 N 118. Voir ég. Message 1983, p. 870 s.
407 VON DER CRONE 2006a, p. 79 ; WIEGAND 1993, p. 13.
408 DOMENICONI/VON DER CRONE 2008, p. 517.
409 ATF 137 III 503, consid. 3.1.

la fixation d'objectifs [410]. L'activité du gérant dans les rapports externes, c'est-à-dire la représentation, est réglée séparément aux art. 718 ss CO [411]. De même, la répartition des tâches au sein du conseil d'administration au sens de l'art. 716*a* al. 2 CO ne constitue pas une délégation de la gestion au sens des art. 716*b* al. 1 et 754 al. 2 CO [412]. Enfin, l'attribution de tâches non organiques à des tiers ne relève pas non plus de l'art. 716*b* CO, mais de l'organisation du travail [413]. Le cas échéant, la responsabilité des administrateurs s'apprécie sous l'angle du respect de leurs devoirs dans l'exercice de leurs attributions intransmissibles et inaliénables [414]. Dans le résultat, elle sera également limitée au soin dans le choix, l'instruction et la surveillance des attributaires [415].

7.2. Délégation licite

Pour que l'administrateur puisse se libérer sur la base de l'art. 754 al. 2 CO, il faut que la délégation de la gestion soit licite. Du point de vue formel, elle doit nécessairement reposer sur une base statutaire et un règlement d'organisation adopté par le conseil d'administration (art. 716*b* al. 1 CO) [416]. Ce dernier doit, pour être valable, fixer par écrit les modalités de la gestion, déterminer les postes nécessaires, en définir les attributions et régler l'obligation de faire rapport (art. 716*b* al. 2 CO) ; il n'est en revanche pas nécessaire que le document consignant ces principes soit formellement désigné comme étant un règlement d'organisation [417]. 147

l'art. 754 al. 2 CO ne libère pas les administrateurs délégataires si la gestion a été déléguée de manière licite, mais que les fonctions exercées de fait par les gérants divergent des attributions prévues dans le règlement d'organisation ; en effet, l'attribution des tâches de gestion doit au moins reposer sur une décision écrite du conseil d'administration réglant les aspects prévus à l'art. 716*b* al. 2 CO [418]. Ainsi, il incombe au conseil d'administration de contrôler régulièrement la concordance entre le règlement d'organisation et les attributions 148

410 TF 4A_248/2009 du 27 octobre 2009, consid. 6.3.2.
411 ATF 137 III 503, consid. 3.1 ; TF 4A_248/2009 du 27 octobre 2009, consid. 6.3.2.
412 BÖCKLI 2009, § 18 N 130.
413 BÖCKLI 2009, § 18 N 132a ; FORSTMOSER 2011, § 10 N 20.
414 TF 4A_248/2009 du 27 octobre 2009, consid. 7 ; JENNY 2012, N 646 s. ; UMBACH 2006, p. 29 s.
415 BÖCKLI 2009, § 18 N 132a ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 34 ; FORSTMOSER 2011, § 10 N 21.
416 TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 3.2.2. Par cette décision, le Tribunal fédéral désavoue BERTSCHINGER 1997, p. 190, qui admet la preuve libératoire même en l'absence de règlement d'organisation. Voir encore FORSTMOSER 2011, § 10 N 22, qui estime que la preuve libératoire doit être permise lorsque la délégation n'était pas autorisée par les statuts, mais s'imposait en regard des circonstances.
417 ATF 137 III 503, consid. 3.4.
418 TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 3.2.2 ; DOMENICONI/VON DER CRONE 2008, p. 519 ss ; UMBACH 2006, p. 42.

réellement exercées par les gérants et l'adapter si nécessaire [419]. Cette question a également son importance du point de vue du droit de l'actionnaire à être informé de l'organisation de la gestion, que nous développerons plus loin [420].

149 Matériellement, la délégation ne peut pas porter sur les compétences inaliénables et intransmissibles du conseil d'administration (art. 716*a* al. 1 CO) [421]. Ainsi, les choix stratégiques, qui relèvent de la haute direction (art. 716*a* al. 1 ch. 1 CO), restent réservés au conseil d'administration *in corpore* [422]. La distinction entre le domaine de compétences intransmissibles et inaliénables et la gestion « ordinaire » n'est pas toujours aisée ; le libellé de l'art. 716*a* al. 1 CO, qui mentionne notamment la *haute direction* et la *fixation* de l'organisation et des principes comptables, indique cependant que les attributions réservées au conseil d'administration devraient s'interpréter de manière étroite [423]. En toute hypothèse, la gestion de l'entreprise au quotidien n'entre pas dans les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration [424].

150 La gestion peut être confiée à des membres du conseil d'administration, mais aussi à des tiers, qui peuvent être des personnes physiques ou morales (art. 716*b* al. 1 CO) [425]. Malgré le texte de l'art. 754 al. 2 CO, qui mentionne uniquement la délégation de la gestion à un « organe », cette disposition s'applique à chaque fois que la gestion est déléguée selon l'art. 716*b* al. 1 CO [426].

151 En cas de délégation illicite de la gestion, la preuve libératoire de l'art. 754 al. 2 CO n'est pas admise [427]. Le cas échéant, l'administrateur répond des actes du tiers comme s'il s'agissait des siens, en application par analogie de l'art. 101 al. 1 CO [428]. Si la gestion a été déléguée de manière illicite, l'administrateur ne pourra pas non plus se libérer en démontrant que le dommage serait survenu même s'il avait fait preuve du soin commandé par les circonstances [429]. Lorsqu'un vice formel rend la délégation de la gestion illicite, il peut en

419 DOMENICONI/VON DER CRONE 2008, p. 521 ; FACINCANI/MAUERHOFER 2008, p. 269 ; BERTSCHINGER 2012, p. 11.
420 N 718 ss *infra*.
421 TF 4A_84/2013 du 7 août 2013, consid. 2.5 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 120, 125 s. ; GLANZMANN 2000, p. 164.
422 BÖCKLI 2009, § 13 N 306.
423 BÖCKLI 2009, § 13 N 126.
424 DOMENICONI/VON DER CRONE 2008, p. 516.
425 ATF 137 III 503, consid. 3.2 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 131 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 34.
426 FORSTMOSER 2011, § 10 N 16 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 131 ; DOMENICONI/VON DER CRONE 2008, p. 518 ; FACINCANI/MAUERHOFER 2008, p. 269.
427 TF 4A_248/2009 du 27 octobre 2009, consid. 6.1 ; 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 3.3.
428 TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 4.2 (responsabilité du membre du conseil d'administration admise sans manquement de sa part) ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 28 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 121 ; VON DER CRONE 2006a, p. 93 s.
429 TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 3.3 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 121.

revanche être envisageable d'appliquer l'art. 759 al. 2 CO et d'imputer aux administrateurs non gérants une faute légère [430].

7.3. Soin dans le choix des gérants

La nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion et de la représentation font partie des attributions inaliénables du conseil d'administration (art. 716*a* al. 1 ch. 4 CO). Le soin dans le choix du gérant impose de nommer des personnes disposant des compétences nécessaires à la bonne et fidèle exécution des attributions qui leur sont confiées (art. 717 CO), mais aussi de les révoquer lorsque la surveillance des gérants fait apparaître des carences graves [431]. 152

7.4. Soin dans l'instruction des gérants

Le conseil d'administration qui délègue des tâches de gestion doit veiller à instruire le gérant en prenant tous les soins commandés par les circonstances. L'étendue des instructions à donner s'apprécie en fonction des compétences de la personne chargée de la gestion et des tâches qui lui sont attribuées [432]. Plus la fonction déléguée est complexe et moins le gérant dispose de connaissances spécialisées, plus il sera nécessaire de l'instruire et de le surveiller [433]. Par ailleurs, le conseil d'administration veillera également à ce que le gérant dispose des moyens nécessaires à l'accomplissement de la tâche déléguée et à une organisation adéquate de la société [434]. 153

7.5. Soin dans la surveillance des gérants

L'obligation de surveiller avec soin les gérants ressort des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration relatives à l'organisation de la société et à la haute surveillance des personnes chargées de la gestion (art. 716*b* al. 1 ch. 2 et 5 CO). Le conseil d'administration doit en particulier organiser la structure de la société et gérer la communication au sein de son entreprise de manière à pouvoir être renseigné sur l'exercice de leurs attributions par les gérants [435]. L'étendue de la surveillance doit être adaptée aux circonstances, en particulier aux caractéristiques du gérant et à la complexité de la tâche qui lui est confiée ; elle sera plus stricte s'il n'offre pas toutes les garanties d'une 154

[430] CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 33 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 139a. Voir à ce sujet N 296 *infra*.
[431] ATF 122 III 195, consid. 3b.
[432] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 39.
[433] JENNY 2012, N 655 ; voir ég. CR CO I-WERRO, art. 55 N 22.
[434] UMBACH 2006, p. 28 ; FORSTMOSER 2011, § 10 n. 11a. D'un autre avis : JENNY 2012, N 654.
[435] ISLER 2004, p. 47 ; LUTTER 2005, p. 421.

activité irréprochable [436]. Cette organisation de la surveillance peut notamment passer par l'institution d'un système de contrôle interne (art. 728*a* al. 1 ch. 3 et al. 2 CO) [437]. En cas de défaillance dans la structure de la surveillance, l'administrateur doit s'efforcer activement de supprimer ces manques [438].

155 La surveillance exercée par le conseil d'administration est globale : il ne doit pas surveiller chaque transaction, mais la gestion et les affaires en général [439]. Les membres du conseil d'administration sont cependant tenus de se renseigner régulièrement sur la marche des affaires, afin de s'assurer que la gestion de l'entreprise est conforme à la loi, aux statuts et aux règlements [440]. Ils doivent demander périodiquement des rapports et les étudier soigneusement [441]. Les renseignements obtenus doivent être analysés de manière critique et l'administrateur doit au besoin obtenir des clarifications de la direction et intervenir lorsque des erreurs ou des irrégularités sont constatées [442]. L'attention exigée par les circonstances pourra être appréciée de manière plus stricte lorsque l'organe de gestion est composé d'un faible nombre de membres, ce qui devrait faciliter la surveillance [443]. À l'inverse, l'administrateur pourrait se libérer si les malversations des gérants étaient camouflées de manière à ne pas éveiller les soupçons des surveillants [444].

156 Lorsque des irrégularités surviennent, l'administrateur doit procéder aux investigations qui s'imposent, au besoin en s'aidant d'un expert [445]. Si un manquement du gérant à ses devoirs est avéré, le conseil d'administration doit prendre les mesures qui s'imposent et révoquer si nécessaire le gérant qui s'est rendu coupable d'un manquement grave [446]. L'une des mesures

436 SAS 9 118 ss.

437 HaftpflichtKomm-LUTERBACHER, art. 754 CO N 36 ; BERTSCHINGER 2012, p. 36 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716*a* N 6. Question de la responsabilité en raison de l'absence de système de contrôle interne évoquée, mais non tranchée, *in* TF 4A_42/2012 du 3 août 2012, consid. 4. Voir la recommandation 20 du CSBP et MUSTAKI 2004, p. 67, selon qui le respect des bonnes pratiques en matière de surveillance peut être pris en compte dans l'appréciation de la diligence dans la surveillance.

438 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 33 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 440.

439 ATF 114 V 219, consid. 4a ; 97 II 403, consid. 5b, JdT 1973 I 66 ; TF 4A_42/2012 du 3 août 2012, consid. 3.2 ; BÄR 1986, p. 61.

440 TF 4A_373/2015 du 26 janvier 2016, consid. 3.2.2 ; 4A_120/2013 du 27 août 2013, consid. 3. Voir ég. HABERSACK 2005, p. 545.

441 TF 9C_ 289/2011 du 8 juillet 2011, consid. 4.2 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 127a, 384.

442 ATF 97 II 403, consid. 5b, JdT 1973 I 66. Dans le contexte de l'art. 52 LAVS : ATF 114 V 219, consid. 4a.

443 TF 9C_289/2011, consid. 4.2 ; 4A_120/2013 du 27 août 2013, consid. 3. Critique : VOGT 2008, p. 32 s.

444 Voir les motifs de la *Corte d'appello* tessinoise, reproduits *in* TF 4A_42/2012 du 3 août 2012, consid. 3.1-2 ; le Tribunal fédéral examine, lui, cette question sous l'angle de la causalité (consid. 6). D'un point de vue dogmatique, on fera une distinction entre une situation où le surveillant n'avait pas de motif d'effectuer des investigations supplémentaires (pas de manquement) de celle où il aurait dû intervenir, mais où son intervention n'aurait pas empêché le dommage de survenir (exception du comportement de substitution licite, voir les N 256 et 263 *infra*).

445 TF 4C.358/2005 du 12 février 2007, consid. 5.2.1, non publié *in* ATF 133 III 116 ; TF 9C_289/2011 du 8 juillet 2011, consid. 4.2. Dans le contexte de l'art. 52 LAVS : ATF 114 V 219, consid. 4a.

446 BÖCKLI 2009, § 18 N 396 ; ATF 122 III 195, consid. 3a.

qui doivent également être envisagées est l'introduction d'une action en responsabilité contre le gérant ; cette question, qui s'inscrit dans la problématique plus large de la mise en œuvre de la responsabilité au sein de la société, sera traitée au chapitre consacré à la qualité pour agir [447].

L'examen par le juge de qualité de la surveillance sur les gérants risque également d'être faussé par le biais rétrospectif : si le gérant a commis un manquement, c'est nécessairement que le surveillant n'a pas été assez prudent [448]. Rappelons dès lors que, dans l'appréciation du soin dans la surveillance des gérants, le juge doit se replacer dans la situation des administrateurs externes au moment du manquement qui leur est reproché et déterminer si, selon les informations dont ils disposaient ou auraient dû disposer, leur devoir de diligence leur imposait d'intervenir [449]. 157

7.6. Devoirs du gérant délégué

L'art. 717 al. 1 CO rend débitrices des devoirs de diligence et de fidélité les personnes qui s'occupent de la gestion. Cette disposition s'applique à tous les organes matériels, donc également aux gérants [450]. De même, l'art. 754 CO vise, outre les membres du conseil d'administration, « toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation ». Les tiers gérants engagent dès lors leur responsabilité envers la société, les actionnaires et les créanciers s'ils manquent à leurs devoirs, au même titre que les administrateurs [451]. La *business judgment rule* s'appliquera également aux actes de gestion du gérant [452]. Cependant, on pourra attendre de celui-ci une expertise et un investissement personnel plus importants dans les domaines qui lui sont confiés [453]. 158

8. Manquements envers les actionnaires

Le dommage direct subi par l'actionnaire se concrétise généralement par la souscription d'actions de la société sur la base d'une comptabilité fausse ou plus généralement sur la 159

447 N 820 ss *infra*.
448 BÖCKLI 2009, § 13 N 128.
449 Comp. TF 4A_467/2010 du 4 janvier 2011, consid. 3.3.
450 Message 1983, p. 196. Voir CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 6.
451 VON DER CRONE 2006a, p. 93 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 107.
452 WEBER 2012, p. 186. Voir N 73 ss *supra*.
453 BÖCKLI 2009, § 18 N 446b.

base d'informations inexactes [454]. Il subit ainsi un dommage dans la mesure où le prix des actions souscrites est fondé sur une image erronée de la valeur de la société.

160 La responsabilité des dirigeants envers les actionnaires semble relever de la responsabilité délictuelle. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle présuppose en effet la violation d'une disposition destinée à protéger le patrimoine de l'actionnaire [455]. Lorsque l'acte illicite présente un lien avec l'exercice des attributions du conseil d'administration, la responsabilité peut être fondée alternativement sur l'art. 754 CO et l'art. 41 al. 1 CO [456]. Le principe *lex specialis derogat legi generali* ne s'applique pas dans ce cas [457]. Lorsque la diffusion d'informations inexactes s'inscrit dans le cadre d'une émission publique de titres, la responsabilité des dirigeants est soumise à l'art. 752 CO, qui sanctionne l'insertion et la diffusion d'informations inexactes, trompeuses ou non conformes à la loi dans le prospectus d'émission ou les documents analogues [458].

161 En pratique, le comportement dommageable d'un administrateur envers un actionnaire relèvera souvent d'un acte illicite de droit commun envers l'investisseur, fondant une responsabilité selon l'art. 41 al. 1 CO [459]. Conformément à la théorie de la norme protectrice, qui prévaut en matière de dommages purement patrimoniaux, l'illicéité ne sera donnée qu'en cas de violation d'une norme destinée à protéger le patrimoine du lésé contre des atteintes du type de celle qui s'est produite [460]. La norme protectrice dont l'investisseur lésé se prévaudra peut ressortir de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse du droit privé, administratif ou pénal ; peu importe qu'elles soient écrites on non écrites, de droit fédéral ou de droit cantonal [461]. Alternativement, il est également possible d'envisager une

454 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 16 ; WATTER 2004, p. 431 ss ; PETITPIERRE-SAUVAIN 2003, p. 548.

455 Comp. ATF 122 III 176, consid. 7b, JdT 1998 II 140 ; 125 III 86, consid. 3a, JdT 2001 I 73 ; 110 II 391, consid. 2b, rés. JdT 1985 I 287 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 246 ; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, art. 754 N 23 s. ; WATTER/REICHENBERG 2005, p. 975. La doctrinae antérieure à la révision de 1992 considérait généralement que la responsabilité envers les actionnaires était contractuelle ou *sui generis* (ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 753/754 CO N 15 ss ; FORSTMOSER 1987, N 138 ; KUNZ 1993, p. 21 ss).

456 TF 4A_26/2015 du 21 mai 2015, consid. 4.3 ; FORSTMOSER 1987, N 595 s. ; JENNY 2012, N 242. Relation entre l'art. 41 CO et l'art. 754 CO également évoquée dans l'ATF 106 II 232, consid. 2c, JdT 1981 I 155.

457 TF 4A_26/2015 du 21 mai 2015, consid. 4.3 ; KÄLIN 2016, p. 144.

458 L'art. 752 CO fonde également une responsabilité délictuelle (ATF 129 III 71, consid. 2.5 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 16 ; ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 164). *Contra* : NOTH/GROB 2002, p. 1449, qui considèrent que l'art. 752 institue une responsabilité fondée sur la confiance *ex lege*.

459 BÖCKLI 2009, § 18 N 247.

460 TF 4A_26/2015 du 21 mai 2015, consid. 2.2 (responsabilité du réviseur). Plus généralement : ATF 133 III 323, consid. 5.1 ; 132 III 122, consid. 4.1 ; HaftpflichtKomm-FISCHER, art. 41 CO N 67.

461 ATF 133 III 323, consid. 5.1 ; 116 Ia 162, consid. 2c, JdT 1992 IV 52 ; HaftpflichtKomm-FISCHER, art. 41 N 67 ; ROBERTO 2013, N 04.33. Dans le contexte de la responsabilité fondée sur la LBVM : TF 4A_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 4.

responsabilité des dirigeants fondée sur la confiance [462].

Nous aborderons tout d'abord la responsabilité de l'auteur de prospectus. Ensuite, nous nous intéresserons aux fondements possibles d'une responsabilité pour l'établissement et l'utilisation d'une comptabilité inexacte, puis nous traiterons la responsabilité pour la fourniture d'informations inexactes ou trompeuses. La responsabilité pour les manquements aux règles de communication du droit boursier, qui peut avoir une grande importance pratique en raison du nombre d'investisseurs potentiellement touchés, sera traitée dans une section séparée. Enfin, nous aborderons brièvement la question de la responsabilité des dirigeants pour le non-respect du principe d'égalité de traitement des actionnaires, que les dirigeants sont explicitement tenus de respecter en vertu de l'art. 717 al. 2 CO. 162

8.1. Art. 752 CO : diffusion d'informations inexactes dans le prospectus d'émission

8.1.1. But de l'art. 752 CO

La loi impose la publication d'un prospectus d'émission pour toute mise en circulation publique d'actions nouvelles (art. 652*a* al. 1 CO). Ce prospectus a une fonction d'information, de publicité et de garantie [463]. Cette fonction est garantie par l'art. 752 CO, selon lequel ceux qui, lors de la fondation d'une société ou d'une émission d'actions, d'obligations ou d'autres titres, ont inséré, intentionnellement ou par négligence, dans les prospectus d'émission ou dans des documents analogues, des informations inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales, les ont diffusées ou ont participé à ces actes, répondent envers les acquéreurs des titres du dommage qu'ils leur ont causé. Cette disposition vise à protéger la confiance du public en garantissant une information transparente [464]. Selon la jurisprudence, approuvée par la doctrine, la responsabilité fondée sur l'art. 752 CO est de nature délictuelle [465]. 163

Les destinataires passifs de l'art. 752 CO sont les personnes qui ont inséré des informations inexactes trompeuses ou non conformes aux exigences légales dans le prospectus, les ont diffusées ou ont participé à ces actes. Le cercle de responsables potentiels est dès lors relativement large ; il inclut de manière générale tous ceux qui sont en mesure d'influencer 164

462 ISABELLE CHABLOZ soutient cependant que la responsabilité fondée sur la confiance n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit d'examiner la responsabilité des administrateurs ; cette auteure retient en effet que les actionnaires sont également destinataires du devoir de diligence ; dès lors, le détour par la responsabilité fondée sur la confiance serait inutile (CHABLOZ 2012, N 775).

463 ATF 120 IV 122, consid. 4d/bb, JdT 1996 IV 98.

464 ATF 120 IV 122, consid. 4d/bb, JdT 1996 IV 98 ; 112 II 258, consid. 3a, JdT 1987 I 13 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 41 ; VON DER CRONE 2014, § 12 N 7 ; NOTH/GROB 2002, p. 1440 s.

465 ATF 129 III 71, consid. 2.5 ; KÄLIN 2016, p. 137 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 16 ; CR CO II-CORBOZ, art. 752 N 3 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 752 N 11 ; BÄRTSCHI 2001, p. 203.

le contenu du prospectus d'émission [466]. L'établissement du prospectus d'émission n'est pas une compétence intransmissible et inaliénable du conseil d'administration ; les membres du conseil d'administration ne sont dès lors pas nécessairement impliqués dans sa rédaction [467]. Selon une ancienne jurisprudence, il suffit cependant pour admettre la légitimation passive des administrateurs que ceux-ci aient inspiré le prospectus et aient participé à sa publication [468].

8.1.2. Cadre du manquement : fondation ou émission d'actions, d'obligations ou d'autres titres

165 La responsabilité pour le prospectus d'émission s'inscrit soit dans la procédure de fondation de la société (art. 629 CO), soit dans le cadre d'une émission subséquente d'actions, d'obligations ou d'autres titres (art. 650 ss CO). La loi n'impose la publication d'un prospectus d'émission qu'en cas de mise en souscription publique de nouvelles actions (art. 652*a* CO) ou d'obligations d'emprunt (art. 1156 al. 1 CO) [469]. La responsabilité pour le prospectus d'émission s'applique aussi lorsque sa publication n'est pas prescrite [470] ; cependant, s'il y a diffusion d'un prospectus, celle-ci doit s'inscrire dans une procédure d'émission pour être couverte par l'art. 752 CO [471].

166 Par émission, on entend toute mise en circulation de titres sur le marché primaire dans le but d'obtenir des fonds propres ou étrangers [472]. En revanche, le rachat d'actions ne peut être considéré comme une émission [473]. Dans le cadre d'une entrée en bourse, le prospectus de cotation, dont la publication est imposée par le règlement de cotation (art. 27 RC), n'est couvert que s'il concerne des actions nouvellement émises [474].

167 L'émission doit concerner des actions, des obligations ou d'autres titres ; il peut s'agir de toutes les sortes de papiers-valeurs, droits-valeurs ou titres intermédiés émis en grande

466 DAENIKER/WALLER 2003, p. 86 ; NOTH/GROB 2002, p. 1450. En cas de cotation en bourse, le schéma A relatif au contenu du prospectus de cotation impose l'indication des personnes responsables du contenu du prospectus (section 4, p. 12).

467 Voir DAENIKER/WALLER 2003, p. 87.

468 ATF 47 II 272, consid. 1 ; voir ég. ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 174.

469 Toute offre à un nombre indéterminé de personnes est publique au sens de l'art. 652*a* (art. 652*a* al. 2 CO). La souscription est également publique en cas de prise ferme (ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 161 ; NOTH/GROB 2002, p. 1438).

470 NOTH/GROB 2002, p. 1450 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 62. Le Tribunal fédéral a tranché dans ce sens en matière pénale : ATF 120 IV 122, consid. 5c, JdT 1996 IV 98.

471 ATF 112 II 258, consid. 3a, JdT 1987 I 13. Voir ég. DAENIKER/WALLER 2003, p. 65.

472 NOTH/GROB 2002, p. 1438 ; il ne doit pas nécessairement s'agir de titres nouvellement créés (BÖCKLI 2009, § 18 N 22 ; NOTH/GROB 2002, p. 1438).

473 BÖCKLI 2009, §18 N 22 ; NOTH/GROB 2002, p. 1438.

474 BÖCKLI 2009, §18 N 26a. Selon MICHAEL NOTH et EVELYN GROB, l'introduction d'actions en bourse est toutefois également assimilable à la mise en circulation de titres (NOTH/GROB 2002, p. 1438).

quantité, à l'exclusion des produits dérivés reposant sur les produits financiers d'autres sociétés [475].

8.1.3. Support de l'information : prospectus d'émission ou document analogue

Les documents visés par l'art. 752 CO sont les prospectus d'émission ou documents analogues. Le prospectus d'émission est réglé à l'art. 652*a* CO ; l'alinéa 1 de cette disposition en détaille le contenu. Les documents analogues sont toutes les communications écrites servant à la formation des décisions d'investissement [476]. Les communications par oral ne peuvent être prises en compte que lorsqu'elles clarifient d'une manière ou d'une autre les communications données par écrit [477]. 168

Le prospectus de cotation (art. 27 RC) doit être considéré comme un document analogue, du moins lorsque la cotation s'accompagne d'une émission de titres [478]. Ainsi, lorsque le prospectus d'émission et celui de cotation sont intégrés dans un seul document, comme c'est souvent le cas en pratique à l'occasion de placements d'actions d'entreprises suisses à la bourse suisse, les vices du prospectus de cotation peuvent également être sanctionnés par l'art. 752 CO [479]. 169

8.1.4. Manquement : informations inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales

La responsabilité doit être admise lorsque le prospectus contient des informations inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales. 170

La conformité du prospectus *à la loi* s'apprécie à la lumière de l'art. 652*a* al. 1 CO, qui précise le contenu minimal du prospectus d'émission [480]. Lorsque le prospectus est également un prospectus au sens des art. 27 ss RC, le document doit présenter les informations prévues au Schéma A de l'annexe au RC (art. 28 RC) [481]. 171

Les informations sont *inexactes* lorsqu'elles ne reflètent pas la situation de fait ou les connaissances de l'auteur au moment de la publication [482]. Il est toutefois permis de présumer que l'investisseur potentiel connaît les faits de portée générale, dont on peut 172

475 MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2014, p. 355 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 21 ; NOTH/GROB 2002, p. 1438.
476 BÖCKLI 2009, § 18 N 25 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 64 ; NOTH/GROB 2002, p. 1439.
477 BÖCKLI 2009, § 18 N 30 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 67.
478 NOTH/GROB 2002, p. 1440 ; BÖCKLI 2009, §18 N 26a ; PETITPIERRE-SAUVAIN 2003, p. 545 s.
479 NOTH/GROB 2002, p. 1440 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 60.
480 VON DER CRONE 2014, § 12 N 15 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 75 ; on pourra également se référer à l'art. 152 CP (faux renseignements sur des entreprises commerciales).
481 BÖCKLI 2009, § 18 N 29 ; NOTH/GROB 2002, p. 1440 s. ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 75.
482 BÖCKLI 2009, § 18 N 32 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 63 ; NOTH/GROB 2002, p. 1451.

attendre qu'ils sont connus de tous les investisseurs visés (p. ex. le fait que les placements à haut potentiel de rendement sont généralement plus risqués) [483]. L'appréciation du caractère inexact des informations est particulièrement délicate lorsqu'elles contiennent des jugements de valeur ou des pronostics. Ainsi, un jugement de valeur qui ne repose sur aucune base objective raisonnable doit être considéré comme inexact [484]. Les pronostics sont inexacts lorsqu'ils sont émis sans tenir compte des faits et des probabilités concrets [485]. Les avertissements d'usage doivent par ailleurs être suffisamment concrets et se rapporter à l'activité de l'entreprise. Une simple mention du risque lié la volatilité des marchés ne suffit pas : le prospectus doit mettre en évidence les risques importants [486]. Enfin, un changement sensible dans la situation de fait peut fonder une obligation d'actualiser le prospectus de cotation [487].

173 Les informations sont *trompeuses* lorsqu'elles passent sous silence ou minimisent des faits essentiels ou lorsqu'elles sont présentées de manière si peu transparente ou si imprécise qu'elles sont de nature à induire l'investisseur en erreur [488]. Le caractère trompeur s'apprécie d'après l'impression générale donnée par le prospectus ; s'il éveille des attentes infondées auprès de l'investisseur, le prospectus est vicié [489]. Ainsi, le passage sous silence de faits essentiels pour apprécier la valeur de l'investissement est constitutif d'un vice [490]. Par ailleurs, le prospectus doit être objectif : lorsqu'ils émettent un jugement de valeur, les auteurs du prospectus veilleront dès lors à mettre en évidence son caractère subjectif [491]. Une attention particulière doit également être accordée à la présentation des risques : les risques existants doivent être mentionnés et les risques importants doivent être mis en évidence [492]. Enfin, le prospectus est trompeur lorsque l'utilisation de termes techniques ou en langue étrangère rendent inutilement difficile l'accès aux informations pertinentes ou que les informations importantes sont cachées dans une masse d'indications superflues [493]. La transparence des informations se mesure d'après les connaissances et l'expérience de l'investisseur moyen, dont il est permis d'attendre certaines connaissances du marché des capitaux [494].

483 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 167 ; NOTH/GROB 2002, p. 1451.

484 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 166 ; voir ég. ATF 47 II 272, consid. 1.

485 NOTH/GROB 2002, p. 1452 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 74 ; ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 166.

486 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 167 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 77 ; NOTH/GROB 2002, p. 1451 s. ; voir ég. art. 27 al. 2 RC.

487 DAENIKER/WALLER 2003, p. 63 s. ; NOTH/GROB 2002, p. 1453 ; ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 167 ; VON DER CRONE 2014, § 12 N 14 ; l'actualisation peut également s'imposer pour rectifier une information erronée : dès la rectification, l'investisseur ne pourra plus se prévaloir du caractère trompeur ou inexact du prospectus. Obligation de mise à jour niée *in* ATF 129 III 71, consid. 2.6 s.

488 ATF 47 II 272, consid. 3 : « renseignement inexact, incomplet et ambigu » ; NOTH/GROB 2002, p. 1451 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 74, 76 ; ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 166 s..

489 NOTH/GROB 2002, p. 1450 s. ; ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 165 s.

490 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 167 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 33.

491 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 166 ; NOTH/GROB 2002, p. 1451.

492 NOTH/GROB 2002, p. 1451 s.

493 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 166.

494 BÖCKLI 2009, 18 N 32a ; NOTH/GROB 2002, p. 1441 ; un prospectus de cotation s'adresserait en revanche

8.2. Responsabilité pour l'établissement et l'utilisation d'une comptabilité inexacte

Le conseil d'administration répond de l'établissement correct de la comptabilité dans la mesure où il est chargé de la rédaction du rapport de gestion (art. 716*a* al. 1 ch. 6 CO ; voir ég. art. 958 al. 3 CO), qui contient le bilan, le compte de pertes et profits et l'annexe annuels (art. 958 al. 2 CO) [495]. Ces comptes doivent être établis de manière à présenter la situation économique de façon qu'un tiers puisse s'en faire une opinion fondée (art. 958 al. 1 CO). Il faut dès lors admettre que les règles sur la comptabilité commerciale visent notamment à protéger les investisseurs, qui doivent pouvoir se fier au caractère exact des comptes [496]. L'établissement de documents comptables non conformes aux prescriptions des art. 957 ss CO est dès lors de nature à fonder une illicéité [497]. Dans la mesure où l'établissement des comptes annuels ressort des attributions du conseil d'administration, la responsabilité est fondée alternativement sur l'art. 754 al. 1 CO et l'art. 41 al. 1 CO [498]. Par ailleurs, l'établissement régulier des comptes est protégé par le droit pénal, qui réprime notamment la violation de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP), le faux dans les titres (art. 251 CP) et l'inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité (art. 325 CP). 174

L'utilisation d'une comptabilité inexacte est également punissable au titre de l'usage de faux au sens de l'art. 251 CP. Cette disposition sanctionne notamment celui qui aura fait constater faussement dans un titre un fait ayant une portée juridique ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre. La jurisprudence admet de manière constante que la comptabilité commerciale est un titre au sens de l'art. 251 CP [499]. Selon le Tribunal fédéral, une fausse écriture constitue un faux dans les titres lorsqu'elle donne une fausse image globale de la comptabilité et viole de cette manière les règles et les principes de comptabilité qui ont été institués pour garantir la véracité de la déclaration et la crédibilité accrue de la comptabilité ; des violations minimes des règles civiles en matière de comptabilité ne suffisent cependant pas [500]. Ainsi, un bilan est faux lorsque l'état de fortune et des bénéfices est présenté de manière plus favorable qu'en réalité, ou lorsque les actifs sont nettement 175

spécifiquement aux « investisseurs qualifiés » (art. 27 al. 1 RC ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 75).

495 BÖCKLI 2009, § 13 N 394 s.

496 WATTER/REICHENBERG 2005, p. 980. Voir ég. BK-BREHM, art. 41 N 41a.

497 Voir TF 4C.344/1998 du 24 novembre 2000, consid. 3e/aa : celui qui établit des comptes inexacts doit compter avec le fait que ces documents seront communiqués à des tiers, en particulier à des investisseurs potentiels, et que ceux-ci risquent ainsi d'être trompés sur la situation financière de la société.

498 N 160 *supra*.

499 ATF 132 IV 12, consid. 8.1 ; 129 IV 130, consid. 2.2, JdT 2005 IV 118 ; 125 IV 17, consid. 2a/aa, JdT 2002 IV 75 ; TF 6B_496/2012 du 18 avril 2013, consid. 9.4.

500 ATF 132 IV 12, consid. 8.1 ; TF 6B_496/2012 du 18 avril 2013, consid. 9.5 ; 6B_778/2011 du 3 avril 2012, consid. 5.2.3.

surévalués ou les passifs clairement sous-évalués et qu'ainsi l'évaluation dépasse la marge d'appréciation [501].

176 Cependant, pour qu'un investisseur puisse se prévaloir de l'art. 251 CP pour fonder son action en responsabilité civile, il faut que cette norme vise à le protéger. À cet égard, la jurisprudence retient que l'art. 251 CP protège non seulement le bien juridique collectif que constituent la confiance placée dans un titre ayant valeur probante dans les rapports juridiques et la loyauté dans les relations commerciales, mais aussi les intérêts individuels des personnes lésées dans leurs droits par l'acte prohibé [502]. Un investisseur peut dès lors être considéré comme lésé par un faux dans les titres ou son usage lorsque le faux ou son utilisation vise à lui nuire [503]. Dès lors, l'utilisation d'un bilan faussé pour inciter un investisseur à souscrire des actions fonde la responsabilité des dirigeants au titre de l'art. 41 al. 1 CO [504].

8.3. Responsabilité pour les informations inexactes

177 Indépendamment de l'établissement ou de l'utilisation de comptes inexacts, les dirigeants peuvent engager leur responsabilité à travers leurs déclarations. Nous aborderons tout d'abord la question sous l'angle de la responsabilité délictuelle, puis sous celui de la responsabilité fondée sur la confiance.

8.3.1. Responsabilité délictuelle

178 Les normes protectrices qu'un investisseur peut envisager lorsqu'il se prévaut de déclarations inexactes d'un dirigeant sont notamment le dol (art. 28 CO) [505], ainsi que les dispositions pénales punissant l'escroquerie (art. 146 CP), l'atteinte astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui (art 151 CP) et les faux renseignements sur les entreprises commerciales (art. 152 CP) [506].

179 Au titre du dol (art. 28 al. 1 CO), Le Tribunal fédéral a ainsi retenu la responsabilité d'un directeur ayant obtenu des crédits pour sa société en passant sous silence la situation financière difficile de celle-ci et en affirmant que sa société allait au-devant d'une très bonne

501 TF 6B_496/2012 du 18 avril 2013, consid. 9.5 ; 6B_778/2011 du 3 avril 2012, consid. 5.2.4 ; 6B_453/2011 du 20 décembre 2011, consid. 5.6 non publié *in* ATF 138 IV 47.

502 ATF 119 Ia 342, consid. 2b, JdT 1995 IV 186 ; TF 6B_496/2012 du 18 avril 2013, consid. 5.2 ; jurisprudence maintenue *in* TF 4A_26/2015 du 21 mai 2015, consid. 2.2.

503 TF 6B_496/2012 du 18 avril 2013, consid. 5.2.

504 Admis de manière générale *in* ATF 106 II 257, consid. 1, JdT 1982 II 106 ; TF 4C.344/1998 du 24 novembre 2000, consid. 3c.

505 ATF 108 II 419, consid. 5, JdT 1983 I 204 ; le Tribunal fédéral laisse cependant indécise la question de savoir si le dol intentionnel est un acte illicite ou fonde une responsabilité fondée sur la confiance.

506 WATTER 2004, p. 435 s.

année [507]. Cette responsabilité implique une relation directe entre l'auteur de la déclaration et le lésé [508].

l'art. 146 CP punit celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. L'art. 151 CP reprend ces éléments constitutifs à l'exclusion du dessein d'enrichissement illégitime. Selon le Tribunal fédéral, il y a notamment astuce lorsque l'auteur a donné de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier [509]. 180

L'art. 152 CP punit notamment les membres du conseil d'administration ayant donné ou fait donner dans des communications au public ou dans des rapports ou propositions destinés à l'ensemble des associés de la société anonyme, des renseignements faux ou incomplets d'une importance considérable, susceptibles de déterminer autrui à disposer de son patrimoine de manière préjudiciable à ses intérêts pécuniaires. Cette disposition n'exige pas de dessein d'enrichissement, mais en revanche une communication au public ou à l'ensemble des actionnaires ; elle n'est dès lors pas nécessairement utile à l'investisseur individuel ayant investi dans une société privée [510]. 181

8.3.2. Responsabilité fondée sur la confiance

Lorsque les déclarations du dirigeant envers l'investisseur ne sont pas intentionnellement trompeuses et ne s'adressent pas au public, il faut également envisager une responsabilité fondée sur confiance. Cette responsabilité, à mi-chemin entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, découle selon la jurisprudence de l'art. 2 CC [511]. Elle tend à protéger la confiance légitime qu'une personne place dans les déclarations d'une autre personne [512]. Lorsque deux personnes entrent dans une relation d'affaires, elles peuvent en effet légitimement attendre une certaine loyauté de l'autre partie, même en l'absence 182

507 ATF 106 II 257, consid. 1, JdT 1982 II 106.

508 ATF 122 III 176, consid. 7a, JdT 1998 II 140.

509 ATF 128 IV 18, consid. 3a ; 135 IV 76, consid. 5.2, JdT 2010 I 676. Sur le rapport de confiance entre administrateur et investisseur, voir ég. N 183 *infra*.

510 Sur l'application éventuelle de cette disposition dans le cadre des sociétés ouvertes au public, voir les N 193 ss *infra*.

511 ATF 134 III 390, consid. 4, JdT 2010 I 143 ; 130 III 345, consid. 2.2, JdT 2004 I 207 ; TF 4A_306/2009 du 8 février 2010, consid. 5.1.

512 ATF 121 III 350, consid. 6c ; BÖCKLI 2009, § 18 N 252.

de relation contractuelle [513]. Dès lors, la responsabilité fondée sur la confiance s'applique lorsqu'un tiers éveille une confiance digne de protection et la déçoit de manière contraire à la bonne foi [514].

183 La responsabilité fondée sur la confiance implique tout d'abord l'établissement d'une relation de confiance particulière, soit un rapport spécial de confiance et de fidélité [515]. Cette relation particulière doit être plus intensive qu'une rencontre fortuite entre deux sujets de droit [516]. Elle exige dès lors une certaine proximité juridique justifiant une confiance mutuelle [517]. L'investisseur qui entre en contact avec l'administrateur d'une société anonyme peut partir du principe que celui-ci dispose de connaissances approfondies sur l'entreprise ; il est dès lors en droit de s'attendre à recevoir de ce dernier des informations conformes à la vérité [518].

184 Ensuite, la responsabilité fondée sur la confiance implique un comportement de l'auteur qui suscite des attentes légitimes de la part du lésé [519]. Cette condition s'apprécie en fonction des circonstances du cas d'espèce et dépend des normes de comportement que l'on est en droit d'attendre de l'autre partie [520]. En d'autres termes, la personne qui suscite la confiance de l'autre doit pouvoir reconnaître que ses actes peuvent inciter l'autre partie à prendre des dispositions dommageables pour elle [521]. Ainsi, les parties qui négocient en vue de la conclusion d'un contrat sont tenues de s'informer des faits essentiels que l'autre partie ne connaît pas et n'est pas censée connaître, mais qui peuvent influencer la décision de conclure le contrat ou les conditions auxquelles il sera conclu [522]. La même chose doit prévaloir pour le dirigeant qui traite avec un investisseur ; il est manifeste que les informations qu'il donne sur l'entreprise peuvent être de nature à décider une personne intéressée à souscrire des actions. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs que la fourniture de renseignements inexacts sur la santé de l'entreprise ou le passage sous silence d'une évolution négative constituent une violation des règles de la bonne foi et peuvent causer la responsabilité de la personne qui a éveillé la confiance du lésé [523].

185 Enfin, la confiance suscitée doit avoir été déçue : le lésé doit avoir pris, sur la base de

513 TF 4C.320/2002 du 3 février 2003, consid. 3.2 et les réf ; NOTH/GROB 2002, p. 1446.

514 ATF 133 III 449, consid. 4.1, JdT 2008 I 325 ; 130 III 345, consid. 2.1, JdT 2004 I 207. Voir ég. ATF 111 II 471, consid. 3, JdT 1986 I 485 (responsabilité pour des renseignements inexacts).

515 ATF 121 III 350, consid. 6c.

516 ATF 130 III 345, consid. 2.2, JdT 2004 I 207.

517 ATF 128 III 324, consid. 2.2 ; 130 III 345, JdT 2004 I 207 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 261 ; un contact immédiat n'est toutefois pas nécessaire (ATF 130 III 345, consid. 2.2, JdT 2004 I 207).

518 BÖCKLI 2003, p. 64 ; comp. ATF 111 II 471, consid. 3, JdT 1986 I 485 (renseignements fournis par une banque).

519 ATF 130 III 345, consid. 2.1, JdT 2004 I 207 ; 120 II 331, consid. 5a, JdT 1995 I 360.

520 ATF 120 II 331, consid. 5a, JdT 1995 I 360.

521 BÖCKLI 2009, § 18 N 263.

522 ATF 125 III 86, consid. 3c, JdT 2001 I 73 ; 121 III 350, consid. 6c ; 116 II 695, consid. 3, JdT 1991 I 625 ; 108 II 305, consid. 2b, rés. JdT 1983 I 608.

523 ATF 120 II 331, consid. 5a, JdT 1995 I 360.

la confiance suscitée, des dispositions qui se révèlent dommageables pour lui [524]. Cette condition sera remplie si un investisseur souscrit, sur la base de renseignements inexacts ou trompeurs, des actions qu'il n'aurait pas souscrites autrement ou qu'il aurait acquises à un prix inférieur.

En définitive, l'interaction entre un investisseur et un dirigeant en vue de souscrire des actions peut typiquement mener à une responsabilité fondée sur la confiance : la position du dirigeant au sein de l'entreprise justifie qu'on accorde un crédit particulier à ses affirmations sur la santé de l'entreprise ; les implications de ce rapport de connaissance sont reconnaissables pour le dirigeant et la fourniture d'informations inexactes dans le cadre d'une souscription d'actions peut être de nature à causer un préjudice à l'investisseur. 186

8.4. Cas particulier : responsabilité en raison de manquements aux règles du droit boursier

Les administrateurs de sociétés cotées en bourse ont des attributions supplémentaires en lien avec le but de la LIMF (anciennement la LBVM), qui est de garantir la transparence et l'égalité de traitement envers les investisseurs (art. 1 al. 2 LIMF ; art. 1 aLBVM) [525]. Ainsi, les administrateurs pourront être responsables de faire au nom de la société les déclarations relatives à la publicité des participations (art. 120 LIMF ; art. 20 aLBVM). Le conseil d'administration doit par ailleurs prendre position dans le cadre d'une offre publique d'acquisition portant sur les titres de sa société et a l'interdiction de prendre des décisions qui auraient pour effet de modifier de façon significative l'actif ou le passif de la société (art. 132 al. 1 et 2 LIMF ; art. 29 al. 1 et 2 aLBVM). Enfin, dans le cadre des normes émises par la bourse suisse sur délégation de la LIMF (art. 35 al. 2 ; art. 8 al. 2 aLBVM), les administrateurs sont tenus de veiller à la publication des faits susceptibles d'influencer les cours (publicité événementielle, art. 53 RC) [526]. 187

La publicité des participations et la publicité événementielle sont des obligations imposées (notamment) aux émetteurs, c'est-à-dire aux sociétés émettrices de titres cotés en bourse et non directement à leurs dirigeants. Si la violation de ces règles constitue un acte illicite, elle engage néanmoins la responsabilité personnelle de leurs auteurs (art. 55 al. 3 CC) [527]. La responsabilité personnelle des administrateurs peut dès lors être donnée pour le non-respect de règles imposées à l'émetteur ; une responsabilité personnelle des dirigeants est d'ailleurs plus sensée du point de vue de la prévention [528]. 188

[524] ATF 133 III 449, consid. 4.1, JdT 2008 I 325 ; 130 III 345, consid. 2.1, JdT 2004 I 207 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 265.
[525] Les dispositions relatives à la bourse sont réglées dans la LIMF depuis le 1er janvier 2016.
[526] BÖCKLI 2009, § 18 n. 940.
[527] BK-RIEMER, art. 55 CC N 63 s. *Contra* : CHABLOZ 2012, N 1085.
[528] Comp. WATTER 2004, p. 430.

8.4.1. Responsabilité délictuelle

a) Obligations fondées sur la LIMF

189 En ce qui concerne les obligations directement fondées sur la LIMF, il faut se référer à la jurisprudence relative à la LBVM, rendue avant sa révision. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral retenait que la loi dans son ensemble avait non seulement pour but de garantir l'efficacité du marché, mais aussi de protéger les créanciers et les investisseurs [529]. Cette jurisprudence doit à notre avis s'appliquer aussi aux règles qui sont passées dans la LIMF. Les dispositions de cette loi ont donc, pour les investisseurs individuels, qualité de norme protectrice pouvant fonder une responsabilité pour les dommages purement patrimoniaux. Un manquement à ces normes peut dès lors servir de fondement à une action en responsabilité civile par des actionnaires [530].

b) Obligations fondées sur le règlement de cotation, en particulier la publicité événementielle (art. 53 RC)

190 L'art. 53 al. 1 RC prescrit que l'émetteur informe le marché des faits susceptibles d'avoir une influence sur les cours qui sont survenus dans sa sphère d'activité. Aux termes de cette disposition, sont réputés susceptibles d'avoir une influence sur les cours les faits qui sont de nature à entraîner une modification notable des cours. L'admissibilité de prétentions en responsabilité fondées sur cette disposition est discutée, en raison de doutes sur le caractère de norme protectrice de cette disposition. Il faut en effet se demander si l'art. 53 RC, qui fait partie du règlement de cotation édicté par SIX SIS AG, un organisme privé, a un caractère normatif. Si la réponse est positive, il faut ensuite se demander si cette disposition a pour but de protéger les investisseurs.

191 Pour qu'une réglementation privée puisse être dotée d'une valeur normative, il faut qu'elle repose sur une délégation législative valable [531]. Il faut dès lors que la compétence normative repose sur une base légale formelle, qui fixe les principes de la réglementation déléguée (art. 162 al. 2 Cst.) [532]. Or l'art. 35 al. 2 let. c LIMF (art. 8 al. 2 aLBVM) prévoit notamment que le règlement édicté par la bourse comprend des prescriptions sur la publication des informations à fournir aux investisseurs pour leur permettre d'apprécier les caractéristiques

[529] TF 4A_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 4 (responsabilité). Plus généralement : ATF 136 II 43, consid. 3.2, SJ 2010 I 265 ; 135 II 356, consid. 3.1. Voir ég. CHABLOZ 2012, N 1059.

[530] ATF 136 II 43, consid. 3.2, SJ 2010 I 265 ; TF 4A_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 4 ; pour les manquements à l'art. 29 LBVM (qui correspondait à l'actuel art. 132 LIMF) : PETITPIERRE-SAUVAIN 2003, p. 548.

[531] ATF 137 III 37, consid. 2.2.1, JdT 2012 II 279 ; le Tribunal fédéral a laissé à cette occasion indécise la question de la valeur normative du règlement de cotation.

[532] ATF 103 Ia 369, consid. 3a ; 98 Ia 109, consid. 2 ; voir ég. ATF 137 III 37, consid. 2.2.1, JdT 2012 II 279.

des valeurs mobilières et la qualité de l'émetteur. L'instauration de règles relatives à la publication de faits importants est donc explicitement prévue dans la loi. Par ailleurs, le règlement de cotation est soumis à l'approbation de la FINMA, une autorité étatique (art. 27 al. 4 LIMF ; art. 4 al. 2 aLBVM) [533]. L'art. 53 RC repose ainsi sur une délégation législative valable. En outre, l'autonomie de la bourse est limitée quant à l'admission ou au refus de demandes de cotation, ce qui parle en défaveur d'une nature contractuelle du règlement de cotation [534]. Dès lors, le caractère normatif de l'art. 53 RC doit être admis [535].

La doctrine nie en revanche majoritairement le caractère de norme protectrice de l'art. 53 RC, qui pour des motifs dogmatiques [536], qui pour des réflexions liées à la sévérité excessive d'une responsabilité pour négligence simple, qui sanctionnerait toute erreur dans les informations publiées, mais aussi tout retard dans la publication [537]. Du point de vue dogmatique, le règlement de cotation viserait en effet à garantir le fonctionnement des marchés de capitaux et pas à protéger les investisseurs [538]. Cependant, l'art. 53 RC concrétise, sur la base d'une délégation législative licite, les obligations garantissant aux investisseurs la transparence érigée en principe directeur de la LIMF (art. 35 al. 2 let. c LIMF ; art. 8 al. 2 aLBVM) [539]. Le Tribunal fédéral ayant admis le caractère protecteur de cette loi, on ne voit pas pourquoi il en irait autrement pour l'art. 53 RC [540]. Le Message relatif à la LBVM [541] retient certes que la LBVM ne vise pas à protéger les investisseurs contre les pertes financières que peut provoquer l'évolution de cours sur le marché ; en effet, l'investisseur est protégé « comme client du marché boursier » [542]. Il retient cependant aussi que l'investisseur doit être protégé contre les avantages indus des négociants, des émetteurs ou d'autres investisseurs ; cette protection de l'investisseur passe par la préservation de sa confiance individuelle [543]. L'art. 53 RC, qui concrétise cette transparence, contribue ainsi à la confiance de l'investisseur [544]. En définitive, la responsabilité fondée sur la violation de l'art. 53 RC poursuit exactement le même but que l'art. 752 CO, c'est-à-dire garantir la protection de la confiance du public [545]. Par conséquent, une action en responsabilité civile selon l'art. 41 al. 1 CO peut se fonder

192

533 WATTER/REICHENBERG 2005, p. 981 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 59 ; ROBERTO 2006b, p. 150 ; WIEGAND 1998, n. 39.

534 WATTER/REICHENBERG 2005, p. 981. *Contra* : DAENIKER/WALLER 2003, p. 102 ; DAENIKER 2006, p. 145 s. ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 30a.

535 WATTER/REICHENBERG 2005, p. 981 ; BÖCKLI 2009 ; ROBERTO 2006b, p. 150. *Contra* : DAENIKER/WALLER 2003, p. 102 ; DAENIKER 2006, p. 145 s. ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 30a. Voir ég. NATER 2004, p. 73 s.

536 DAENIKER/WALLER 2003, p. 103 ; DAENIKER 2006, p. 144 ; WIEGAND 1998, p. 159 ; VON FISCHER 1999, p. 136.

537 WATTER/REICHENBERG 2005, p. 981 ; BÖCKLI 2003, § 18 N 76. VITO ROBERTO considère au contraire que seuls les manquements graves pourraient avoir une influence sensible sur les cours (ROBERTO 2006a, p. 153).

538 DAENIKER 2006, p. 144 ; VON FISCHER 1999, p. 45 et 136.

539 N 191 *supra*.

540 Comp. ROBERTO 2006a, p. 152. Du même avis, PETITPIERRE-SAUVAIN 2003, p. 552.

541 Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM) du 24 février 1993, FF 1993 I 1269 ss.

542 FF 1993 I 1282.

543 FF 1993 I 1282.

544 Comp. CHABLOZ 2012, N 1078.

545 N 163 *supra*.

sur un manquement à l'art. 53 RC. Cette action peut être dirigée alternativement contre l'émetteur et ses organes (art. 55 al. 3 CC) [546].

193 La problématique relative au caractère de norme protectrice de l'art. 53 CR est quelque peu désamorcée dans la mesure où l'art. 152 CP couvre déjà grandement la plupart des états de fait problématiques. En effet, les faits susceptibles d'avoir une influence notable sur les cours (art. 53 al. 1 RC) peuvent également être de faits « d'une importance considérable, susceptible de déterminer autrui à disposer de son patrimoine » (art. 152 CP) [547]. Cette norme peut être invoquée à l'appui d'une prétention civile d'investisseurs lésés par de faux renseignements d'une importance considérable sur des entreprises commerciales [548].

194 Dès lors, une déclaration inexacte dans le cadre de la publicité événementielle peut fonder l'illicéité ; puisque la diffusion de faux renseignements sur les entreprises commerciales constitue d'un délit d'intention, il faudrait cependant que la déclaration inexacte soit intentionnelle ou du moins couverte par le dol éventuel [549]. Comme l'art. 152 CP exige une communication, il serait par ailleurs difficile de considérer que l'état de fait est rempli lorsque les dirigeants s'abstiennent de publier des informations importantes pouvant influencer les cours à la baisse [550].

8.4.2. Responsabilité fondée sur la confiance ?

195 Les manquements aux règles de la publicité événementielle peuvent également s'apprécier sous l'angle de la responsabilité fondée sur la confiance. À notre avis, on ne saurait admettre de manière générale qu'il existe une relation de confiance particulière entre les dirigeants de la société émettrice et les investisseurs ; la publicité événementielle est une information générale adressée à un cercle de destinataires indéterminé [551].

---

546 N 188 *supra*.

547 BÖCKLI 2009, § 18 N 68. Voir ég. ATF 131 III 306, consid. 3.2.2, JdT 2006 I 56 : la notion d'informations d'une importance considérable correspond globalement à la notion d'informations inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales contenue à l'art. 752 CO.

548 TF 2P.604/1999 du 21 janvier 2000, consid. 2c ; WATTER/REICHENBERG 2005, p. 978 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 45 ; DAENIKER 2006, p. 146 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 104.

549 Comp. l'ATF 133 III 323, consid. 5.2.3, rendu en matière de blanchiment d'argent (art. 305bis CP) : « Les éléments constitutifs d'une norme pénale se répartissent en éléments objectifs et subjectifs. On ne voit pas pourquoi il conviendrait d'attribuer une portée moindre à l'un desdits paramètres par rapport à l'autre ». DAENIKER 2006, p. 147 ; ROBERTO 2006a, p. 150 ; WATTER/REICHENBERG 2005, p. 978 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 107 s. *Contra* : BÖCKLI 2009, § 18 N 71, pour qui seuls les éléments objectifs de l'infraction doivent être pris en compte pour apprécier l'illicéité selon l'art. 41 al. 1 CO ; dès lors une commission par négligence pourrait fonder la responsabilité civile.

550 WATTER/REICHENBERG 2005, p. 979 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 107 s. ; DAENIKER 2006, p. 147 s. *Contra :* BÖCKLI 2009, § 18 N 67 ; ROBERTO 2006a, p. 150.

551 BÖCKLI 2009, § 18 N 59 ; WATTER/REICHENBERG 2005, p. 983 ; ROBERTO 2006a, p. 153 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 99 ; DAENIKER 2006, p. 144. *Contra* : WIEGAND 1998, p. 163 ; PETITPIERRE-SAUVAIN 2003, p. 551.

8.4.3. Discussion

La responsabilité des dirigeants et plus généralement des émetteurs pour le non-respect des devoirs d'information sur les marchés boursiers s'apprécie selon les règles de la responsabilité extracontractuelle. La nature juridique de l'art. 53 RC, qui impose la publication des faits susceptibles d'avoir une influence sur les cours, est incertaine. Bien que nous soutenions le contraire, l'art. 53 RC n'est généralement pas considéré comme une norme protectrice pouvant fonder la responsabilité au titre de l'art. 41 al. 1 CO. La responsabilité fondée sur la confiance est exclue à notre avis, faute de relation particulière entre les dirigeants et les investisseurs. Les manquements aux règles de la publicité événementielle peuvent cependant être appréhendés dans le cadre de l'art. 152 CP, qui sanctionne les faux renseignements sur des entreprises commerciales. Cependant, il est douteux que cette disposition s'applique en cas d'omission, ce qui devrait être le manquement le plus fréquent en pratique [552]. 196

Toutes ces questions restent cependant controversées. Il n'est dès lors pas surprenant que des voix s'expriment pour une base légale spécifique de la responsabilité dans le contexte des devoirs d'information du droit boursier. Une réglementation dans la loi permettrait tout d'abord d'exclure à coup sûr une responsabilité exorbitante des émetteurs et de leurs organes en cas de négligence légère ; dans la mesure où la publicité événementielle demande une très grande réactivité, les erreurs et les retards peuvent survenir fréquemment [553]. Une disposition légale explicite permettrait également de garantir que les omissions d'une certaine gravité sont également couvertes [554]. Enfin, elle contribuerait de manière générale à la sécurité du droit en rendant plus prévisibles les sanctions et donc les risques attachés aux manquements aux règles du droit boursier [555]. 197

À l'encontre d'une codification, on soutiendra que la création de normes de responsabilité spécifiques risque de nuire à la qualité de l'information, celle-ci étant alors axée sur la prévention des risques plutôt que sur la fourniture d'informations utiles au marché [556]. La validité de cet argument dépend à notre sens de la formulation des règles en question. En toute hypothèse, il ne suffit pas à lui seul à nier l'intérêt d'une codification. 198

Un autre argument contre la codification est celui du schématisme qui accompagnerait nécessairement la formulation des états de fait fondant la responsabilité. Une application de la responsabilité fondée sur la confiance serait mieux indiquée pour tenir compte des aspects spécifiques de chaque cas particulier, notamment du besoin de protection de chaque investisseur individuel [557]. Cette approche, qui ignore le besoin de prévisibilité et de sécurité 199

[552] BÖCKLI 2009, § 18 N 67. Cet auteur soutient néanmoins que l'omission de faits importants est couverte par l'art. 152 CP.
[553] BÖCKLI 2009, § 18 N 76 ; WATTER/REICHENBERG 2005, p. 978.
[554] BÖCKLI 2009, § 18 N 83.
[555] WATTER/REICHENBERG 2005, p. 985 ; WATTER 2004, n. 66 ; voir ég. PETITPIERRE-SAUVAIN 2003, p. 557.
[556] DAENIKER 2006, p. 149.
[557] WIEGAND 1998, p. 164.

juridique pour les émetteurs et leurs organes [558], met en évidence un dernier défaut décisif du système *de lege lata* : la diversité des situations et des fondements possibles rendrait très difficile la collectivisation de prétentions d'investisseurs lésés par des informations inexactes sur le marché des capitaux. Si l'amélioration de la protection des investisseurs doit passer par des procédures collectives [559], il est impératif que les personnes lésées puissent s'appuyer sur une base légale explicite et commune, qui fait actuellement défaut dans l'ordre juridique suisse.

8.5. Égalité de traitement

200 l'art. 717 al. 2 CO oblige les personnes chargées de la gestion à traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation. Les manquements à ce devoir d'égalité de traitement peuvent fonder une responsabilité envers les actionnaires fondée sur l'art. 754 CO [560]. Cependant, cette norme a une portée pratique limitée dans la mesure où l'égalité de traitement n'est pas absolue : le conseil d'administration peut y déroger pour des motifs ayant trait à l'intérêt social [561]. Une responsabilité au titre de l'art. 717 al. 2 CO peut entrer en ligne de compte p. ex. en cas d'inégalités dans le rachat d'actions propres (art. 659 al. 1 CO) ou en cas d'application injustifiée de la clause de restriction à la transmissibilité [562]. En revanche, les distributions dissimulées et les prestations indues aux actionnaires s'apprécient sous l'angle du devoir de fidélité dû à la société et ne peuvent par conséquent pas fonder une action au titre du dommage subi par les actionnaires [563].

9. Conclusion intermédiaire

201 Nous avons choisi de présenter les cas possibles de responsabilité hors faillite selon les catégories suivantes, qui sont également importantes en pratique : les décisions de gestion ; les conflits d'intérêts ; la planification et le contrôle financiers ; la surveillance de la gestion et enfin les préjudices causés aux investisseurs.

202 En matière de gestion, le Tribunal fédéral admet explicitement que le juge doit faire preuve de retenue dans l'appréciation des décisions lorsqu'elles ont été prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et exempt de

558 WATTER 2004, n. 66.
559 Voir N 891 *infra*.
560 BÖCKLI 2009, § 13 N 683 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 N 36 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 22. Sceptique : DESSEMONTET 1998, p. 66.
561 TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.1 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 383.
562 TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.3.
563 ATF 92 II 243, consid. 3.

conflits d'intérêts. Le cas échéant, une décision de gestion ne sera sanctionnée que si elle ne s'inscrit pas de manière défendable dans l'intérêt social. En cas de vice dans le processus décisionnel, le pouvoir d'examen du juge s'accroît à mesure que la gravité des manquements formels augmente. En cas de vice grave, notamment en cas de conflit d'intérêts, le défendeur devra être en mesure de démontrer l'entière opportunité de la décision s'il veut être exonéré. La formulation de cette *business judgment rule* à la sauce suisse constitue moins un changement de paradigme qu'un schéma permettant de formaliser l'examen de décisions de gestion par le juge. Alors que des voix s'expriment en faveur d'une codification, nous considérons qu'elle ne présente pas d'intérêt du point de vue de la prévisibilité des sanctions et peut s'accompagner d'incitatifs négatifs pour les dirigeants ; dès lors, la codification de la *business judgment rule* ne nous semble ni opportune, ni nécessaire.

Les conflits d'intérêts peuvent avoir une influence néfaste sur la pesée d'intérêts nécessaire à de la formation de la volonté sociale. Pour prévenir ce risque, il est important que la transparence exigée des dirigeants soit interprétée de manière large ; c'est seulement ainsi que l'on peut garantir l'adoption de mesures appropriées dans toutes les situations. En cas de conflit d'intérêts sérieux, la mesure à privilégier est l'abstention de l'administrateur concerné. L'obtention d'une expertise par un tiers *(fairness opinion)* peut ne pas être suffisante pour garantir la conformité d'une transaction à l'intérêt social. 203

En matière de contrôle financier, la jurisprudence retient – comme en matière de gestion – que les dirigeants disposent d'une certaine marge d'appréciation ; la concrétisation des devoirs de planification et de contrôle financiers peut à notre sens bénéficier des principes développés dans le cadre de la *business judgment rule*. La vigilance des administrateurs sera accrue en cas de signaux alarmants. Les distributions dissimulées sont appréhendées par les règles de protection du capital. À l'intérieur de ce cadre, les dirigeants doivent toutefois veiller à ne pas léser l'intérêt social en traitant avec un actionnaire ; ils bénéficient certes d'une certaine marge d'appréciation, mais elle est limitée en cas de conflit d'intérêts ou de proximité avec l'actionnaire. 204

En ce qui concerne la surveillance, la loi permet une exonération de la responsabilité en cas de délégation verticale de la gestion (art. 754 al. 2 CO). Si la délégation est licite, la diligence des membres du conseil d'administration ayant confié des tâches de gestion à l'un des leurs ou à un tiers s'arrête au soin dans le choix, l'instruction et la surveillance des personnes chargées de la gestion. L'efficacité de cette réglementation est difficile à vérifier et suscite des réactions contrastées en doctrine [564]. Il faut néanmoins retenir que l'art. 754 al. 2 offre des conditions d'exonération très claires, ce qui est à saluer du point de vue de la sécurité du droit. 205

En cas de délégation « horizontale », c'est-à-dire de répartition des tâches au sein du conseil 206

[564] Impact faible, les conditions formelles de la délégation n'étant souvent pas respectées : BÖCKLI 2009, § 18 N 140 ; réglementation efficace au vu du faible nombre de cas : UMBACH 2006, p. 43.

d'administration, l'art. 754 al. 2 CO ne s'applique pas. Une interprétation fonctionnelle du devoir de diligence permet toutefois de différencier les responsabilités des membres d'un comité et celles des administrateurs externes. En particulier, un administrateur externe pourra se libérer en démontrant qu'il n'existait pas de motif de mettre en doute l'appréciation faite par le comité chargé de la préparation d'une décision. Cette question n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence ; du point de vue de la prévisibilité des sanctions, il pourrait être opportun de codifier cette approche.

207 La responsabilité des administrateurs envers les actionnaires est de nature délictuelle. Elle reposera en général sur l'art. 41 al. 1 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance ; cette dernière sera utile en particulier en cas d'investissement dans une société privée, en cas de relation directe entre le dirigeant et l'investisseur. En ce qui concerne les sociétés ouvertes au public, la LIMF, comme la LBVM avant elle, est une loi visant la protection des investisseurs ; ceux-ci peuvent donc s'en prévaloir dans le cadre d'une action en responsabilité fondée sur l'art. 41 al. 1 CO. Cet effet protecteur s'étend également à l'art. 53 RC, qui concrétise l'obligation de transparence imposée par la LIMF dans l'intérêt de la protection de la confiance des investisseurs. Cependant, l'admissibilité d'une action en responsabilité délictuelle fondée sur un manquement à l'art. 53 RC est controversée. Une norme pouvant également être invoquée dans le contexte du devoir de publier les informations susceptibles d'influencer les cours est l'art. 152 CP. Cette disposition sanctionne les actes intentionnels ; l'omission de publier des informations importantes ne devrait pas être couverte. La diversité des conceptions relatives à la responsabilité fondée sur les devoirs d'information du droit boursier rend à notre avis nécessaire la création d'une norme de responsabilité spécifique. La codification apporterait une meilleure prévisibilité des sanctions et faciliterait également l'invocation collective de prétentions d'investisseurs lésés par des informations inexactes.

208 L'étude de la condition du manquement aux devoirs révèle de manière générale que la maîtrise des aspects formels de la prise de décisions et de la surveillance permet aux dirigeants de se prémunir dans une certaine mesure contre une éventuelle responsabilité. Ce rattachement à des critères objectifs est justifié d'une part par la nécessité de tenir compte des incertitudes inhérentes à l'activité de gestion et d'autre part par les bienfaits d'un partage des tâches et d'une organisation du travail efficaces pour l'activité de l'entreprise. On peut éventuellement se demander dans quelle mesure les dirigeants disposent de suffisamment de ressources pour respecter ces règles formelles en toutes situations. La réponse à cette question dépend cependant plus de la formulation des devoirs des dirigeants, en particulier de l'étendue des attributions intransmissibles et inaliénables (art. 716*a* al. 1 CO) que des conditions de la responsabilité [565]. Il faut en revanche relever qu'une certaine incertitude subsiste quant au traitement des décisions de gestion ; dans ce cadre, les dirigeants peuvent difficilement éliminer les risques liés à la responsabilité. Pour autant, un régime plus souple, qui interdirait notamment l'examen de la conformité d'une décision de gestion à l'intérêt

[565] Comp. ROBERTO 2006b, p. 40.

social, ne serait pas souhaitable dans la mesure où cela affaiblirait l'incitation à agir dans l'intérêt de la société. Dans l'intérêt de la prévisibilité, il serait en revanche opportun d'inscrire dans la loi la manière dont le partage des tâches au sein du conseil d'administration se répercute sur la responsabilité des administrateurs, ainsi que d'édicter une norme autonome relative à la responsabilité en raison de manquements aux devoirs d'information sur les marchés.

Chapitre 3

Dommage

1. Introduction

En matière de responsabilité des organes de gestion, le dommage sera généralement de nature purement patrimoniale ; la définition de la notion de dommage elle-même ne pose dès lors pas de problème particulier dans ce contexte. Il existe cependant une difficulté conceptuelle du fait qu'il faut identifier les patrimoines lésés par le manquement, qui peuvent appartenir à la société, aux actionnaires ou aux créanciers ; une distinction est généralement opérée entre le dommage direct et le dommage indirect, des notions qu'il faudra définir et analyser de manière critique. 209

Lorsque la société est lésée, le dommage peut généralement être appréhendé comptablement ; son calcul ne pose dès lors pas de problème théorique particulier. Il nous semble toutefois opportun de détailler quelque peu les principes généraux sur la base de la typologie développée aux N 58 ss *supra*. Déterminer la quotité du dommage sera en revanche plus délicat en cas d'atteinte au patrimoine d'un actionnaire, en particulier lorsqu'il résulte de l'acquisition de titres surévalués. 210

Le présent chapitre commencera par un bref rappel de la notion de dommage et de ses composantes (N 213 ss *infra*). Nous nous intéresserons ensuite à la distinction entre dommage direct et indirect (N 220 ss *infra*), puis nous traiterons des spécificités du dommage de la société (N 224 ss *infra*). La dernière section sera consacrée au dommage de l'actionnaire (N 230 ss *infra*). 211

Le dommage subi par le créancier ne sera pas développé. Hors de la faillite de la société, l'hypothèse d'un préjudice du créancier est essentiellement théorique. Aucun dommage n'est réalisé par le créancier tant que la société est en mesure de rembourser sa dette [566]. 212

[566] ATF 141 II 112, consid. 5.2.2 ; 132 III 564, consid. 3.1.2, JdT 2007 I 448 ; TF 4C.142/2004 du 4 octobre 2004, consid. 4 ; 4C.188/2003 du 22 octobre 2003, consid. 3.1 ; RJN 2014 169, consid. 3 ; LUTERBACHER 2005, p. 48 ; WALTER 2003, p. 77 ; WATTER 2004, p. 439. Le Tribunal fédéral a cependant admis la naissance d'une prétention hors faillite dans un cas où la société avait refusé la restitution de valeurs en dépôt à un dépositaire ; le

On peut cependant imaginer qu'un créancier soit lésé par de faux renseignements dans la mesure où il aurait demandé un taux d'intérêt plus élevé s'il avait connu la véritable situation de la société [567]. Plus concrètement, les créanciers d'un emprunt par obligations (art. 1157 ss CO) peuvent subir un dommage direct en raison d'une baisse de valeurs de leurs titres [568]. Cette hypothèse s'apprécie cependant de la même manière que le dommage subi par des actionnaires, auquel il est donc permis de renvoyer [569].

2. Définition

213 Le dommage se définit juridiquement comme une « diminution involontaire du patrimoine » [570], qui se manifeste comptablement par une diminution de l'actif, une augmentation du passif, une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif [571]. Le patrimoine du lésé se définit comme l'ensemble des biens ayant ou pouvant avoir une valeur économique [572]. Le tort moral et les dommages non patrimoniaux ne sont pas réparables dans le contexte de l'art. 754 CO [573]. En toute hypothèse, les dommages pertinents pour notre étude sont généralement purement patrimoniaux, c'est-à-dire qu'ils ne résultent pas d'une atteinte à l'intégrité physique ou à la propriété [574].

---

cas échéant, la prétention en responsabilité délictuelle envers les organes naît au moment où la société exprime son intention de ne pas exécuter son obligation. Le créancier dispose alors d'un concours d'actions, l'une de nature contractuelle envers la société, l'autre de nature délictuelle envers les administrateurs (TF 4C.142/2004 du 4 octobre 2004, consid. 5.1).

567 CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 62 ; CHENAUX 2008, N 28. Un dommage indirect du créancier serait également envisageable si le dommage causé à la société obligeait le créancier à corriger la valeur de sa créance en raison de la perte de bonité de la société débitrice (BÖCKLI 2009, § 18 N 269 ; HANDSCHIN 2005, p. 239 ; *contra :* GLANZMANN 2000, p. 179).

568 BÖCKLI 2009, § 18 N 362 ; voir ég. PETITPIERRE-SAUVAIN 2003, p. 548, 550 s.. L'art. 752 CO s'applique à l'émission d'obligations par une société anonyme ; outre cette disposition, le créancier d'un emprunt par obligations pourrait baser sa prétention sur une norme du droit des sociétés destinée à le protéger, l'art. 41 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance.

569 Voir N 230 ss *infra*.

570 ATF 129 III 331, consid. 2.1, JdT 2003 I 629 ; TF 4A_76/2007 du 7 novembre 2007, consid. 8 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 8 ; BK-BREHM, art. 41 N 70. Pour une vue d'ensemble des différentes définitions : SUTER 2010, p. 14 ss.

571 ATF 133 III 462, consid. 4.2.2 ; 129 III 331, consid. 2.1, JdT 2003 I 629 ; 129 III 18, consid. 2.4 ; TF 4C.362/2006 du 2 mars 2007, consid. 3 ; 4C.343/2001 du 13 février 2002, consid. 2b ; CORBOZ 2013, p. 94 ; BK-BREHM, art. 41 N 69.

572 BK-BREHM, art. 41 N 69 ss ; voir ég. TF 4C.13/1997 du 19 décembre 1997, Pra 1998 n° 121 p. 680, consid. 4a ; SUTER 2010, p. 16.

573 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 18 N 36.

574 SUTER 2010, p. 16. Définition du dommage purement patrimonial : BK-BREHM, art. 41 N 85.

3. Calcul du dommage

Dans le contexte de la responsabilité des dirigeants, le dommage se détermine, comme en droit commun, par la théorie de la différence [575]. Le montant du dommage s'obtient ainsi par une comparaison entre l'état patrimonial du lésé et celui qui aurait été le sien si l'acte dommageable ne s'était pas produit [576]. La différence entre ces deux patrimoines constitue le dommage réparable. Ce calcul doit tenir compte de tous les changements patrimoniaux causés par l'événement dommageable [577]. Ainsi, le dommage réparable comprend aussi le dommage subséquent (dommage survenu en raison d'un premier dommage) si le lien de causalité naturelle et adéquate est démontré [578]. Les frais de justice occasionnés par un comportement illicite au cours de la procédure peuvent aussi être ajoutés au dommage subi [579]. 214

Puisque le dommage peut consister en une non-augmentation de l'actif, le gain manqué est en principe réparable ; son imputation au montant du dommage ne sera cependant admise que s'il s'agit d'un gain habituel ou dont l'obtention paraît autrement sûre [580]. 215

La réparation vise à remettre le lésé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne s'il avait été indemnisé au jour de l'acte dommageable [581]. Dès lors, le lésé a également droit à des intérêts compensatoires à partir du moment où l'événement dommageable produit ses effets économiques [582]. L'intérêt est en principe de 5% [583]. Lorsque le manquement a causé plusieurs dommages à des moments différents, il se justifie de fixer un jour de départ moyen pour le calcul des intérêts [584]. En lien avec le départ du cours des intérêts, il se pose donc la question du moment où le dommage produit ses effets dans le patrimoine du lésé. 216

[575] ATF 142 III 23, consid. 4.1 ; 132 III 564, consid. 6.2, JdT 2007 I 448 ; 4A_177/2011 et 4A_179/2011 du 2 septembre 2011 ; 4C.436/2006 du 18 avril 2007, consid. 5.1 : les règles générales des art. 41 ss CO s'appliquent à la responsabilité des organes, à moins que les art. 752 ss CO ne prévoient autre chose.

[576] ATF 142 III 23, consid. 4.1 ; 132 III 564, consid. 6.2, JdT 2007 I 448 ; 129 III 331, consid. 2.1, JdT 2003 I 629 ; TF 4A_174/2007 du 13 septembre 2007, consid. 4.3.3 ; 4A_76/2007 du 7 novembre 2007, consid. 8 ; 4C.105/2004 du 31 août 2004, consid. 4.1 ; 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 3.3 ; 4C.343/2001 du 13 février 2002, consid. 2b ; 4C.19/2004 du 19 mai 2004, consid. 1.5 ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/aa ; .

[577] TF 4A_42/2012 du 3 août 2012, consid. 5 ; 4A_598/2010 du 11 avril 2011, consid. 3.2.2 ; 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 3b/bb ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 489 ; ISLER 2004, p. 44.

[578] BK-BREHM, art. 41 N 74 ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 6.

[579] ATF 117 II 394, consid. 3b, JdT 1992 I 550 ; TF 4A_557/2014 du 2 février 2015, consid. 2.1 ; 4A_177/2011 et 4A_179/2011 du 2 septembre 2011, consid. 4.2 s. Sur l'inclusion des frais de défense dans le dommage réparable : ATF 139 III 190, consid. 4.2, 4.4 ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 9.

[580] ATF 132 III 379, consid. 3.3.3, JdT 2006 I 338 ; 82 II 397, consid. 6, JdT 1957 I 464 ; BK-BREHM, art. 41 N 70 ; SUTER 2010, p. 28 ; LUTERBACHER 2005, p. 65.

[581] TF 4C.19/2004 du 19 mai 2004, consid. 3.4.

[582] ATF 99 II 176, consid. 4, JdT 1974 I 71 ; TF 4A_174/2007 du 13 septembre 2007, consid. 6.3 ; 4C.182/2006 du 12 décembre 2008, consid. 5.2.

[583] TF 4C.19/2004 du 19 mai 2004. 3.4.

[584] ATF 131 III 12, consid. 9.5, JdT 2005 I 488.

Comme le patrimoine est défini comptablement, le dommage est réalisé dès que le bilan du lésé montre une diminution, indépendamment du moment où le lésé voit ses liquidités baisser [585].

217 L'indemnité ne doit pas mettre le lésé dans une situation plus avantageuse que si l'événement dommageable ne s'était pas produit [586]. Il convient donc de tenir compte des avantages obtenus par le lésé en raison du fait dommageable [587]. Ceux-ci peuvent être imputés au lésé s'ils se trouvent en relation de causalité avec l'acte dommageable et qu'ils présentent un lien intrinsèque avec celui-ci [588].

218 Le montant du dommage se calcule en principe au jour du jugement de la dernière instance pouvant encore connaître des faits nouveaux [589]. Ce principe n'est cependant pas absolu ; lorsque le dommage repose sur l'appropriation d'actions, le Tribunal fédéral admet ainsi que le lésé peut alternativement calculer son dommage au moment où le dommage produit ses effets ou au jour du jugement [590]. Selon BENOÎT CHAPPUIS, il se justifierait plus généralement de laisser un choix au lésé à chaque fois qu'une différence de valeur intervient entre l'événement dommageable et le moment du jugement [591]. En réalité, cette problématique peut s'analyser en regard du but de la responsabilité civile, qui est de replacer le lésé dans la situation où il serait si l'événement dommageable ne s'était pas produit ; une détermination fiable de ce patrimoine peut exiger un calcul du dommage à un moment différent du jour du jugement [592].

219 En cas de difficultés insurmontables dans la détermination du montant exact du dommage, l'art. 42 al. 2 CO prévoit que le juge « le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée ». Cette disposition s'applique

585 ATF 116 II 441, consid. 3a/aa, JdT 1991 I 166 ; 64 II 137, consid. 3c ; CHAPPUIS 2007, N 227 ; SUTER 2010, p. 20. À l'inverse, un dommage n'est pas réalisé tant que le bilan dressé conformément aux normes comptables ne présente pas de diminution (HG ZH HG120149 du 26 janvier 2015, consid. 5.5 [« SAirGroup/Air Littoral »] : acquisition d'un paquet d'actions dont la valeur s'est ensuite écroulée).

586 ATF 134 III 489, consid. 4.2, JdT 2008 I 476 ; 131 III 12, consid. 7.1, JdT 2005 I 488 et les réf. ; BK-BREHM, art. 42 N 27.

587 SUTER 2010, p. 24 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 64. Voir p. ex. ATF 95 II 320, consid. III.2 ; TF 4C.193/2001 du 14 mai 2002, consid. 3.

588 Sur cette notion : ATF 112 Ib 322, consid. 5a, rés. JdT 1987 I 186 ; BK-BREHM, art. 42 N 31 ss ; SUTER 2010, p. 24.

589 ATF 125 III 14, consid. 2c, JdT 1999 I 359 ; 122 III 53, consid. 4c, JdT 1996 I 590 ; 99 II 214, consid. 3a-b ; TF 4A_521/2012 du 25 février 2013, consid. 5.3.3 ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 7 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 360.

590 ATF 130 III 591, consid. 3.1, JdT 2006 I 131 ; 109 II 474, consid. 3, rés. JdT 1984 I 485 ; BK-BREHM, art. 42 N 8 ; ZÜRCHER 2012, p. 18 s. ; NOTH/GROB 2002, p. 1457.

591 CHAPPUIS 2007, N 234.

592 Comp. CHAPPUIS 2007, N 250 et SUTER 2010, p. 25, qui retient que le calcul du dommage au jour du jugement ne prime que si le dommage croît jusqu'à ce moment. Voir, en lien avec la responsabilité de l'auteur de prospectus, les N 237 ss *infra*.

également dans le contexte des art. 752 ss CO [593] ; elle sera traitée plus avant aux chapitres consacrés aux allégations et aux preuves [594].

4. Dommage « direct » et « indirect »

La distinction entre dommage direct et indirect est utilisée en droit de la responsabilité des organes afin de déterminer la qualité pour agir des lésés ainsi que le patrimoine pertinent pour le calcul du dommage. Cette distinction est nécessaire en particulier dans le contexte de l'action oblique, où l'actionnaire agit au titre du dommage de la société (art. 756 al. 1 CO), dont on dit parfois qu'il s'agit d'une « action au titre du dommage indirect ». 220

Le Tribunal fédéral distingue ainsi le dommage direct de l'actionnaire, qui se produit dans le patrimoine de celui-ci sans que celui de la société soit lésé [595], de son dommage indirect, qui se traduit par une baisse de la valeur de sa participation suite à un préjudice causé à la société [596]. Ce dommage touche en principe tous les actionnaires de la même manière. Le dommage subi indirectement par tous les actionnaires est ainsi égal au dommage subi directement par la société [597]. Il correspond par conséquent à la différence entre le patrimoine actuel de la société et celui qui aurait été le sien sans la survenance de l'acte dommageable [598]. 221

À proprement parler, le dommage faisant l'objet de l'action oblique n'est pas un dommage « indirect » ou « réfléchi », puisque le préjudice effectivement subi par l'actionnaire n'est déterminant ni pour le montant du dommage invoqué [599], ni pour fonder la qualité pour 222

[593] CHAIX 2005, p. 51 ; voir ATF 136 III 322, consid. 3, JdT 2011 II 537 ; TF 4P.196/2006 du 10 mai 2007, consid.3.1 ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid.2.d/bb ; 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid.3b/aa.

[594] N 1026 et 1091 ss *infra*.

[595] TF 4A_76/2007 du 7 novembre 2007, consid. 4 ; 4C.13 du 19 décembre 1997 ; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, art. 754 N 16 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 61 : le dommage est direct et distinct de celui de la société « s'il ne se recoupe pas avec celui-ci et s'il ne découle pas de celui-ci ». Comp. en droit français la notion de préjudice « personnel et spécial, qui doit être distinct du préjudice social » (DJEHANE 2005, p. 529 s.).

[596] ATF 139 III 24, consid. 3.1, JdT 2013 II 328 ; 131 III 306, consid. 3.1.1, JdT 2006 I 56 ; HÄNNI 2013, p. 576 ; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, art. 754 N 15 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 364.

[597] ATF 117 II 432, consid. 1b/cc, JdT 1993 I 72 ; WALTER 2003, p. 89.

[598] TF 4C.19/2004 du 19 mai 2004, consid. 1.5 ; HÄNNI 2013, p. 576.

[599] TF 4A_375/2012 du 20 novembre 2012, consid. 3.1 ; 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 6b/bb par analogie. La prétention en réparation porte sur l'intégralité du dommage subi par la société (BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 7 ; HaftpflichtKomm-LUTERBACHER, Vor Art. 754-760 OR N 21 ; GARBARSKI 2006, p. 75 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 23 ; voir ég. WEBER 2012, p. 190 ; UMBACH/WEBER 2003, p. 117 ; HASENBÖHLER 2003, p. 45). Comp. la terminologie en responsabilité extracontractuelle : CR CO I-WERRO, art. 41 N 14.

agir [600]. Par ailleurs, la prétention en réparation au titre du dommage « indirect » doit reposer sur un manquement aux devoirs des organes envers la société [601].

223 Lorsqu'il s'agit de définir les dommages pertinents pour la responsabilité hors faillite, il suffit dès lors de distinguer d'une part le dommage subi par la société, qui peut être invoqué aussi bien par la société que par un actionnaire (art. 756 al. 1 CO), et d'autre part celui qui touche l'actionnaire. Un rappel des principes généraux de la responsabilité civile suffit à établir que la baisse de la valeur de la participation de l'actionnaire due à un dommage causé à la société n'est pas réparable puisqu'il s'agit d'un dommage réfléchi (ou par ricochet) [602]. Les notions de dommage « direct » et de dommage « indirect » sont donc superflues. Il serait d'ailleurs judicieux d'éviter leur utilisation, dans la mesure où elles contribuent à la confusion régnant quant à la nature de l'action oblique [603].

5. Dommage de la société

224 Le dommage de la société est celui résultant d'un manquement aux devoirs d'un dirigeant envers la société [604]. Conformément aux principes énoncés plus haut, il consiste en la différence entre le patrimoine effectif de la société et celui qui serait le sien si l'atteinte ne s'était pas produite [605]. L'objectif de ce calcul est de déterminer l'évolution négative du patrimoine due à l'événement dommageable. Dès lors, la santé du bilan, qui donne une image statique du patrimoine (art. 959 al. 1 CO), ne saurait indiquer l'existence ou l'absence d'un dommage [606]. Le calcul devrait porter sur l'ensemble du patrimoine et intégrer les effets négatifs, mais aussi positifs de l'acte reproché ; une perte au bilan ne correspond pas nécessairement à un préjudice [607]. Enfin, seul est réparable le dommage qui est en lien de causalité avec le manquement aux devoirs, c'est-à-dire celui qui aurait pu être évité

600 Le demandeur doit attester de sa qualité d'actionnaire au moment de l'introduction de la demande et non au moment de l'acte dommageable (ATF 131 III 640, consid. 4.1, JdT 2006 I 146).

601 HÄNNI 2013, p. 577 ; STEININGER 2011, p. 274. L'inégalité de traitement, qui peut éventuellement fonder un dommage direct, ne peut donc pas être invoquée dans le cadre d'une action oblique (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 N 22 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 22).

602 ATF 131 III 306, consid. 3.1.1, JdT 2006 I 56 ; 132 III 564, consid. 3.2, JdT 2007 I 448 ; BERTI 1990, p. 440 s. Voir plus généralement BK-BREHM, art. 41 N 20 ss, 74a.

603 À ce sujet, voir les N 848 ss *infra*.

604 BÖCKLI 2009, § 18 N 364 ; HÄNNI 2013, p. 577.

605 N 214 *supra* ; SUTER 2010, p. 78.

606 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 4.3.

607 Voir TF 4A_188/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.4 et 4.5 ; 4A_373/2015 du 26 janvier 2016, consid. 3.4.1 (évolution du passif non équivalente au dommage).

si le dirigeant incriminé avait agi conformément à ses devoirs [608]. L'enrichissement du responsable ne donne en revanche aucune indication sur le montant du dommage [609].

La différence entre l'état réel du patrimoine et son état hypothétique est cependant délicate à établir en cours de vie sociale. Contrairement à la situation qui prévaut dans la faillite, le demandeur ne peut pas s'appuyer sur un bilan dont les valeurs seraient arrêtées. Le patrimoine social évolue au contraire constamment au gré de l'activité de la société. Ces difficultés justifient que le calcul se concentre en principe uniquement sur les postes concernés par l'événement dommageable : l'addition des actifs consommés et des passifs créés par l'acte dommageable permettra de déterminer le dommage [610]. 225

Le plus généralement, le dommage de la société consistera en une diminution des actifs : il sera ainsi causé par des pertes subies en raison d'un placement risqué [611], de l'appropriation de biens sociaux à des fins personnelles [612], ou encore de l'omission de reverser à la société un montant qui lui était destiné [613]. Il peut également consister en des frais de justice occasionnés par des manquements répétés aux devoirs de l'administrateur [614] ou ceux d'un procès mené par la société dans le seul intérêt des actionnaires majoritaires [615]. Il peut également consister en une amende prononcée par une autorité administrative [616]. Lorsque le manquement consiste en une transaction frappée de conflits d'intérêts, le dommage s'établira en comparant l'acte incriminé avec celui qui aurait été passé si les conditions du marché avaient été respectées [617]. Cette règle est également applicable aux états de fait de groupe, l'intérêt à la transaction s'appréciant uniquement du point de vue de la société concernée [618]. L'imputation des avantages que la société retire de son intégration dans le groupe est dès lors admissible s'ils s'inscrivent dans l'intérêt de celle-ci [619]. 226

Le dommage subi par la société peut aussi consister en un gain manqué, pour autant qu'il puisse être établi qu'elle aurait généré un revenu plus grand si son patrimoine avait été investi 227

608 BÖCKLI 2009, § 18 N 366.
609 SUTER 2010, p. 22.
610 SUTER 2010, p. 22 ; UMBACH/WEBER 2003, p. 125.
611 ATF 99 II 176, consid. 2, JdT 1974 I 71.
612 HG ZH HG000346 du 7 juillet 2005, consid. III.1.2.2, cité par ZÜRCHER 2012, p. 11. ZR 1985 nº 57, consid. II.
613 TF 4C.19/2004 du 19 mai 2004, consid. 1.5.
614 TF 4A_177/2011 et 4A_179/2011 du 2 septembre 2011, consid. 4.3 ; à distinguer des frais de justice occasionnés par un comportement illicite de l'une des parties au procès, voir N 214 *supra*.
615 ATF 139 III 24, consid. 3.1, JdT 2013 II 328 : dans ce cas, le dommage incluait les frais judiciaires et les dépens, mais aussi les frais d'expertise et honoraires d'avocat occasionnés. Le dommage s'apprécie en effet du point de vue du patrimoine de la société.
616 WEBER 2008, p. 139 ss ; JENNY 2012, N 779. Sur la question de l'imputation des avantages obtenus par la société du fait des actes sanctionnés (en particulier en cas d'entrave à la concurrence) : BÖCKLI 2009, § 18 N 375a, b ; JENNY 2012, N 573.
617 Comp. ATF 130 III 213, consid. 2.2.2 et 2.3, JdT 2004 I 223. Voir ég. les N 107 ss *supra*.
618 ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223.
619 Voir N 128 *supra*. Sur cette question : DRUEY 1994, p. 45 s ; ZÜRCHER 2012, p. 12 s.

autrement [620]. Ce cas de figure serait sans doute exceptionnel [621]. Toutefois, le Tribunal fédéral a admis dans une espèce, au titre de gain manqué, les intérêts que le capital aurait générés s'il avait été placé [622] ; à lire cet arrêt, le devoir de diligence imposerait aux dirigeants de placer le capital de la société de manière rentable s'il n'est pas affecté à des affaires déterminées [623]. L'intérêt alloué – 5% – correspond cependant à l'intérêt compensatoire habituel [624] ; cette jurisprudence n'a donc pas de signification particulière.

228 Le dommage peut également être réalisé par l'augmentation des passifs. On peut imaginer ainsi que des provisions soient rendues nécessaires en raison de la mise en gage d'actifs sociaux [625] ou d'investissements spéculatifs. Le montant de la provision, qui correspond au montant vraisemblablement nécessaire pour couvrir les charges futures (art. 960*e* al. 2 CO) pourra alors servir de référence pour la détermination du dommage. Puisque le dommage est déterminé comptablement, il est déjà réalisé au moment où la constitution d'une provision s'impose en vertu des règles du droit comptable [626].

229 En matière de dommages causés par des personnes à qui la gestion a été déléguée, rappelons que les administrateurs répondent des actes du gérant comme des leurs si les conditions de l'exonération de l'art. 754 al. 2 CO ne sont pas remplies. Les surveillants ne peuvent donc limiter leur responsabilité à la part du dommage qui aurait pu être évitée s'ils étaient intervenus plus tôt [627]. Cette approche est en revanche sans doute valable en matière de contrôle financier.

6. Dommage de l'actionnaire

230 L'actionnaire peut, contrairement au créancier, subir un dommage hors de la faillite de la société [628]. Il n'est pas nécessaire qu'il soit le seul lésé ; simplement, son préjudice ne doit pas découler d'un dommage causé à la société [629].

231 Le plus fréquemment, le dommage de l'actionnaire sera causé par l'acquisition de titres

620 SUTER 2010, p. 29 ; LUTERBACHER 2005, p. 67.
621 LUTERBACHER 2005, p. 67.
622 ATF 99 II 176, consid. 4, JdT 1974 I 71.
623 ATF 99 II 176, consid. 4, JdT 1974 I 71.
624 ATF 99 II 176, consid. 4, JdT 1974 I 71 ; voir SUTER 2010, p. 79 et N 216 *supra*.
625 ZR 1979 n° 79, consid. 2 ; HG ZH HG000346 du 7 juillet 2005, consid. III/1.2.2, cité par ZÜRCHER 2012, p. 10. Comp. la notion d'atteinte au patrimoine comme élément constitutif de la gestion déloyale (art. 158 CP) : ATF 123 IV 17, consid. 3d ; 121 IV 104, consid. 2d.
626 N 216 *supra*.
627 Cette circonstance pourrait éventuellement être prise en compte sous l'angle de la faute, voir N 296 *infra*.
628 HANDSCHIN 2005, p. 247.
629 CHABLOZ 2012, N 743 ; SCHMIDT 2008, p. 387.

surévalués ou de la vente de titres sous-évalués en raison de renseignements inexacts [630]. En fonction du support de l'information inexacte, la prétention en réparation pourra être fondée sur les art. 752 (prospectus) [631], 754 (règles du droit de la société anonyme) ou 41 CO (devoirs d'information généraux, ainsi que ceux relevant du droit boursier), voire de la responsabilité fondée sur la confiance [632]. Ce dommage est réparable puisqu'il ne découle pas d'un préjudice subi par la société ; celle-ci profite au contraire d'un apport de moyens [633].

Indépendamment de la base légale invoquée, le dommage se définira de la même manière : il correspond à la différence entre la situation patrimoniale actuelle de l'investisseur et celle qui aurait été la sienne s'il avait été informé conformément à la vérité [634]. En d'autres termes, l'indemnité doit remettre l'investisseur dans la situation patrimoniale dans laquelle il serait en l'absence de manquement [635]. Une dépréciation subséquente des titres, due à d'autres causes, n'est en revanche pas réparable [636]. 232

La doctrine a développé diverses approches quant au calcul concret du dommage ; le choix de la méthode adaptée doit se faire en fonction des circonstances du cas d'espèce, compte tenu du but de la réparation, qui est de remettre le lésé dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si l'atteinte ne s'était pas produite. On peut imaginer trois cas de figure pour déterminer l'état hypothétique du patrimoine en l'absence de comportement dommageable [637] : 233

1. s'il avait été informé correctement, l'investisseur n'aurait procédé à aucune transaction ;
2. s'il avait été informé correctement, l'investisseur aurait procédé à un placement alternatif ;

630 BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, art. 754 N 16 ; PETITPIERRE-SAUVAIN 2003, p. 548 ; FORSTMOSER 1986, p. 70. Voir p. ex. ATF 122 III 176, consid. 7b, JdT 1998 II 140 ; TF 4C.344/1998 du 24 novembre 2000, consid. 2 ss ; 4C.13/1997 du 19 décembre 1997, consid. 3, Pra 1998 n° 121. Le dommage de l'actionnaire peut aussi résulter du non-versement de dividendes (FORSTMOSER 1986, p. 70) ou de la suppression indue du droit de souscription préférentiel (BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 16 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 14).

631 Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 34 ; FORSTMOSER 1987, N 914.

632 Voir à ce sujet les N 159 ss *supra*.

633 CHENAUX 2008, N 27. La baisse de valeur de la participation résultant d'une atteinte subie par la société n'est pas réparable ; est en revanche réparable le dommage subi par l'actionnaire en raison du passage sous silence d'un fait portant préjudice à la société (SCHMIDT 2008, p. 391).

634 ATF 122 III 176, consid. 7c, JdT 1998 II 140 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 34 ; ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 170 ; UMBACH/WEBER 2003, p. 122 ; NOTH/GROB 2002, p. 1458. La réparation de l'intérêt positif, qui se baserait sur l'état hypothétique du patrimoine si les affirmations contenues dans le prospectus étaient vraies, est exclue (SUTER 2010, p. 326 ; UMBACH/WEBER 2003, n. 57. *Contra*, dans le contexte de l'art. 752 CO : NOTH/GROB 2002, p. 1458 s.).

635 TF 4C.19/2004 du 19 mai 2004, consid. 3.4 : *« wie wenn er für seine Forderungen am Tag der unerlaubten Handlung für deren wirtschaftliche Auswirkungen entschädigt worden wäre »*.

636 Pour l'art. 752 CO : ATF 131 III 306, consid. 3.2.1, JdT 2006 I 56.

637 WEBER 2007, p. 140.

3. s'il avait été informé correctement, l'investisseur aurait acquis les titres à un prix inférieur.

234 La première hypothèse n'est vraisemblable, à notre avis, que si le lésé parvient à établir un lien particulier entre lui et la société dans laquelle il a investi, qui justifie qu'il s'intéresse à celle-ci en particulier ; dans ce cas, le dommage correspondrait à la différence entre le prix payé pour le titre et le montant obtenu à sa revente [638]. En l'absence de circonstances particulières, il faut toutefois partir du principe que l'investisseur aurait de toute manière procédé à un placement [639].

235 Dans la seconde hypothèse, l'investisseur arguera qu'il n'aurait pas investi dans la société s'il avait connu les véritables circonstances, mais placé son argent ailleurs. Ici, le dommage s'établirait en comparant l'évolution effective de son patrimoine avec l'évolution des titres qu'il aurait acquis à la place des titres surévalués et peut également ouvrir la voie à une réparation du gain manqué [640]. L'investisseur qui choisit cette approche va cependant au-devant de difficultés de preuves importantes [641]. Elle n'est cependant pas exclue si le lésé parvient à démontrer p. ex. qu'il suivait une stratégie déterminée, dont les critères auraient exclu un investissement dans la société si le lésé avait eu connaissance des véritables circonstances [642]. L'hypothèse d'un placement alternatif appelle une certaine circonspection du juge : il se peut que le lésé affirme qu'il aurait bien entendu investi dans des titres absolument sûrs ou fonde sa comparaison sur titres trop performants [643].

236 En l'absence de circonstances particulières, l'hypothèse la plus vraisemblable est dès lors la troisième, c'est-à-dire celle d'une acquisition des titres à un prix moins élevé ; c'est toutefois aussi celle qui pose le plus de problèmes du point de vue du calcul du dommage.

237 La première difficulté réside dans la détermination du moment auquel le dommage se calcule. Si l'on suit la définition comptable du dommage, le dommage est réalisé au moment où ses effets se produisent dans le patrimoine du lésé. De ce point de vue, le patrimoine de

638 WEBER 2007, p. 141. Le cas échéant, on peut éventuellement imputer à titre d'avantage les dividendes que le lésé n'aurait pas perçus s'il n'avait pas souscrit de titres (SUTER 2010, p. 101 ; JENNY 2012, p. 574).

639 NOTH/GROB 2002, p. 1458. Voir ég. WIEGAND 1998, p. 167 : présomption d'un comportement raisonnable.

640 SUTER 2010, p. 297 ; WEBER 2007, p. 142 ; NOTH/GROB 2002, p. 1458 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 71 s.

641 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 171 ; UMBACH/WEBER 2003, p. 130 ; SUTER 2010, p. 297.

642 Comp. CHAPPUIS 2007, N 306 ; cette méthode ne serait pas sans rappeler le calcul du dommage effectué par le Tribunal fédéral en cas de manquements du gestionnaire de fortune, où l'on compare les résultats du portefeuille administré avec ceux d'un portefeuille hypothétique de même ampleur géré pendant la même période conformément aux instructions du contrat (TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008, consid. 3.2.2). VITO ROBERTO et THOMAS WEGMANN proposent d'utiliser comme référence un paquet de titres comparables (ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 171).

643 DAENIKER/WALLER 2003, p. 71 s. ; ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 171. FRÉDÉRIC LENOIR propose à cet égard que le paquet de valeurs comparables soit déterminé à l'avance, soit en se référant à l'indice du segment de la bourse dans lequel le titre sera coté, soit en confiant sa composition à un tiers (p. ex. l'autorité d'admission du titre en question ; LENOIR 2004, p. 180).

l'investisseur n'est pas lésé tant que l'information inexacte n'a pas été rectifiée [644]. Dès lors, en application du principe général, le montant du dommage se calculerait soit au moment où le véritable état de fait devient connu, soit au jour du jugement de la dernière instance pouvant connaître de faits nouveaux [645]. Toutefois, il paraît évident que le patrimoine de l'investisseur subit déjà un préjudice, même s'il ne s'est pas encore traduit comptablement, au moment de l'acquisition des titres : il a payé un prix trop élevé par rapport à la contre-prestation qu'il a reçue [646]. Il apparaît dès lors correct de calculer le dommage au moment de l'acquisition des titres, qui paraît être celui qui « correspond le mieux aux spécificités du cas d'espèce » [647]. L'évaluation du dommage au jour du jugement serait difficilement praticable dans la mesure où il faudrait également retracer l'évolution hypothétique des cours en l'absence d'information défectueuse [648]. Le calcul pourrait concrètement être basé sur une évaluation de l'entreprise, valorisée une fois selon les informations à disposition au moment de l'acquisition et une fois selon sa situation réelle [649]. Cette méthode a l'avantage de s'affranchir de considérations sur l'efficacité de la formation du prix d'un titre sur les marchés [650].

Il faut cependant admettre que le calcul du dommage au jour de l'acquisition des titres n'est pas toujours approprié. Si un certain temps s'écoule entre l'acquisition des titres et la révélation de la vérité, le préjudice subi par la surévaluation des titres peut s'estomper en fonction de l'évolution du marché et des affaires de la société [651]. Il devient alors nécessaire d'utiliser une méthode apte à déterminer l'effet qu'a eu l'information inexacte sur le cours d'un titre. La méthode la plus souvent mentionnée à cet égard est le *capital asset pricing model* (CAPM), qui permet d'évaluer le rendement hypothétique d'un titre en fonction de son risque de marché [652]. Cette méthode de calcul ne permettrait toutefois pas de déterminer si la variation par rapport au rendement hypothétique est due à l'événement dommageable ou à d'autres facteurs internes à l'émetteur [653]. L'utilisation du CAPM serait néanmoins préférable à un calcul basé uniquement sur la chute du cours du titre au moment de la 238

644 SUTER 2010, p. 299 s. Ainsi, l'actionnaire qui revend ses titres avant la correction des informations inexactes ne subit pas de dommage (BÖCKLI 2009, § 18 N 105).

645 NOTH/GROB 2002, p. 1457. Voir N 218 *supra*.

646 Admis par le TF dans le contexte de l'art. 148 al. 1 CP : ATF 120 IV 122, consid. 6b/bb, JdT 1996 IV 98.

647 CHAPPUIS 2007, N 634 ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 34 ; SUTER 2010, p. 300. C'est également l'approche que suit implicitement le Tribunal fédéral *in* ATF 131 III 306, consid. 3.2.1, JdT 2006 I 56. *Contra* : LENOIR 2004, p. 165.

648 Comp. NOTH/GROB 2002, p. 1458.

649 LENOIR 2004, p. 172 s. ; SUTER 2010, n. 1224.

650 LENOIR 2004, p. 174 s. ; cet auteur voit en revanche un désavantage dans le fait que cette méthode ne permet pas d'intégrer la réaction excessive du marché dans le calcul du dommage.

651 CHAPPUIS 2007, N 636.

652 En détail : MÜLLER L. 2015, p. 261 s. ; voir ég. SUTER 2010, n. 1224 ; NOTH/GROB 2002, p. 1460 ; CHAPPUIS 2007, N 635. Sceptique : BÖCKLI 2009, § 18 n. 109.

653 LENOIR 2004, p. 172.

rectification [654].

239 En raison des incertitudes quant à l'évolution du cours d'un titre et au comportement hypothétique de l'investisseur si l'information avait été exacte, il ne sera généralement pas possible de déterminer le montant du dommage de manière fiable. Dès lors, les principes exposés ci-dessus serviront avant tout de directives pour une fixation du dommage en équité (art. 42 al. 2 CO) [655]. En toute hypothèse, l'estimation du dommage justifiera souvent la réalisation d'une expertise [656].

240 Ces difficultés pourraient être évitées avec une résolution de la transaction, le dirigeant recherché étant condamné à racheter les titres au prix payé par l'investisseur [657]. Le droit de la responsabilité civile admet en effet la réparation en nature (art. 43 al. 1 CO) [658]. Cette solution est cependant délicate lorsque la société est cotée en bourse, dans la mesure où elle met à la charge des responsables les risques liés à la fluctuation des marchés, qui devraient être supportés par l'investisseur [659]. Dans la dogmatique de la responsabilité civile, la réparation en nature pourrait donc contrevenir à l'interdiction de l'enrichissement du lésé. Un rachat des actions pourrait néanmoins être envisagé par la société ou les responsables sur une base volontaire afin de rétablir la confiance du marché [660].

7. Conclusion intermédiaire

241 La définition du dommage dans le contexte de la responsabilité des organes de gestion ne pose pas de difficulté particulière dans la mesure où les atteintes seront toujours purement patrimoniales. Hors de la faillite de la société, un dommage peut être subi par celle-ci et par les actionnaires, mais seulement exceptionnellement par un créancier. Il faut cependant relever que les créanciers d'un emprunt par obligations peuvent subir un dommage en cours de vie sociale ; celui-ci s'apprécie de manière similaire à celui des actionnaires.

242 La distinction entre dommage direct et indirect, importante en particulier pour déterminer quel est le dommage pertinent pour l'action oblique (art. 756 al. 1 CO), s'apprécie en fonction

654 BÖCKLI 2009, § 18 N 35b, n. 108 ; ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 170 s. ; UMBACH/WEBER 2003, p. 113, 115 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 69 s. *Contra* : BSK OR II-WATTER/NOTH, art. 752 N 22. Pour une approche plus différenciée : LENOIR 2004, p. 176.

655 BÖCKLI 2009, § 18 N 35d ; BSK OR II-WATTER, art. 752 N 25 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 72 ; SUTER 2010, p. 291.

656 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 172 ; SUTER 2010, p. 291.

657 ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 171 ; SUTER 2010, p. 293 s. Voir p. ex. ATF 99 II 176, consid. 3, JdT 1974 I 71.

658 BK-BREHM, art. 43 N 19. Le droit allemand impose la résolution, dans le contexte de la responsabilité de l'auteur de prospectus, lorsque l'acquéreur détient encore les titres viciés (§ 21 al. 1 WpPG ; § 20 al. 1 VermAnlG).

659 SUTER 2010, p. 294 s. ; REDENIUS-HOEVERMANN 2010, p. 117.

660 SUTER 2010, p. 326.

des patrimoines touchés par l'acte dommageable. Le dommage faisant l'objet de l'action oblique est le dommage de la société ; l'atteinte indirecte au patrimoine de l'actionnaire n'a aucune importance dans ce contexte, que ce soit pour fixer le montant de la réparation demandée ou pour déterminer la qualité pour agir. Pour déterminer les dommages pertinents et les actions qui en découlent, il suffit donc de se référer aux notions de dommage de la société et de dommage de l'actionnaire. La distinction entre le dommage « direct » et le dommage « indirect » est donc superflue et devrait être évitée car elle contribue à la confusion régnant quant à la nature du dommage invoqué dans le cadre de l'action oblique.

Le dommage de la société s'établit en comparant l'état de l'ensemble du patrimoine avec celui qu'il aurait eu en l'absence de manquement. En raison des difficultés que cause l'établissement de l'état du patrimoine dans une société active, le calcul se concentrera en pratique sur les postes du bilan concernés par l'événement dommageable ; l'addition des actifs consommés et des passifs créés par l'acte dommageable permettra de déterminer le dommage. Un dommage peut également être réalisé en cas d'augmentation des passifs, p. ex. lorsqu'une provision devient nécessaire en raison de la mise en gage d'actifs sociaux pour garantir des dettes personnelles des dirigeants. Lorsque le manquement à l'origine du dommage consiste en un conflit d'intérêts, on comparera la transaction passée avec celle qui aurait été passée aux conditions du marché. 243

Le calcul du dommage de l'actionnaire en cas d'acquisition de titres surévalués ou sous-évalués est délicat ; il est permis de partir du principe qu'il s'obtient en comparant le prix payé pour les titres acquis avec celui que l'investisseur aurait accepté s'il avait connu les véritables circonstances. Ce principe doit cependant être relativisé à mesure que la distance entre l'acquisition de titres et la révélation de la vérité augmente. En toute hypothèse, il sera rarement possible d'établir le montant du dommage avec certitude et celui-ci fera souvent l'objet d'une appréciation en équité par le juge en application de l'art. 42 al. 2 CO. Il est également envisageable de condamner le défendeur à une réparation en nature, consistant à racheter les actions de l'investisseur lésé au prix que celui-ci a payé. Lorsque la société est cotée en bourse, cette solution peut cependant être problématique dans la mesure où elle libère l'investisseur du risque de marché, ce qui peut équivaloir à un enrichissement. 244

Chapitre 4

Causalité

1. Introduction

Dans le contexte de la responsabilité des organes de gestion, la condition de la causalité peut soulever des questions particulières du fait que les tâches sont parfois réparties entre plusieurs organes ; il faut alors se demander comment apprécier la contribution de chacun à la survenance du dommage. Par ailleurs, les manquements reprochés aux organes de gestion consisteront souvent en une omission, en particulier en matière de surveillance ; ce cas de figure appelle aussi certaines remarques du point de vue de la causalité. 245

Dans le cadre de la responsabilité envers les actionnaires en raison de l'acquisition de titres surévalués, le lien de cause à effet entre l'information inexacte et le dommage subi par l'investisseur présente également certaines particularités conceptuelles. 246

Après un rappel des principes généraux (N 248 ss *infra*) et un bref exposé des exceptions pertinentes dans le contexte de la responsabilité des dirigeants (N 256 ss *infra*), nous traiterons des spécificités de la causalité lorsqu'un manquement a été commis dans la gestion au sens large (N 260 ss *infra*). La causalité dans le cadre de la surveillance fera aussi l'objet d'une section séparée (N 262 ss *infra*). Enfin, nous développerons la thématique de la causalité dans le contexte de l'acquisition de titres surévalués ou sous-évalués (N 268 ss *infra*). 247

2. Définition(s)

La causalité est le lien de cause à effet entre le manquement aux devoirs (ou l'illicéité) et le dommage. Cette relation s'apprécie traditionnellement d'un point de vue scientifique (causalité naturelle) et juridique (causalité adéquate) [661]. La causalité naturelle s'intéresse à la relation de cause à effet au sens logique, ou physique. Chaque action pouvant causer 248

[661] CR CO I-WERRO, art. 41 N 32 ; BK-BREHM, art. 41 N 104.

une infinité d'effets, il est cependant nécessaire de restreindre la chaîne causale aux événements dont on peut objectivement attendre la survenance suite à l'acte illicite en question [662]. Ce rôle est joué par la notion de causalité adéquate, qui détermine ainsi les causes « juridiquement pertinentes » [663]. La responsabilité n'est donnée que si la causalité naturelle et adéquate est admise.

249 Du point de vue de la causalité naturelle, un manquement consistant en une inaction (omission) ne peut pas avoir de conséquence [664]. On admet néanmoins que le fait de ne pas se conformer à une obligation de faire puisse être à l'origine d'un dommage réparable [665]. Dans ce cas de figure, la responsabilité pour omission s'apprécie d'un point de vue hypothétique [666].

250 La science juridique allemande et une partie de la doctrine suisse distinguent encore la *haftungsbegründende Kausalität*, qui représente le lien de cause à effet entre le comportement du responsable et l'atteinte au bien juridique protégé, et la *haftungsausfüllende Kausalität*, qui désigne le lien entre l'atteinte au bien juridique protégé et le dommage. Cette approche découle du texte du § 823 al. 1 BGB, qui précise, au contraire de l'art. 41 CO, les biens juridiques protégés par la responsabilité civile et prévoit la réparation des dommages résultant d'une atteinte illicite au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un autre droit d'un tiers [667]. Il s'agirait dès lors de déterminer dans un premier temps si le manquement a porté atteinte à un bien juridique protégé, si l'atteinte peut être attribuée à l'auteur de l'acte illicite ; dans un second temps, il s'agit d'établir dans quelle mesure le dommage découle de l'atteinte au bien protégé, de délimiter ainsi la part du dommage en relation adéquate avec l'atteinte [668]. En droit suisse, ces notions ne trouvent pas de base dans la loi et ne semblent pas être primordiales en pratique, puisque les fonctions de la *haftungserfüllende Kausalität* et de la causalité adéquate se recoupent grandement [669]. Nous nous en servirons cependant

662 ATF 123 III 110, consid. 3a, JdT 1997 I 791 ; 107 II 269, consid. 3, JdT 1981 I 446.

663 CR CO I-WERRO, art. 41 N 37 ; BK-BREHM, art. 41 N 120.

664 BK-BREHM, art. 41 N 108 ; ROBERTO 2013, N 06.09.

665 ROBERTO 2013, N 06.09.

666 CR CO I-WERRO, art. 41 N 36 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 424a.

667 *« Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. »*. En vertu du § 823 al. 2 BGB, les atteintes à des biens non protégés par l'alinéa 1 ne sont réparables qu'en cas de violation d'une disposition légale visant à protéger le tiers *(« ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst »)*.

668 FELLMANN/KOTTMANN 2012, N 416 ; ROBERTO 2013, N 06.74 ; SCHWENZER 2012, N 19.04 ; OFTINGER/STARK 1995, § 3 N 20.

669 FELLMANN/KOTTMANN 2012, N 418 s. Comp. BK-BREHM, art. 41 N 103 : *« Diese Unterscheidung bleibt meistens ohne rechtliche Bedeutung, denn beide Kausalitätsformen sind kumulative Voraussetzungen für eine Schadenersatzpflicht »*.

dans l'exposé relatif à la causalité dans l'acquisition de titres [670].

En cas de pluralité d'auteurs, la responsabilité s'apprécie de manière individuelle : chacun n'est tenu de réparer que le dommage qu'il a personnellement causé [671]. Ainsi, un administrateur qui serait entré en fonction après l'acte dommageable ou aurait quitté son poste avant celui-ci ne saurait en répondre [672]. 251

3. Causalité naturelle et adéquate

3.1. Causalité naturelle

La causalité naturelle est donnée lorsque le comportement reproché à la personne recherchée est la condition *sine qua non* du dommage [673]. Elle est ainsi donnée si l'événement dommageable ne s'était pas produit sans le manquement aux devoirs. 252

Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur recherché ait causé le dommage seul. Il suffit que l'événement dommageable soit l'une des causes du dommage, c'est-à-dire que celui-ci ne serait pas survenu en l'absence du fait dommageable (cause partielle) [674]. Lorsque plusieurs personnes ont causé un dommage, elles en répondent en principe solidairement (art. 50 al. 1 CO). 253

3.2. Causalité adéquate

La question de la causalité adéquate se pose uniquement lorsque la causalité naturelle est donnée [675]. D'après la formule consacrée par la jurisprudence, la causalité est adéquate et donc juridiquement pertinente lorsque, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit [676]. Le comportement de la personne recherchée doit donc être apte à « [favoriser] la survenance du préjudice » [677]. Le juge doit dès lors établir si, dans le cas concret, il était probable que le 254

670 Voir N 268 *infra*.

671 ATF 136 III 322, consid. 3.2.2, JdT 2011 II 537 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 417 ; FORSTMOSER 1987, N 271.

672 TF 4A_ 251/2013 du 11 novembre 2013, consid. 2.5 ; 4C.70/2005 du 18 mai 2005, consid. 3.2.2 ; 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, consid. 2.4 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 50.

673 ATF 132 III 715, consid. 2.1, JdT 2009 I 183 ; 128 III 180, consid. 2.d ; TF 4C.70/2005 du 18 mai 2005, consid. 3.2.1 ; 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, consid. 2.3 ; 4C.188/2003 du 22 octobre 2003, consid. 4.1.

674 BK-BREHM, art. 41 N 109a ; FORSTMOSER 1987, N 270 ; voir p. ex. TF 4A_444/2010 du 22 mars 2011, consid. 2.1.

675 TF 4C.70/2005 du 18 novembre 2005, consid. 3.2.5.

676 Parmi d'autres : ATF 136 III 14, consid. 2.4 ; 132 III 564, JdT 2007 I 448 ; 93 II 22, consid. 6, JdT 1968 I 148 ; TF 4A_284/2013, du 7 août 2013, consid. 2.1 ; 4A_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 7 ; 4C.118/2005 du 8 août 2005, consid. 4.3 ; 4C.70/2005 du 18 mai 2005, consid. 3.1.

677 ATF 122 III 195, consid. 4a ; 93 II 22, consid. 6, JdT 1968 I 148.

fait considéré produise le résultat dommageable [678]. Il apparaît ainsi que la détermination de la causalité adéquate est une question d'appréciation et qu'elle relève dès lors du droit et non du fait [679].

3.3. Causalité hypothétique en cas d'omission

255 Lorsque le manquement reproché consiste en une omission, il faut « s'interroger sur le cours hypothétique des événements si l'administrateur avait agi conformément à ses devoirs » [680], afin de déterminer si l'acte imposé par l'ordre juridique à l'auteur, qui l'a omis, aurait empêché le dommage de survenir [681]. En cas d'omission, la causalité naturelle devient donc également une question d'appréciation nécessitant la formulation d'hypothèses [682]. Le Tribunal fédéral retient cependant qu'elle relève de l'établissement des faits, à moins qu'elle ne repose exclusivement sur l'expérience de la vie et non sur des « faits établis par l'appréciation des preuves » [683].

4. Objections relatives à la causalité

4.1. Comportement licite de substitution

256 La causalité naturelle doit être niée lorsque le dommage serait survenu même si le responsable avait agi conformément au droit ; c'est l'exception du comportement de substitution licite [684]. Celui-ci peut également entrer en ligne de compte en cas d'omission [685].

678 TF 4A_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 7 ; PETER/SAUERWEIN 2007, p. 153.

679 ATF 132 III 715, consid. 2.2, JdT 2009 I 183 ; TF 4A_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 7 ; PETER/SAUERWEIN 2007, p. 152.

680 ATF 129 III 129, consid. 8 ; TF 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, consid. 2.3 ; 4C.118/2005 du 8 août 2005, consid. 4.3.

681 ATF 127 III 453, consid. 5d ; 123 III 306, consid. 5b ; TF 4C.53/2003 du 25 juin 2003, consid. 6.1 ; BK-BREHM, art. 41 N 108.

682 ATF 132 III 715, consid. 2.3, JdT 2009 I 183 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 425.

683 ATF 132 III 715, consid. 2.3, JdT 2009 I 183 ; TF 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, consid. 2.3. Critiques : PETER/SAUERWEIN 2007, p. 166.

684 Voir, en lien avec la responsabilité du réviseur : ATF 129 III 129, consid. 3.1 ; TF 4C.53/2003 du 25 juin 2003, consid. 6 (comportement de substitution licite admis) ; 4A_236/2015 du 15 septembre 2015 *(idem)*. Voir ég. HG ZH HG080315-O/U/dz du 9 mars 2012, consid. 4.5.4.

685 Voir ATF 129 III 129, consid. 8 ; exception rarement admise selon BÖCKLI 2009, § 18 N 419. Lorsque l'acte consiste en une omission, DANIEL JENNY retient que l'exception du comportement licite de substitution se confond avec la contestation du lien de causalité (JENNY 2012, N 720).

4.2. Rupture du lien de causalité adéquate

La causalité adéquate peut être exclue si une autre cause « constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre » [686]. Celle-ci doit apparaître si importante qu'elle s'impose comme la cause la plus probable et immédiate du dommage, reléguant à l'arrière-plan le comportement de la personne recherchée et rompant ainsi la causalité adéquate [687]. Cette exception n'est admise que rarement [688]. 257

La rupture du lien de causalité peut découler de la force majeure, c'est-à-dire un phénomène exceptionnel ou si extraordinaire qu'on ne pouvait pas s'y attendre et qui s'impose comme étant la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement dommageable [689]. L'application de cette exception à la responsabilité des organes est très peu probable [690]. 258

Il est également possible d'imaginer une interruption du lien de causalité par la faute du lésé ou d'un tiers. Pour qu'un tel fait soit apte à interrompre la causalité, « il faut [...] que la faute du tiers ou de la personne lésée soit si lourde et si déraisonnable qu'elle relègue le manquement en cause à l'arrière-plan, au point qu'il n'apparaisse plus comme la cause adéquate du dommage » [691]. De manière générale, la jurisprudence n'admet cette exception qu'avec retenue ; en effet, la protection du lésé impose une application stricte de la responsabilité solidaire [692]. Lorsqu'il s'agit d'apprécier une faute concomitante de la société lésée, le comportement des dirigeants non poursuivis ne lui est pas imputable : ils doivent être considérés comme des tiers [693]. Une faute grave de la société pourrait en revanche ressortir à la formation de la volonté sociale par l'assemblée générale des actionnaires [694]. Lorsque le dommage est subi par l'actionnaire, la faute grave pourrait consister en l'acquisition de titres sur la base d'informations fausses alors que les règles élémentaires de la prudence imposeraient à l'acquéreur de se renseigner [695] ou en une vente hâtive des titres en raison de la panique de l'investisseur [696]. Ces considérations restent essentiellement théoriques. 259

686 CR CO II-CORBOZ, art. 752 N 40.
687 CR CO II-CORBOZ, art. 752 N 40 ; FORSTMOSER 1987, N 284.
688 Comp. ATF 112 II 138, consid. 4a ; BÖCKLI 2009, § 18 N 423 et les réf.
689 TF 4A_169/2010 du 23 août 2010, consid. 3.2 et les réf. ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 63.
690 Comp. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 97 ; GARBARSKI 2006, p. 194 ainsi que JENNY 2012, N 716, avec un exemple théorique.
691 ATF 127 III 453, consid. 5d et les réf. Voir ég. BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 45 ; FORSTMOSER 1987, N 281.
692 ATF 127 III 453, consid. 5d et les réf. ; 122 III 195, consid. 4b ; 112 II 138, consid. 4a ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 45.
693 JENNY 2012, N 578 ; BÄRTSCHI 2001, p. 237 s.
694 JENNY 2012, N 578.
695 JENNY 2012, N 579.
696 DAENIKER/WALLER 2003, p. 72.

5. Causalité dans la gestion

260 La détermination du lien de causalité dans le cadre de l'examen de décisions de gestion peut être délicate dans la mesure où il faut établir que le manquement aux devoirs procéduraux a eu pour conséquence une fausse appréciation de la situation par les organes [697]. Dans certains cas, il sera relativement aisé d'admettre que le dommage ne serait pas survenu, p. ex. lorsque les dirigeants accordent sans autres investigations un prêt à une société dont les gérants souffrent d'une réputation d'escrocs [698] ; dans d'autres, le lien de cause à effet sera plus lâche, p. ex. lorsqu'on reprochera aux membres du conseil d'administration de ne pas s'être réunis assez souvent pour exécuter leurs obligations avec diligence [699]. Le Tribunal fédéral ne semble cependant pas poser d'exigences trop sévères à la démonstration que les dirigeants auraient opté pour une solution différente s'ils avaient agi conformément à leurs devoirs [700]. Les décisions de gestion impliquent une prise de risque : il paraît approprié d'estimer qu'un manquement dans l'appréciation de ce risque est, selon l'expérience générale de la vie, apte à favoriser la survenance d'un dommage [701]. Au titre du comportement licite de substitution, le Tribunal fédéral n'admet pas que l'on puisse se libérer en arguant que le risque se serait tout de même réalisé si la société avait décidé d'investir son patrimoine autrement [702]. D'un point de vue dogmatique, une telle argumentation relève en réalité de la causalité hypothétique ; le comportement licite de substitution pourrait être admis si le défendeur parvenait à prouver que la décision aurait été la même s'il avait agi conformément à ses devoirs, ce qui revient en définitive à en démontrer l'entière opportunité.

261 Lorsqu'une décision est prise par un conseil d'administration composé de plusieurs membres, on peut se demander si le fait de n'avoir pas été présent lors de la prise de décision ayant débouché sur l'événement dommageable ou d'avoir voté contre celle-ci peut libérer l'administrateur individuel. Cette question s'apprécie sous l'angle du manquement aux devoirs de participation des membres du conseil d'administration [703]. Si celui-ci est admis [704], le dirigeant individuel ne saurait s'exonérer en affirmant que sa position personnelle n'a pas eu d'influence sur le résultat du vote [705]. Admettre le contraire reviendrait à permettre à

697 DRUEY 2003a, p. 20.
698 TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 4.2.3.
699 DRUEY 1997, p. 20.
700 Comp. TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 4.2.3.
701 TF du 25 mai 1981, X. c. J Berberat et Henauer SA, SJ 1982 221, consid. 3c : « Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, celui qui consent un prêt important sans garantie et ne s'assure pas de la solvabilité de l'emprunteur s'expose à des pertes, lui et ses créanciers ».
702 ATF 99 II 176, consid. 2a, JdT 1974 I 71 : *« Es kommt nicht darauf an, ob die Klägerin auch durch eine nicht zu beanstandende Anlegung ihres Vermögens hätte zu Schaden kommen können. Entscheidend ist, dass der eingetretene Schaden im vollen Umfange die Folge Pflichtwidrigen Verhaltens ist »*.
703 En détail à ce sujet : WATTER/PÖSCHEL 2011, p. 16 ss ; pour une appréciation sous l'angle de la faute : HaftpflichtKomm-LUTERBACHER, art. 754 CO N 83.
704 Voir à ce sujet N 84 *supra*.
705 TF 4C.201/2001 du 19 juin 2002, consid. 2.4 ; JENNY 2012, N 848.

chaque dirigeant de s'exonérer [706]. Cette règle prévaut également pour l'organe frappé d'un conflit d'intérêts [707]. Tout au plus peut-on imaginer une exonération par la démonstration de l'entière opportunité de la décision.

6. Causalité dans la surveillance

Les manquements des dirigeants dans l'exercice de leurs attributions de surveillance consistent généralement en des omissions ; la causalité s'analyse donc sous un angle hypothétique. Il faut distinguer la surveillance des personnes chargées de la gestion, soumise à l'art. 754 al. 2 CO, et les autres fonctions de contrôle. 262

6.1. Surveillance de la gestion (art. 754 al. 2 CO)

Lorsque les personnes chargées de la gestion ont manqué fautivement à leurs devoirs et causé ainsi un dommage, le lien de causalité est également présumé envers les dirigeants qui ont manqué de diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance des gérants (art. 754 al. 2 CO) [708]. Lorsque la gestion a été déléguée de manière illicite, les administrateurs chargés de la surveillance ne pourront pas se libérer en démontrant que le dommage serait survenu même s'ils avaient fait preuve du soin commandé par les circonstances [709]. Cette exception du comportement de substitution licite serait en revanche admissible en cas de manquement dans le choix, l'instruction ou la surveillance des gérants [710]. 263

En ce qui concerne la part du dommage dont doit répondre l'administrateur ayant manqué à ses devoirs de surveillance, l'art. 754 al. 2 CO prévoit que celui qui délègue la gestion répond du dommage du gérant. La responsabilité de l'administrateur qui a confié des tâches de gestion à une autre personne n'est dès lors pas limitée à la part du dommage qui aurait été évitée s'il était intervenu, respectivement s'il était intervenu plus tôt. 264

Dans le cadre de la responsabilité pour le fait des personnes à qui la gestion a été confiée, 265

706 TF 4C.201/2001 du 19 juin 2002, consid. 2.4.

707 *Contra* : MUSTAKI/URBEN 2014, p. 158 s., qui proposent une application par analogie de l'art. 691 al. 3 CO, selon lequel une décision de l'assemblée générale n'est pas annulable en cas de participation de personnes qui n'ont pas le droit de participer à l'assemblée générale, si cette participation n'a pas eu d'influence sur la décision prise.

708 BÖCKLI 2009, § 18 N 136.

709 TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 3.3 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 121.

710 TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 3.3 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 138 ; FORSTMOSER 1987, p. 100 n. 499 ; PETER/SAUERWEIN 2007, p. 161. Voir ég. TF 4A_42/2012 du 3 août 2012, consid. 6 (exception admise) ; dans cette espèce, la cour cantonale avait cependant apprécié cette question sous l'angle de l'illicéité, retenant que les malversations du gérant n'étaient pas de nature à éveiller les soupçons de l'administrateur (comp. consid. 3.1-2).

on peut encore se demander si une faute grave du gérant serait de nature à interrompre la causalité entre le manquement de l'administrateur à ses devoirs de surveillance et le dommage. Conformément à sa pratique restrictive en matière de faute concomitante, le Tribunal fédéral retient que tel n'est pas le cas [711]. Qui plus est, la personne qui assume des tâches de gestion n'est pas un tiers par rapport à l'administrateur ; l'essence même de la responsabilité dans la délégation est de rendre l'administrateur responsable du fait du gérant, raison pour laquelle une interruption du lien de causalité est exclue dans ce cas [712].

6.2. Autres fonctions de surveillance

266 Lorsque la responsabilité intervient en relation avec des fonctions de surveillance non liées à la délégation de la gestion, il s'agit, pour établir le lien de causalité, de déterminer si, et le cas échéant quelle part du dommage aurait été évitée si le surveillant avait agi conformément à ses devoirs [713]. Cette question s'accompagne nécessairement d'hypothèses sur le moment où il aurait fallu intervenir, sur les mesures qui auraient dû être prises et sur leur effet sur l'évolution du dommage [714]. On retiendra de manière générale que le dirigeant individuel ne répondra que du préjudice qu'il était effectivement en mesure d'éviter [715]. Afin de différencier la contribution de chacun au dommage, il peut être nécessaire de déterminer des cercles de causalité *(Verursachugskreise)* basés sur les attributions de chacun [716]. Dans le contexte d'une décision prise par le conseil d'administration, on peut p. ex. imaginer un groupe formé par les membres qui ont pris la décision, un autre formé par ceux à qui a été confiée l'exécution de cette décision et enfin ceux qui ont manqué à leurs devoirs de surveillance [717]. Cette approche fonctionnelle de la causalité permet de distinguer l'influence que chaque groupe a eue sur la survenance et l'évolution du dommage.

267 En matière de surveillance, le Tribunal fédéral admet l'exception du comportement licite de substitution en faveur d'un organe de révision, compte tenu de la nature « sporadique » de son activité et de la distance avec les affaires de la société, « lorsqu'il s'avère que, même si celui-ci avait agi conformément à ses devoirs et à temps, le cours des choses qui a provoqué le dommage et qui a été déclenché à l'origine par les organes exécutifs n'aurait, selon l'expérience de la vie, pas été différent ou ne se serait pas modifié avec suffisamment de

711 ATF 122 III 195, consid. 4b.
712 ATF 122 III 195, consid. 4b.
713 BÖCKLI 2009, § 18 N 426.
714 BÖCKLI 2009, § 18 N 426.
715 TF 4A_251/2013 du 11 novembre 2013, consid. 2.5.
716 BÖCKLI 2009, § 18 N 421.
717 Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 421, qui ajoute à la réflexion l'organe de révision et les administrateurs qui auraient omis d'aviser le juge en cas de surendettement (art. 725 al. 2 CO).

vraisemblance »[718]. Cette exception peut également être invoquée par un administrateur non exécutif. Toutefois, elle sera sans doute admise avec retenue, dans la mesure où le contrôle financier et la haute surveillance relèvent des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716*a* al. 1 ch. 3 et 5 CO)[719].

7. Causalité en cas de dommage de l'investisseur

7.1. Éléments théoriques

Lorsqu'un investisseur fait valoir un dommage fondé sur des informations inexactes, un lien de causalité doit exister entre la présentation inexacte des faits et le dommage subi[720]. En vertu des principes généraux, la causalité naturelle entre des informations inexactes et un dommage subi par l'investisseur est donnée si les premières ont été les conditions nécessaires du second, c'est-à-dire qu'elles ont déterminé l'acquéreur à acheter des titres à un prix surévalué et qu'il ne les aurait pas acquis, ou les aurait acquis à un prix moins élevé s'il avait connu la vérité[721]. La causalité naturelle doit dès lors être niée lorsque l'information inexacte n'est qu'un élément dans une somme d'autres informations et qu'elle ne fait ainsi que confirmer une image globale positive[722]. De même, lorsque les informations incriminées ne sont pas susceptibles d'influencer le cours ou le prix d'un titre, elles ne peuvent pas avoir causé de dommage[723]. 268

Une partie de la doctrine se sert également des notions de *haftungsbegründende Kausalität* et de *haftungsausfüllende Kausalität* dans le contexte de la responsabilité du fait du prospectus[724]. Dans ce cas de figure, la première représente le lien de causalité entre l'information inexacte et l'acte de disposition de l'investisseur ; la seconde représente le lien entre l'information inexacte et le dommage subi. 269

[718] ATF 129 III 129, consid. 8 ; voir ég. TF 4C.118/2005 du 8 août 2005, consid. 4.3. Exception rejetée *in* ATF 127 III 453, consid. 5d.

[719] Voir N 140 et 155 *supra*.

[720] ATF 132 III 715, consid. 3, JdT 2009 I 183 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 78 et les réf.

[721] TF 4C.70/2005 du 18 mai 2005, consid. 3.2.1 ; CR CO II-CORBOZ, art. 752 N 42 ; NOTH/GROB 2002, p. 1455 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 79 ; NOTH/GROB 2002, p. 1455 ; CHABLOZ 2012, N 1069.

[722] TF 4C.70/2005 du 18 mai 2005, consid. 3.2.2.

[723] BÖCKLI 2009, § 18 N 36 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 79 ; CR CO II-CORBOZ, art. 752 N 42 ; NOTH/GROB 2002, p. 1455.

[724] CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2006, p. 455 ; MÜLLER L. 2015, p. 254 ; CHABLOZ 2012, N 1067. En détail : LENOIR 2004, p. 142 ss.

7.2. Investissements privés

270 En ce qui concerne les investissements privés, le Tribunal fédéral ne semble pas poser d'exigences trop strictes à l'admission de la causalité adéquate lorsqu'un investisseur a été trompé par un bilan inexact [725] ou la confiance éveillée par l'autre partie [726].

7.3. Investissement dans une société ouverte au public

271 Pour les titres d'une société ouverte au public, il est moins évident d'établir qu'une information inexacte a été déterminante pour la décision d'acquérir des titres et la formation du prix. Comme lorsqu'il s'agit de déterminer le montant du dommage, cette question devient plus délicate à mesure que l'écart temporel augmente entre la publication des informations inexactes et l'acquisition des titres, respectivement la révélation de la vérité [727]. En effet, plus cet intervalle est grand, plus l'information inexacte sera noyée dans d'autres informations contribuant à la formation du prix [728].

272 La résolution de cette problématique est généralement abordée à l'aide du modèle théorique de la fraude sur le marché *(fraud on the market theory)*. Celle-ci repose sur l'hypothèse d'un marché efficace, qui répercute sur le cours d'un titre toutes les informations disponibles le concernant [729]. Dans ce contexte, la diffusion de faits inexacts ou la publication tardive d'une information sera de nature à causer un préjudice à tous les investisseurs, même s'ils n'ont pas pris connaissance de l'information, puisqu'elle se reflétera dans le cours du titre [730]. Cette théorie a été admise par la Cour suprême des États-Unis, qui en a tiré une présomption réfragable selon laquelle l'investisseur lésé s'est fié à l'information inexacte [731]. L'application de cette théorie en droit suisse sera traitée au chapitre consacré à la preuve [732].

---

725 TF 4C.344/1998 du 24 novembre 2000, consid. 4c. Plus mesuré : BÄRTSCHI 2001, p. 236.

726 ATF 120 II 331, consid. 6, JdT 1995 I 360.

727 BÖCKLI 2009, § 18 N 36b ; WEBER 2006, p. 163. Comp. ATF 131 III 306, consid. 2.2, JdT 2006 I 56.

728 ATF 132 III 715, consid. 3.2.1, JdT 2009 I 183 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 36b ; CHABLOZ 2012, N 1069 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 79. WEBER 2006, p. 163, précise que le seul écoulement du temps n'est pas suffisant à interrompre le lien de causalité si aucune autre information susceptible d'influencer le cours n'est publiée.

729 DAENIKER 2014, p. 397 ; MÜLLER L. 2015, p. 255 ss. Fondamentalement : GILSON/KRAAKMAN 1983, p. 549 ss.

730 DAENIKER 2014, p. 396 ; MÜLLER L. 2015, p. 257.

731 *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988), ch. 5 du dispositif. La *Fraud on the market theory* a été maintenue par la Cour suprême dans une décision du 23 juin 2014 (*Halliburton Co. et al. v. Erica P. John Fund, Inc.* 573 U.S. ___ (2014).

732 N 1097 ss *infra*.

8. Conclusion intermédiaire

Dans le contexte de la responsabilité des organes de gestion, la causalité obéit aux principes généraux en la matière. Notons en particulier la possibilité pour les dirigeants de soulever l'exception du comportement licite de substitution. Lorsqu'une décision a été prise de manière collégiale, l'administrateur individuel ne peut cependant s'exonérer en arguant que sa voix n'a pas eu d'influence sur le résultat du vote, sous peine de permettre à tous les dirigeants d'échapper à la responsabilité. 273

Les manquements dans la surveillance consistent généralement en des omissions. En cas de manquement commis par un gérant, les administrateurs chargés de la surveillance ne peuvent se prévaloir de l'exception du comportement de substitution licite que si la gestion a été déléguée de manière licite. Par ailleurs, en vertu du texte de l'art. 754 al. 2 CO, ils ne peuvent limiter leur responsabilité à la part du dommage qui aurait été évitée s'ils avaient agi conformément à leurs devoirs. Cette exception leur est en revanche ouverte dans le contexte des autres attributions de surveillance et du contrôle financier. Dans le contexte d'une répartition des tâches horizontale, il est possible d'utiliser une approche fonctionnelle de la causalité et de déterminer celle-ci en fonction des tâches assumées par chaque dirigeant (cercles de causalité). 274

L'établissement de la causalité naturelle dans le contexte de la responsabilité de l'auteur de prospectus ou fondée sur des informations inexactes fournies au marché est difficile ; en effet, il est compliqué de déterminer dans quelle mesure l'information inexacte a été la cause nécessaire du dommage, parmi les autres facteurs qui influencent la formation du cours d'un titre. Cette thématique sera traitée plus avant au chapitre consacré à la preuve [733]. 275

[733] N 1097 ss *infra*.

Chapitre 5

Faute

1. Introduction

Selon la conception traditionnelle, l'auteur d'un préjudice ne sera tenu de réparer le dommage causé que s'il a adopté un comportement que l'on peut considérer comme répréhensible [734]. L'obligation de réparer un dommage se déduit donc de l'existence d'une faute [735]. 276

Selon la théorie générale, la faute a un aspect objectif, consistant en la violation d'une norme de comportement par intention ou par négligence [736], et un aspect subjectif, qui détermine l'imputabilité de l'acte à son auteur et s'épuise, en ce qui concerne notre étude, dans la constatation de la capacité de discernement [737]. 277

La faute relève d'un acte intentionnel ou d'une négligence, qui peut être grave, moyenne ou légère. Dans le contexte des art. 41, 752 et 754 CO, la gravité de la faute n'a pas d'influence sur le fondement de l'obligation de réparer : la responsabilité est donnée même en cas de négligence légère [738]. Elle peut cependant conditionner le montant de l'indemnité à laquelle sera condamné le défendeur ; l'art. 43 al. 1 CO prévoit en effet que le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute. Dans le débat sur l'effet préventif de la responsabilité, il faut aussi se demander si ces règles 278

734 BK-BREHM, art. 41 N 168 ; OFTINGER/STARK 1995, § 5 N 13 ; FELLMANN/KOTTMANN 2012, § 3 N 528.

735 BK-BREHM, art. 41 N 166. Pour l'art. 754 CO : DAENIKER 2003, p. 529 ; BERTSCHINGER 2000, p. 198 ; PEYER 2008, p. 88.

736 FELLMANN/KOTTMANN 2012, § 3 N 526 ; BK-BREHM, art. 41 N 170 ; OFTINGER/STARK 1995, § 5 N 40.

737 Comp. CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 42 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 78 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 614 ; plus généralement : BK-BREHM, art. 41 N 179. Les auteurs qui rejettent la théorie de l'*Erfolgsunrecht* réduisent toute la thématique de la faute à la question du discernement, les aspects objectifs de la faute étant déjà pris en compte dans l'examen de l'illicéité (ROBERTO 2013, N 07.01).

738 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5 ; 4C.358/2005 du 12 février 2007, consid. 5.6 non publié *in* ATF 133 III 116.

relatives à la réduction de l'indemnité peuvent être mises à profit afin d'atténuer l'aversion des dirigeants au risque.

279 Dans le présent chapitre, nous commencerons par développer quelque peu le concept de faute objective, dont la distinction avec la condition de l'illicéité peut poser problème, en particulier en lien avec un manquement au devoir de diligence (N 280 ss *infra*). Ensuite, nous aborderons les notions d'intention et de négligence (N 284 ss *infra*). Ceci nous permettra ensuite de présenter la faute légère comme facteur de réduction de l'indemnité, qui sera traitée dans une section commune avec les autres circonstances influençant la fixation de l'indemnité (N 289 ss *infra*). Ces facteurs de réduction ont une importance particulière dans le contexte de la responsabilité des organes de la société anonyme, dans la mesure où l'art. 759 al. 1 CO permet d'en tenir compte dans la fixation des indemnités dues par chaque coresponsable solidaire dans les rapports externes [739].

2. Critère objectif de la faute : manquement à une norme de comportement

280 Selon le critère objectif, un acte est fautif lorsque son auteur n'a pas adopté le comportement que l'on peut attendre d'une personne moyenne dans les circonstances du cas d'espèce [740]. En responsabilité délictuelle, il s'agit donc de comparer le comportement de l'auteur à celui du *« bonus pater familias »* ; ce terme est une manière surannée de désigner une personne raisonnable et prudente dont l'âge et les capacités physiques correspondent à celles de l'auteur du dommage [741] ; dans le contexte de la responsabilité des organes de gestion, l'étalon sera l'administrateur raisonnable [742]. La faute s'apprécie d'après les informations dont ce dernier pouvait disposer au moment du comportement dommageable [743].

281 Puisque la faute s'apprécie de manière objective, les caractéristiques personnelles que le responsable pourrait invoquer à sa décharge ne sont pas prises en compte [744]. En particulier, la diligence attendue de l'administrateur n'est pas celle qu'il apporterait à ses

739 Voir à ce sujet les N 324 ss *infra*.

740 Comp. ATF 139 V 176, consid. 8.3.

741 Comp. BK-BREHM, art. 41 N 172.

742 TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5 ; 4C.358/2005 du 12 février 2007, consid. 5.6 non publié *in* ATF 133 III 116 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 32 ; FRICK 2003, p. 519 ; DRUEY 2003a, p. 7 ; WIEGAND 1993, p. 11.

743 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 79 ; BÄRTSCHI 2001, p. 301.

744 ATF 99 II 176, consid. 1, JdT 1974 I 71 ; 97 II 403, consid. 5b, JdT 1973 I 66 ; 93 II 22, consid. 3c, JdT 1968 I 148 ; TF 4C.201/2001 du 19 juin 2001, consid. 2.1.1. Voir ég. BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 32 ; DRUEY 2003a, p. 18 ; STAEHELIN/SARASIN 1998, p. 366.

propres affaires [745]. Ainsi, on attendra de l'administrateur qui ne dispose pas du temps ou des connaissances nécessaires pour exercer ses attributions qu'il s'adjoigne les services d'experts [746], voire renonce à son mandat en cas d'incapacité générale à exécuter ses tâches avec la diligence nécessaire [747]. Les facteurs personnels sont en revanche pris en compte lorsqu'ils sont aggravants, p. ex. lorsque l'organe recherché dispose de connaissances particulières ou d'une position spécifique dans l'entreprise [748].

La notion de faute objective renvoie directement à la diligence d'une personne raisonnable placée dans la même situation ; dans le contexte de l'art. 754 CO, la définition de la faute s'aligne donc sur celle du manquement aux devoirs [749], ce qui soulève la question de l'opportunité d'un double test sous l'angle de la faute et du manquement. En théorie, la distinction s'opère de la manière suivante : sous l'angle du manquement aux devoirs, la diligence constitue une attente abstraite ; du point de vue de la faute, l'examen de la diligence permet de tenir compte de motifs liés aux circonstances. Dès lors, le manquement serait donné si le comportement du responsable n'est pas celui attendu par l'ordre juridique [750] ; sous l'angle de la faute, il serait possible de tenir compte des raisons pour lesquelles le comportement de l'auteur du dommage s'est écarté de celui que l'ordre juridique exige d'une personne raisonnable [751]. Il s'agit donc d'apprécier séparément d'une part la diligence attendue d'une personne raisonnable dans l'exécution de son mandat (ou de ses attributions) et d'autre part le caractère répréhensible du comportement du dirigeant dans le cas concret [752]. Comme la faute s'apprécie de manière objective, l'exculpation sera toutefois exceptionnelle si le manquement aux devoirs est avéré [753]. En particulier, les circonstances liées à la position du dirigeant dans la hiérarchie, à son pouvoir d'appréciation [754], à l'opportunité d'une décision [755] ou aux conseils d'experts [756] s'apprécient déjà sous l'angle du manquement aux devoirs. Puisqu'une négligence légère suffit à admettre la faute, la qualification du manquement aux devoirs et celle de la faute sont donc presque parallèles [757]. Dès lors, l'aspect le plus important de la problématique de la faute est la possibilité de réduire

282

745 ATF 122 III 195, consid. 3a ; 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26 ; TF 4C.201/2001 du 19 juin 2001, consid. 2.1.1. Pour l'art. 41 CO : ATF 137 III 539, consid. 5.2, JdT 2012 II 256 et les réf.

746 4C.192/2003 du 13 octobre 2003, consid. 3.3.

747 ATF 97 II 403, consid. 5b, JdT 1973 I 66 ; TF 4A_248/2009 du 27 octobre 2009, consid. 8.1.

748 ATF 93 II 22, consid. 6, JdT 1968 I 148 ; TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.2, 5.3.3 ; 4C.201/2001 du 19 juin 2001, consid. 2.1.1 ; DAENIKER 2003, p. 530.

749 Voir N 48 *supra*.

750 HASENBÖHLER 2003, p. 161 s. ; BÄRTSCHI 2001, p. 306.

751 JENNY 2012, N 854.

752 WEBER 1988, p. 54 s. ; WIEGAND 1993, p. 12.

753 TF 4A_174/2007 du 13 septembre 2007, consid. 4.3.2 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 40 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 430 ; WIEGAND 1993, p. 12. Pour un exemple, voir BÄRTSCHI 2001, p. 310 s.

754 WEBER 1988, p. 56.

755 GRASS 1998, p. 136 ss ; FRICK 2003, p. 519.

756 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 32 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 449.

757 Comp. VOGT 2008, p. 30 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 49.

l'indemnité en cas de faute légère de l'auteur [758].

283 La distinction entre la faute objective et l'illicéité est également délicate dans le contexte de la responsabilité délictuelle. Une partie de la doctrine propose d'ailleurs d'abandonner ce double examen à la faveur d'une responsabilité pour les dommages causés par un manquement à un devoir général de comportement [759]. Retenons simplement que selon la conception dominante, la diligence objective implique non seulement le respect de la loi, mais aussi l'observation d'une prudence générale, voire de réglementations privées [760]. L'échelle objective de la faute, en tant que norme de comportement *(« Verhaltensmasstab »)*, est en principe plus sévère que l'illicéité, qui fixe les limites extérieures du comportement admis *(« Verhaltensgrenzen »)* [761]. Dans le contexte qui nous intéresse, il est donc permis de partir du principe qu'un manquement aux règles de comportement fixées par la législation boursière ou celle relative aux prospectus devrait également être constitutif d'une faute [762].

3. Intention et négligence

3.1. Intention

284 L'auteur d'un acte illicite agit intentionnellement lorsqu'il est conscient du résultat dommageable et souhaite sa survenue [763]. L'intention est déjà admise si l'auteur tient pour possible la réalisation du dommage et l'accepte au cas où il se produirait (dol éventuel, comp. art. 12 al. 2 i. f. CP) [764]. Agit ainsi intentionnellement l'administrateur qui établit sciemment un faux bilan, car il doit compter avec le fait que ce document sera transmis à des investisseurs potentiels qui peuvent être induits en erreur par celui-ci [765].

3.2. Négligence

285 L'auteur d'un dommage agit avec négligence lorsqu'il ne fait pas preuve de l'attention exigée

[758] Voir N 293 ss *infra*.

[759] Dans ce sens : CHAPPUIS 2012, p. 83 ss. Voir ég. ROBERTO 2013, § 04.08 ss ; FELLMANN/KOTTMANN 2012, § 2 N 312 ss.

[760] BK-BREHM, art. 41 N 170 ss.

[761] BK-BREHM, art. 41 N 178c. De ce fait, la condition de l'illicéité sert à maintenir la responsabilité dans des limites socialement raisonnables (ATF 133 III 323, consid. 5.2.3).

[762] ROBERTO 2006b, p. 153 ; voir ég. DAENIKER/WALLER 2003, p. 80.

[763] BK-BREHM, art. 41 N 192.

[764] Voir TF 4A_653/2010 du 24 juin 2011, consid. 3.2.3.

[765] TF 4C.344/1998 du 24 novembre 2000, consid. 3e/aa ; négligence grave, voire intention également admise dans cet arrêt pour celui qui transmet le bilan inexact à un investisseur potentiel en connaissance de cause.

par les circonstances [766]. Pour qu'il y ait négligence, il faut que le responsable ait pu et dû prévoir le résultat dommageable ; il suffit pour cela qu'avec l'attention et la réflexion qu'on pouvait attendre de lui, il ait dû réaliser qu'un risque concret de dommage existe [767]. Tel est notamment le cas en cas de placement à caractère spéculatif, mettant en jeu une partie importante du capital social [768].

La négligence peut ensuite être répartie en plusieurs degrés de gravité ; la jurisprudence connaît la négligence grave, la négligence moyenne et la négligence légère. 286

La négligence grave consiste en un manquement aux règles de prudence élémentaires dont l'observation s'impose à l'évidence à toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation [769]. En matière de responsabilité des organes pour les cotisations sociales (art. 52 al. 2 LAVS), le Tribunal fédéral a ainsi admis une négligence grave pour un administrateur écarté de fait de la gestion de la société, qui est resté passif au lieu d'exercer ses droits à l'information ; lorsqu'un manquement concerne des affaires qui sont clairement de son ressort, il ne peut se libérer en arguant qu'il n'avait aucune influence sur la gestion [770]. Bien que la jurisprudence en matière de responsabilité subsidiaire des organes pour les arriérés de cotisations sociales pose explicitement des exigences sévères [771], ce résultat se défend également dans le contexte de la responsabilité civile des organes. 287

La négligence moyenne est celle qui n'est ni grave ni légère [772]. La négligence légère consiste en un manquement peu grave aux règles de conduite imposées par les circonstances, caractérisée p. ex. par une inattention passagère [773]. La négligence légère ou moyenne constitue une faute légère ou moyenne, qui peut, selon le contexte, mener à une réduction de l'indemnité ; nous traiterons cette question plus avant *infra* [774]. 288

4. Facteurs de réduction de l'indemnité (art. 43 et 44 CO)

Pour des motifs d'équité, il peut se justifier de limiter l'indemnité à laquelle le responsable est 289

[766] Comp. la définition de la négligence en droit pénal (art. 12 al. 3 CP) : agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte ; l'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle.

[767] ATF 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26 ; 99 II 176, JdT 1974 I 71, consid. 1 ; TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 8.2 ; 4C.19/2004 du 19 mai 2004, consid. 1.7.

[768] ATF 99 II 176, consid. 1, JdT 1974 I 71.

[769] ATF 95 II 573, consid. 2 ; en matière de responsabilité des organes, négligence grave admise *in* TF 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.4.

[770] TF 9C_289/2011 du 8 juillet 2011, consid. 4.2.

[771] ATF 132 III 523, consid. 4.6.

[772] Voir ATF 100 II 332, consid. 3.

[773] ATF 131 III 12, consid. 4.2, JdT 2005 I 488.

[774] N 293 ss *infra*.

astreint. Pour cette raison, l'art. 43 al. 1 CO prévoit que le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute. Les circonstances pouvant entrer en ligne de compte au titre de l'art. 43 al. 1 CO sont notamment, outre la faute légère ou moyenne : le cas fortuit, la faute d'un tiers, un faible lien de causalité, le caractère imprévisible du dommage, l'action par complaisance, ainsi que la faible rémunération de l'auteur [775]. Nous développerons ci-dessous la question de la faute légère ou moyenne du responsable, de la faute d'un tiers, de la faible rémunération du responsable et du faible lien de causalité, qui sont les critères les plus importants dans le contexte de la responsabilité des organes [776].

290 L'art. 44 al. 1 CO prévoit ensuite une réduction, voire une exclusion de l'indemnité pour des faits dont le lésé doit répondre : selon cette disposition, le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. Nous développerons ici les facteurs relatifs à la faute du lésé et à son devoir de limiter le dommage. Le consentement du lésé a été traité sous l'angle de l'illicéité [777].

291 Enfin, l'art. 44 al. 2 CO prévoit la possibilité de réduire l'indemnité en équité lorsque la réparation exposerait le débiteur à la gêne ; cette réduction n'est envisageable que lorsque le dommage n'a pas été causé intentionnellement ou par négligence grave.

292 La réduction se monte en principe à un pourcentage du dommage total ; un autre mode de calcul n'est cependant pas exclu [778].

4.1. Faute légère ou moyenne du responsable

293 La faute légère se caractérise par un manquement qui ne constitue qu'un faible écart par rapport à la diligence attendue [779]. Le Tribunal fédéral mentionne ainsi l'idée d'une « inattention passagère », d'une « erreur d'appréciation bénigne survenue sous la pression des affaires » [780]. La faute moyenne est une faute qui n'est ni légère ni grave [781] ; elle peut

[775] CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 67. Voir p. ex. ATF 111 II 429, consid. 3b (cas fortuit) ; ATF 80 III 41, consid. 9, rés. JdT 1954 II 96 (imprévisibilité) ; ATF 127 III 446, consid. 4b/bb, JdT 2001 I 509 (acte de complaisance) ; ATF 127 III 453, consid. 8c/bb (faible rémunération).

[776] Voir cependant TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 8.2, réduction en raison de l'imprévisibilité du dommage envisagée, mais niée.

[777] N 51 *supra*.

[778] BK-BREHM, art. 43 N 50.

[779] SCHWENZER 2012, N 22.21 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 70 ; voir ég. ATF 139 V 176, consid. 8.3.

[780] ATF 99 II 176, consid. 2a, JdT 1974 I 71 : *« augenblicklich[e] Unachtsamkeit oder ein[e] im Drang der Geschäfte unterlaufen[e] geringfügig[e] Fehlüberlegung »*. Faute légère du réviseur niée *in* TF du 14 décembre 1999, RJJ 2000 135, consid. 7.

[781] ATF 100 II 332, consid. 3a.

également être prise en compte dans la fixation de l'indemnité [782]. L'application de l'art. 43 al. 1 CO est explicitement exclue par le Tribunal fédéral en cas de faute grave [783].

Le constat généralement partagé est que la réduction pour faute légère est rarement admise par la jurisprudence dans le contexte de la responsabilité des organes [784]. En effet, en raison de la conception objective de la faute, il n'y aurait pas de place pour une approche différenciée [785]. 294

La jurisprudence offre néanmoins quelques exemples permettant d'ébaucher ce qui constitue un écart de comportement de faible gravité ; le premier est issu du contexte de la responsabilité des organes pour les cotisations d'assurances sociales, mais illustre la notion de faute légère : à l'ATF 108 V 183, le Tribunal fédéral avait retenu que le fait de ne pas payer les cotisations sociales à temps parce que les administrateurs avaient en priorité honoré des dettes vitales pour l'entreprise ne constituait pas une faute grave dans la mesure où le sauvetage de l'entreprise n'était pas une possibilité irréaliste et que les dirigeants avaient de bonnes raisons de penser qu'ils seraient ensuite en mesure de régler leurs arriérés envers la caisse de compensation [786]. Le second arrêt concerne un manquement à l'art. 725 al. 2 CO ; dans cette espèce, la faute des administrateurs avait été considérée comme légère, car le retard excessif dans l'avis au juge en raison du surendettement était motivé par des efforts d'assainissement qui n'étaient pas dénués de chances de succès et dont l'échec était en partie dû à des facteurs externes [787]. 295

Un dernier exemple concerne un cas de responsabilité pour la surveillance des personnes chargées de la gestion ; celle-ci avait été déléguée de manière illicite, mais l'indemnité due par les administrateurs chargés de la surveillance a été réduite, compte tenu notamment de la gravité de leur faute [788]. Une telle réduction de l'indemnité due par les dirigeants chargés de surveiller les gérants pourrait également entrer en ligne de compte lorsque les organes de gestion ne sont pas en mesure d'apporter la preuve entière du soin dans le choix, l'instruction et la surveillance des gérants [789] ou lorsque le comportement d'un gérant est « plutôt imprévisible et difficile à contrecarrer par des mesures de surveillance 296

[782] Voir TF 4C.103/2005 du 1er juin 2005, consid. 3 ; BK-BREHM, art. 41 N 79 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 17 s. ; LEI RAVELLO 1992, N 271. *Contra* : FELLMANN/KOTTMANN 2012, N 2420.

[783] TF du 14 décembre 1999, RJJ 2000 135, consid. 6b.

[784] ROBERTO 2006b, p. 34 ; VOGT 2008, p. 34 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 430 ; voir ég. BK-BREHM, art. 43 N 76.

[785] BÄRTSCHI 2001, p. 303 s.

[786] ATF 108 V 183, consid. 2.

[787] TF 4C.136/2006 du 18 avril 2007, consid. 5.

[788] TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 5. Voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 447a ; BÄRTSCHI 2001, p. 311 et CJ GE du 20 février 2002, consid. 5b/aa/bbb, confirmé faute de grief *in* TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.4.

[789] BÖCKLI 2009, § 18 N 447a ; BÄRTSCHI 2001, p. 311.

appropriées »[790]. On peut également imaginer que le dirigeant incriminé puisse réduire sa faute en démontrant que le manquement est un cas isolé[791].

297 Certains auteurs soutiennent également que l'art. 43 al. 1 CO pourrait s'appliquer aux dirigeants qui se fient au travail d'un comité lorsqu'ils prennent une décision[792] ; nous considérons que cette question relève en premier lieu de l'illicéité et privilégions une approche fonctionnelle du devoir de diligence[793]. Il peut néanmoins se justifier d'envisager une réduction de l'indemnité lorsque les manquements d'un administrateur non membre d'un comité peuvent être considérés comme objectivement peu graves ou partiellement justifiables en raison de contraintes liées à l'entreprise[794].

4.2. Faute d'un tiers

298 Dans la mesure où le droit de la société anonyme admet le principe d'un partage des tâches au sein des organes dirigeants, il faut également se demander dans quelle mesure la faute d'un tiers, p. ex. un gérant ou un collègue administrateur, pourrait justifier une réduction de l'indemnité individuelle de la personne recherchée. On retiendra que cette possibilité est essentiellement théorique ; en effet, la faute s'apprécie de manière personnelle, non en comparaison avec les fautes relatives des coobligés[795]. De fait, un concours de fautes fonde au contraire la responsabilité solidaire des auteurs ; réduire les indemnités des responsables solidaires irait à l'encontre du principe de solidarité (art. 759 al. 1 CO)[796]. Une telle réduction serait théoriquement admissible si le lien de causalité adéquate était ébranlé – sans être rompu – par la faute ou le fait d'un tiers si inhabituel ou insensé qu'il en était particulièrement imprévisible[797].

4.3. Faible rémunération du responsable

299 Une réduction de l'indemnité est envisageable lorsque le responsable ne retire pas d'avantage patrimonial de la lésion. Elle a ainsi été admise par le Tribunal fédéral en lien avec la

790 CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 33.

791 Comp. TF 4C.103/2005 du 1er juin 2005, consid. 6 : faute moyenne du travailleur en raison de l'absence de preuves de manquements généraux dans la tâche qui lui était confiée. Voir ég. BJM 1993 135, consid. 9.

792 PETER/SAUERWEIN 2007, p. 163 ; CHENAUX 2008, N 90.

793 Voir N 87 *supra*.

794 Voir N 293 *supra* : « inattention passagère » ; « erreur d'appréciation bénigne survenue sous la pression des affaires ».

795 STOFFEL 2009, p. 119 ; VOGT 2008, p. 35 ; BÄRTSCHI 2001, p. 311 ; voir ég. BK-BREHM, art. 41 N 81 ; ROBERTO 2006b, p. 39.

796 ATF 127 III 453, consid. 5d ; 113 II 323, consid. 2b. Pour une appréciation plus différenciée en ce qui concerne l'organe de révision : BERTSCHINGER 2005, p. 594.

797 Comp. ATF 127 III 453, consid. 5d ; 116 II 519, consid. 4b, JdT 1991 I 634.

responsabilité d'un organe de révision officiant à titre gratuit [798]. Dans une autre affaire, la Cour de justice de Genève a notamment tenu compte du fait que des administrateurs non exécutifs n'étaient pas rémunérés pour leur mandat dans la fixation de l'indemnité [799]. La jurisprudence relative à l'organe de révision a été critiquée dans la mesure où l'organe de révision ne doit pas ses devoirs qu'à la société, mais doit également protéger les créanciers et les actionnaires [800] ; on ne saurait dès lors appliquer ce motif de réduction reposant sur l'idée que le responsable a agi sans intérêt personnel dans l'affaire (art. 99 al. 2 CO) [801]. Cette remarque vaut également pour les organes de gestion. En effet, les tâches qui leur sont attribuées de par la loi visent aussi à protéger les créanciers et les actionnaires.

4.4. Faible lien de causalité

Il est possible d'envisager une réduction de l'indemnité lorsque le lien entre la survenance du dommage et le manquement reproché à la personne est lâche [802]. Une réduction à ce titre peut à notre sens être envisagée dans le contexte de la responsabilité des dirigeants pour des manquements dans la surveillance. Pour établir le lien de causalité dans ce cas, il est en effet nécessaire de formuler diverses conjectures sur le moment où le dirigeant aurait dû intervenir, sur les mesures qu'il aurait dû prendre et sur les effets que celles-ci auraient eus sur l'évolution du dommage [803]. En raison de ce caractère éminemment hypothétique, il devrait ainsi être permis d'envisager une réduction de l'indemnité lorsque l'influence d'un comportement conforme aux devoirs sur l'évolution du dommage n'est pas claire. 300

4.5. Faute du lésé ayant contribué à créer le dommage (art. 44 al. 1 CO)

Le comportement d'une personne moyenne, prudente et raisonnable n'est pas opposable qu'au responsable. Cette norme s'applique également au lésé. En vertu de l'art. 44 al. 1 CO, une faute concomitante du lésé peut dès lors justifier une réduction de l'indemnité lorsqu'elle est en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage [804]. 301

798 ATF 127 III 453, consid. 8c/bb.
799 CJ GE 20 du 20 février 2002 consid. 5b/aa/bbb, restitué *in* TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.4.
800 CR CO II-CORBOZ, art. 755 N 27 ; VOGT 2008, p. 41 ; STOFFEL 2009, p. 120 ; ROBERTO 2005, p. 35.
801 Comp. ATF 127 III 446, consid. 4a, JdT 2001 I 509.
802 BK-BREHM, art. 41 N 53. Comp. ATF 123 III 110, consid. 3b, JdT 1997 I 791 : «*[…] geringen Intensität einer Unfallursache im Zusammenspiel mit andern* » ; TF 4C.402/2006 du 27 février 2007, consid. 5.4.
803 N 266 *supra*.
804 ATF 126 III 192, consid. 3d.

4.5.1. Faute concomitante de la société

302 Lorsque la société est dans la position du lésé, il faut se demander dans quelle mesure le comportement de ses organes lui est imputable. La jurisprudence admet ainsi une réduction de l'indemnité due par un organe de révision ayant manqué à ses devoirs en cas de faute concomitante du conseil d'administration de la société lésée [805]. Ce cas, qui peut se justifier en raison de la position « atypique » de l'organe de révision [806], ne saurait être transposé à la responsabilité des organes de gestion [807]. Cela reviendrait de fait à alléger la responsabilité des dirigeants en raison de fautes commises par leurs coresponsables solidaires, ce qui contrevient au principe de la solidarité, comme nous l'avons indiqué plus haut [808].

303 Il faut encore se demander si les organes de gestion peuvent opposer le comportement de l'assemblée générale au titre d'une faute de la société ; nous avons vu que le consentement de tous les actionnaires, d'une part, et l'exécution d'une décision prise régulièrement par l'assemblée générale, d'autre part, libèrent entièrement les responsables [809]. En principe, une « faute » de l'assemblée générale ne saurait réduire l'indemnité [810]. Selon DANIEL JENNY cependant, une réduction peut entrer en ligne de compte lorsque le conseil d'administration exécute une décision prise irrégulièrement [811] ; en raison de l'effet guérisseur associé à l'expiration du délai pour attaquer les décisions de l'assemblée générale (art. 706*a* al. 1 CO), cette exception ne devrait pas avoir de grande importance pratique.

4.5.2. Faute concomitante de l'investisseur

304 Il est permis d'attendre de l'investisseur qui envisage de souscrire des actions qu'il se renseigne sur la société. L'attention qu'il doit porter à cette évaluation dépend des circonstances du cas d'espèce : ainsi, pour un investissement de faible importance, un investisseur peut se limiter à l'analyse des documents comptables révisés fournis par la société [812]. En cas d'investissement de plus grande ampleur, voire d'une prise de contrôle, on peut attendre de l'acquéreur qu'il procède à un examen plus approfondi dans le sens d'une *due diligence*. On ne saurait en revanche lui imputer les manquements commis par les dirigeants et les réviseurs dans l'établissement et le contrôle des documents auxquels ils sont tenus par la

805 ATF 127 III 453, consid. 8c/aa. Critique : BÄRTSCHI 2001, p. 309 s.
806 Comp. ATF 129 III 129, consid. 8. Exculpation niée *in* TF 4C.118/2005 du 8 août 2005, consid. 4.4.
807 JENNY 2012, N 528 ; REBSAMEN 2015, p. 446.
808 N 298 *supra*.
809 N 53, respectivement 54 *supra*.
810 REBSAMEN 2015, p. 447.
811 JENNY 2012, N 372.
812 TF 4C.198/2000 du 28 septembre 2000, consid. 5b.

loi [813]. Cela signifie en particulier que l'investisseur doit pouvoir se fier au caractère complet et exact des documents comptables fournis par les dirigeants de la société.

Dans les sociétés ouvertes au public, la question d'une faute concomitante du lésé devrait être marginale, dans la mesure où les règles relatives au prospectus d'émission et aux informations sur le marché boursier sont justement censées protéger la confiance de l'investisseur ; il reste donc peu de place pour un devoir de l'investisseur de se renseigner en détail sur la société. 305

4.6. Faute du lésé ayant augmenté le dommage ou aggravé sa situation, ou le devoir du lésé de limiter le dommage (art. 44 al. 1 CO)

L'indemnité peut être réduite lorsque le lésé omet de prendre les mesures qui s'imposent d'après les circonstances du cas d'espèce pour limiter le dommage (art. 44 al. 1 CO) [814]. On déduit de cette exception un devoir – ou plutôt une incombance – du lésé de minimiser ou de limiter le dommage [815]. 306

Dans le contexte de la responsabilité des organes, le devoir du lésé de limiter le dommage a fait l'objet d'une interprétation très extensive par THIERRY LUTERBACHER. Cet auteur soutient que cette règle impose au lésé de faire usage de tous les moyens d'action raisonnables permettant de diminuer son préjudice avant d'agir en responsabilité contre les dirigeants [816]. Cette thèse, qui revient à admettre la subsidiarité de l'action en responsabilité – et jouit dès lors d'une certaine popularité auprès des assureurs D&O [817] – a été rejetée à juste titre par le Tribunal fédéral [818]. Il faut en effet partir du principe que le lésé a le choix entre les moyens d'actions à sa disposition, à moins qu'une hiérarchie ne ressorte de l'interprétation de la loi [819]. 307

Qui plus est, le devoir du lésé de limiter le dommage se rattache à la faute du lésé ; comme nous l'avons vu plus haut, un administrateur ne pourrait faire valoir, envers la société qui le poursuit, ses propres turpitudes ou celles des autres dirigeants [820]. Enfin, il est difficile 308

[813] TF 4C.198/2000 du 28 septembre 2000, consid. 5b. Voir ég. TF 4C.344/1998 du 24 novembre 2000, consid. 5 : faute du créancier niée lorsqu'il ne prend pas de mesures de surveillance spécifiques en l'absence de retard dans le paiement des intérêts ou d'autres signes particuliers.

[814] TF 4A_127/2011 du 12 juillet 2011, consid. 8.2. Sur la controverse quant au rattachement à l'art. 44 al. 1 ou à l'art. 42 al. 2 CO, voir BK-BREHM, art. 44 N 48a ss ; JENNY 2012, N 531 ss ; le rattachement à l'art. 44 al. 1 CO doit être privilégié dans la mesure où il s'agit d'imputer au lésé son comportement ; cette question n'est pas en lien avec l'estimation du dommage.

[815] TF 4A_127/2011 du 12 juillet 2011, consid. 8.2.

[816] LUTERBACHER 2005, p. 230.

[817] BÖCKLI 2009, § 13 N 890a.

[818] ATF 140 III 533, consid. 3.2.3. Voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 375e ; JENNY 2012, N 535.

[819] BÖCKLI 2009, N 536.

[820] N 302 *supra*.

d'imaginer des mesures de réduction du dommage que l'on pourrait opposer à l'assemblée générale [821].

309 Lorsque l'action en responsabilité concerne un dommage subi par les actionnaires, on pourra p. ex. attendre d'eux qu'ils surveillent leur investissement et prennent des mesures pour limiter leur exposition en cas d'évolution négative ; en l'absence de signes particuliers éveillant la vigilance de l'investisseur, cette incombance devrait cependant être appréciée de manière très souple [822].

4.7. Exposition du responsable à la gêne (art. 44 al. 2 CO)

310 Si l'auteur du dommage ne s'est rendu coupable que d'une négligence légère ou moyenne, le juge peut équitablement réduire l'indemnité lorsque la réparation du dommage exposerait le débiteur à la gêne (art. 44 al. 2 CO). Cette disposition repose sur l'idée qu'il ne faut pas ajouter un second malheur – le dénuement du responsable – à celui du lésé [823]. La loi ne définit pas ce qu'est la gêne au sens de l'art. 44 al. 2 CO. Selon ROLAND BREHM, il n'est pas nécessaire que le versement de l'indemnité condamne le responsable à l'aide sociale ; en revanche, il ne suffit pas qu'il soit exposé à des difficultés pécuniaires passagères [824]. La gêne implique un réel risque de détresse financière [825]. Ce risque n'existe pas, en particulier, lorsque le dommage est couvert par l'assurance responsabilité civile de l'auteur [826]. Une réduction devrait toutefois entrer à nouveau en ligne de compte si le dommage dépasse la couverture d'assurance [827]. La situation du lésé doit également être prise en compte dans l'examen des conditions de l'art. 44 al. 2 CO ; lorsqu'il est lui-même dans une situation précaire, il convient de donner la priorité au lésé [828].

311 L'art. 44 al. 2 CO pourrait trouver application en matière de responsabilité des organes, dans la mesure où une négligence légère dans l'activité de gestion peut déjà produire des dommages considérablement supérieurs au patrimoine des dirigeants. Cette relativisation

821 JENNY 2012, N 537.

822 TF 4C.344/1998 du 24 novembre 2000, consid. 5.

823 BK-BREHM, art. 44 N 48 ; il faut distinguer de ce cas les situations financières déséquilibrées des parties, qui constituent une circonstance à prendre en compte au titre de l'art. 43 al. 1 CO (ATF 104 II 184, consid. 3a ; dans le contexte de l'art. 754 al. 2 CO : TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 5). Cette exception pourrait éventuellement entrer en ligne de compte en cas d'action au titre du dommage de l'actionnaire (comp. JENNY 2012, N 545).

824 BK-BREHM, art. 44 N 70.

825 BK-BREHM, art. 44 N 70. Voir TF 4C.103/2005 du 1er juin 2005, consid. 3 : risque d'exposition à la gêne admis dans la mesure où le défendeur n'était même pas en mesure de supporter les dépens.

826 ATF 111 II 295, consid. 4a, JdT 1986 I 445 ; TF 6S.529/2001 du 18 février 2002, consid. 4.

827 Comp. BK-BREHM, art. 43 N 88a.

828 BK-BREHM, art. 44 N 78. Ce cas de figure ne devrait pas être typique de la responsabilité des organes de gestion.

du principe de la réparation intégrale est d'ailleurs citée en exemple dans la discussion relative à la responsabilité des organes en Allemagne [829].

Dans la mesure où ce facteur de réduction permet de rattacher le montant de l'indemnité à la capacité de réparation, on peut se demander si cette règle suffirait à atténuer l'aversion au risque des dirigeants. Il faut à notre avis répondre par la négative. La réduction de l'indemnité au titre de l'art. 44 al. 2 CO est facultative ; elle ne limite dès lors pas l'exposition financière des dirigeants de manière suffisamment prévisible pour encourager les dirigeants à une prise de risques dans l'intérêt de l'entreprise. La réduction de l'indemnité basée sur l'art. 42 al. 2 CO doit cependant constituer un filet de protection contre une responsabilité disproportionnée, qui ne serait socialement pas soutenable. 312

4.8. Discussion

L'exposé des facteurs de réduction de l'indemnité démontre que ceux-ci semblent jouer un rôle peu significatif dans la responsabilité des organes de gestion. Cette situation est considérée comme particulièrement problématique dans la mesure où ces facteurs de réduction sont censés permettre une relativisation de la responsabilité solidaire en application de l'art. 759 al. 1 CO. Il peut en effet paraître inéquitable que des dirigeants qui n'étaient pas immédiatement impliqués dans une affaire, mais occupaient une fonction de supervision, soient sanctionnés de la même manière que ceux qui étaient directement chargés d'une affaire en raison de la répartition interne des tâches [830]. Nous reviendrons à cette problématique au chapitre consacré à la responsabilité solidaire [831]. 313

Une autre limite à la portée pratique de la réduction de l'indemnité est le fait que la jurisprudence semble réticente à accorder des abattements importants lorsque des facteurs de réduction sont admis [832]. Là encore, la situation peut paraître insatisfaisante en raison de l'ampleur potentielle des préjudices pouvant résulter de manquements, même légers, aux devoirs des dirigeants. 314

Pour cette raison, certains auteurs appellent de leurs vœux l'introduction dans la loi de la possibilité d'exclure la responsabilité en cas de faute légère des dirigeants, aussi bien envers 315

[829] BACHMANN 2014, p. E 32, 58 ; la discussion en Allemagne est marquée par la préoccupation de ne pas exposer les dirigeants à des conséquences patrimoniales excessives (notion de *existenzgefährdende Haftung*, voir à ce sujet REICHERT 2013, p. 756 ss et les réf. citées en n. 10). *Contra* : WAGNER 2014, p. 276.

[830] BÖCKLI 2009, § 18 N 447.

[831] Voir le chap. 6 (N 319 ss) *infra*.

[832] Dans sa thèse, HARALD BÄRTSCHI indique que la réduction dépasserait rarement 30% du dommage (BÄRTSCHI 2001, p. 301 s.). Voir toutefois TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 5 (réduction à un tiers) ; TF 4C.436/2006 du 18 avril 2007, consid. 5.3 (réduction à un tiers) ; CJ GE du 20 février 2002, consid. 5b/aa/bbb, restitué *in* TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.4 (réduction à 10%).

la société qu'envers les investisseurs. Une telle modification du régime de responsabilité soulève des questions importantes qui méritent d'être traitées dans un chapitre séparé [833].

316 *De lege lata*, le constat général doit être quelque peu relativisé. La jurisprudence n'est pas totalement opposée à la réduction de l'indemnité lorsque les écarts de conduite sont faibles. En particulier, elle tient compte dans une certaine mesure de l'organisation du travail et accepte également les motifs justificatifs liés à l'activité de l'entreprise. Dans la mesure où la réduction de l'indemnité en cas de faute légère des dirigeants pourrait avoir des effets positifs sur l'aversion des dirigeants aux risques, nous pensons qu'il serait opportun que cette question bénéficie d'une attention plus marquée des juges [834]. En ce qui concerne l'ampleur des réductions, rappelons par ailleurs que la loi n'oblige pas le juge à formuler l'indemnité en pourcentage du dommage ; elle pourrait également être exprimée en une valeur absolue [835]. Il faut cependant rester conscient qu'une plus grande prise en compte des facteurs de réduction lors de la fixation de l'indemnité n'offre pas d'avantages décisifs en matière de prévisibilité des sanctions. Comme nous l'avons évoqué en lien avec l'exposition du responsable à la gêne (art. 44 al. 2 CO), la réduction de l'indemnité est facultative et dépend fortement des circonstances du cas concret. La nature même de cette relativisation du principe de la réparation intégrale exclut donc la formulation de principes généraux selon lesquels l'indemnité pourra ou devra être réduite.

5. Conclusion intermédiaire

317 La faute s'apprécie d'après un critère subjectif, qui concerne essentiellement la question de la capacité de discernement, et un critère objectif. Celui-ci se définit comme un manquement au comportement qu'il est permis d'attendre d'une personne moyenne dans les circonstances du cas d'espèce, c'est-à-dire un manque de diligence. La conception objective de la faute présente dès lors un très grand parallélisme avec la condition du manquement aux devoirs. Une exculpation du dirigeant recherché alors qu'un manquement aux devoirs a été admis serait par conséquent extrêmement rare. En responsabilité délictuelle,

833 Chap. 8 *infra*.

834 Comp. CHABLOZ 2012, N 832 ; HALLER 2008, N 242 s. ; FELLMANN 1995, p. 46 s. Sur l'importance de la fonction préventive de la responsabilité des organes, voir N 31 *supra*. VITO ROBERTO s'oppose à la prise en compte d'aspects de prévention dans la fixation de l'indemnité, puisque celle-ci concrétise simplement la prétention en réparation (ROBERTO 2013, N 31.05 ss).

835 On peut également envisager de mettre à profit la pratique qui prévaut dans le cadre la responsabilité du travailleur (art. 321e CO), où le montant de la rémunération est un critère important pour la fixation de l'indemnité (TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, consid. 4b) ; l'analogie avec la responsabilité du travailleur est développée aux N 441 ss *infra*.

la faute est un critère plus strict que celui de l'illicéité ; pour cette raison, admettre un manquement aux devoirs ou l'illicéité revient en principe à admettre également la faute.

Les réflexions relatives à la faute sont surtout importantes dans la mesure où la gravité de la faute peut justifier une réduction de l'indemnité. La faute légère du responsable semble être le facteur le plus important dans le contexte de la responsabilité des dirigeants. En revanche, la faute concomitante de tiers ou de la société lésée ne devrait jouer aucun rôle ; celui d'une faute concomitante d'un actionnaire lésé sera marginal. Pour des motifs liés à l'effet préventif de la responsabilité des dirigeants, il est important qu'une attention particulière soit apportée aux facteurs de réduction de l'indemnité en présence d'une organisation du travail raisonnable ou d'autres justifications liées à l'activité de l'entreprise. Enfin, l'art. 44 al. 2 CO doit entrer en ligne de compte comme filet de sécurité en cas de responsabilité exorbitante. Une interprétation différente des règles relatives à la réduction de l'indemnité n'aurait cependant pas d'effet décisif sur la prévisibilité des sanctions puisque leur application dépendra toujours grandement des circonstances du cas d'espèce. 318

Chapitre 6

Responsabilité solidaire

La solidarité entre les auteurs d'un même dommage joue un rôle important dans la responsabilité des dirigeants de la société anonyme. En particulier dans les grandes entreprises, le travail au sein de l'organe de gestion est en effet caractérisé par un partage des tâches important [836]. De plus, les dirigeants répondront souvent aux côtés de l'organe de révision, auquel on reprochera des manquements dans le contrôle des comptes. Il faut dès lors se demander comment cette répartition des tâches se répercute sur la responsabilité des différents acteurs impliqués. 319

Lorsque plusieurs personnes ont causé fautivement un dommage, elles en répondent en principe solidairement (art. 50 al. 1 CO), ce qui signifie que chaque coresponsable peut être recherché par le lésé pour l'entier du dommage (art. 144 al. 1 CO) et que les responsables solidaires restent obligés jusqu'à l'extinction totale de la dette (art. 144 al. 2 CO) [837]. En matière de responsabilité délictuelle, les auteurs ne peuvent pas faire valoir face au lésé leurs motifs de réduction personnels selon les art. 43 et 44 CO [838]. 320

L'art. 759 al. 1 CO modifie ce régime pour la responsabilité des organes de la société anonyme : selon cette disposition, si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsable dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances. L'art. 759 al. 1 CO permet ainsi aux responsables solidaires de faire valoir leurs motifs personnels de réduction au stade des rapports externes [839]. Cette disposition devrait s'appliquer également en cas d'action 321

836 Voir la recommandation 22 du CSBP : « Le conseil d'administration institue, dans le cadre de ses compétences et en son sein, des comités chargés d'analyser en profondeur certaines questions techniques ou de personnel » ; les recommandations 23 ss CSBP prévoient ainsi la mise en place de comités de contrôle, de rémunération et de nomination.

837 Voir CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 6 ; STOFFEL 2009, p. 106.

838 BK-BREHM, art. 50 N 40 ss.

839 L'introduction de l'art. 759 al. 1 CO, favorable aux défendeurs, a été accompagnée d'une disposition permettant au demandeur d'actionner plusieurs responsables pour la totalité du dommage et demander au juge de fixer au cours de la même procédure les dommages-intérêts dus par chacun des défendeurs (action pour l'intégralité du dommage ; art. 759 al. 2 CO). Nous aborderons cette norme dans la partie consacrée à la procédure, en particulier en ce qui concerne les allégations (N 1045 ss *infra*) et les frais (N 1209 ss *infra*).

pour le dommage de l'actionnaire, même basée sur l'art. 752 ou 41 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance [840].

322 Nous avons étudié au chapitre 2 la manière dont le partage du travail influe sur la qualification du manquement aux devoirs et donc sur le fondement de la responsabilité [841]. L'objet du présent chapitre est la manière dont ce partage du travail peut influencer la solidarité entre des coresponsables qui se seraient rendus coupables de manquements différents et, partant, l'indemnité due par chacun [842].

323 L'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 27 novembre 2014 prévoit une modification de la solidarité différenciée en limitant la responsabilité du réviseur dans les rapports externes au montant pour lequel il serait tenu dans les rapports internes (art. 759 al. 2 AP-CO 2014 ; voir ég. art. 759 al. 1bis P-CO 2007). Nous présenterons les effets que cette proposition pourra avoir sur la responsabilité des organes de gestion (N 338 ss *infra*) et examinerons également l'opportunité d'une extension de ce changement législatif aux dirigeants (N 344 ss *infra*). Enfin, nous traiterons des recours internes entre coresponsables solidaires (N 352 ss *infra*).

1. Solidarité différenciée (art. 759 al. 1 CO)

1.1. Principe et justification

324 L'idée de la solidarité différenciée part de la prémisse qu'une solidarité absolue, ne tenant pas compte de motifs personnels de réduction, est trop sévère [843]. En effet, elle a pour conséquence que la situation du défendeur individuel est moins bonne s'il est actionné avec plusieurs autres défendeurs que s'il doit se défendre seul [844]. De plus, les actions en responsabilité des organes de la société anonyme sont souvent dirigées contre le réviseur, en raison de sa solvabilité ; or la contribution de l'organe de révision à la survenance du dommage sera typiquement moindre par rapport à celle des organes de gestion [845] et il sera rarement en mesure de répercuter le trop payé sur les autres responsables dans le cadre d'une action récursoire [846].

325 L'art. 759 al. 1 CO vise à corriger cette situation problématique en limitant la réparation de chaque défendeur au montant qui lui peut être personnellement imputé compte tenu de sa

840 TF 4C.298/2000 du 21 décembre 2000, consid. 3 ; CHENAUX 2008, N 7 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 7, 13.
841 Voir en particulier N 87 et 145 ss *supra*.
842 N 324 ss *infra*.
843 Message 1983, ch. 217.4, 364.
844 Comp. ATF 97 II 403, consid. 7d, JdT 1973 I 66.
845 STOFFEL 2009, p. 108 ; moins catégoriques : BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 6.
846 Message 1983, ch. 217.2. Voir ég. ROBERTO 2006b, p. 39.

faute et des circonstances ; ainsi, chaque défendeur peut faire valoir ses motifs individuels de réduction au sens des art. 43 et 44 CO [847]. Cette disposition permet dès lors de limiter la réparation due par chaque défendeur au maximum au montant qu'il serait amené à payer s'il était actionné seul [848].

Dans ce régime de solidarité différenciée, la responsabilité solidaire n'est pas abandonnée, mais limitée au « plus petit dénominateur commun de la responsabilité pouvant être mise à la charge de la personne recherchée, compte tenu de sa faute et de l'ensemble des circonstances » [849]. Il s'agit, pour chaque défendeur individuel, de fixer un plafond à concurrence duquel il répondra solidairement [850]. Ainsi, on peut imaginer trois défendeurs dont l'un répondra de 100% du dommage, un autre sera tenu de réparer 80% du dommage en raison d'une faute moyenne et le dernier ne sera condamné qu'à 30% du dommage. L'addition des contributions de chacun donne une couverture supérieure à 100% (210%), ce qui est caractéristique de la responsabilité solidaire [851]. Cependant, le demandeur ne pourra obtenir plus de 80% du montant du dommage auprès du second défendeur et pas plus de 30% auprès du troisième [852]. 326

1.2. Mécanisme

Grossièrement, le raisonnement lié à la solidarité différenciée se déroule en deux étapes. Il s'agit tout d'abord d'établir les conditions de la responsabilité pour chaque défendeur et ensuite d'appliquer les motifs de réduction afin de fixer le plafond individuel de solidarité de chaque responsable [853]. Ces calculs s'effectuent de manière séparée pour chaque défendeur [854]. 327

1.2.1. Première étape : établir les conditions de la responsabilité

La solidarité entre coresponsables ne peut exister que dans la mesure où les conditions de la responsabilité sont remplies pour chacun d'eux. Si un défendeur n'a pas commis de manquement ou que celui-ci n'a causé qu'une partie du dommage, il ne répond pas 328

847 ATF 132 III 564, consid. 7, JdT 2007 I 448 ; TF 4A_ 468/2011 du 4 janvier 2011, consid. 1.3 ; 4C.358/2005 du 12 février 2007, consid. 5.5.1 non publié *in* ATF 133 III 116 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 14.

848 BO CN 1985 1789 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 489 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 239 ; STOFFEL 2009, p. 109 ; ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 428 s.

849 TF 4C.192/2003 du 13 octobre 2003, consid. 3.4 ; voir ég. TF 2A.252/2002 du 4 novembre 2002.

850 ATF 122 III 324, consid. 7b ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 491.

851 Comp. CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 18 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 516 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 140.

852 Comp. STOFFEL 2009, p. 116 s. ; VOGT 2008, p. 26 s.

853 TF 4A_468/2011 du 4 janvier 2011, consid. 1.3 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 5.

854 REITER 2003, p. 189 ; NOBEL 2003, p. 122 ; MÜLLER 1998, p. 285 ; ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 423.

solidairement du préjudice causé par les autres [855]. À ce stade, le juge tiendra également compte des exceptions communes à tous les coresponsables, telles que l'octroi d'une décharge, le consentement du lésé, ou une faute concomitante de celui-ci.

329 En ce qui concerne le manquement, il s'agit en particulier de se demander dans quelle mesure un ou plusieurs défendeurs peuvent se prévaloir de l'art. 754 al. 2 CO en cas de délégation de la gestion [856] ou d'une répartition des tâches au sein du conseil d'administration (art. 716*a* al. 2 CO) [857].

330 Sous l'angle de la causalité, il s'agira souvent de déterminer quelle part du dommage aurait pu être évitée en cas d'intervention en temps opportun ou l'admissibilité de l'exception du comportement de substitution licite [858].

1.2.2. Deuxième étape : appliquer les motifs de réduction individuels

331 Après avoir déterminé l'étendue de la responsabilité de chaque défendeur, le juge fixe le plafond individuel de solidarité en appliquant les motifs de réduction personnels ressortant des art. 43 et 44 CO [859]. Le facteur essentiel dans cette appréciation est la gravité de la faute [860]. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, celle-ci s'apprécie de manière individuelle ; la gravité relative des fautes des autres coresponsables n'a en principe pas d'incidence [861]. Hypothétiquement, une réduction serait toutefois envisageable si un administrateur a si habilement camouflé ses malversations que le fait de ne pas les avoir découvertes apparaît comme une faute particulièrement minime des autres membres du conseil d'administration [862]. Il faut dans tous les cas que ceux-ci aient néanmoins fait preuve d'un

855 ATF 133 III 6, consid. 5.3.4 ; 129 III 71, consid. 2.4 ; 122 III 324, consid. 7b ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 16 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 493 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 3 ; STOFFEL 2009, p. 109 s. ; ROBERTO 2006b, p. 31.

856 Voir N 145 ss *supra* ; comp. MÜLLER 1998, p. 297.

857 Voir N 87 ss *supra*.

858 Comp. STOFFEL 2009, p. 110 ; voir N 262 *supra*.

859 CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 17 ; MÜLLER 1998, p. 295.

860 Le degré de faute à partir duquel une réduction de l'indemnité est envisageable est controversé. Pour une réduction uniquement en cas de faute légère, voire très légère : CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 18 ; STOFFEL 2009, p. 118 ; pour une réduction aussi en cas de faute moyenne : BK-BREHM, art. 43 N 79 ; comp. TF 4C.103/2005 du 1er juin 2005, consid. 3. Au vu de la formulation et du mécanisme de l'art. 759 al. 1 CO, il n'y a pas de raison de traiter cette question différemment dans le contexte de la responsabilité des organes que dans le contexte de la responsabilité délictuelle générale (voir N 293 *supra*).

861 Explicitement : TF, 14 décembre 1999, RJJ 2000 135, consid. 7c/aa : « Le juge doit raisonner, pour chaque défendeur, comme s'il ne fallait s'occuper que de lui ». Voir ég. ATF 113 II 323, consid. 2b ; TF 4A_468/2011 du 4 janvier 2012, consid. 1.3 ; STOFFEL 2009, p. 119 ; DRUEY 2003a, p. 8 ; STAEHELIN/SARASIN 1998, p. 368 ; ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 423.

862 TF 4C.358/2005 du 12 février 2007, consid. 5.5.1 non publié *in* ATF 133 III 116 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 15 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 448b ; ROBERTO 2006b, p. 39 ; VOGT 2008, p. 38 s. *Contra* : BK-BREHM, art. 43 N 84.

certain sérieux dans l'exercice de leurs attributions [863]. On rappellera également la possibilité de faire valoir le faible lien de causalité entre le manquement personnel et la survenance du dommage [864].

1.2.3. Quelle solidarité en cas de réparation partielle du dommage ?

Une fois le plafond individuel de responsabilité fixé, il faut encore se demander dans quelle mesure celui qui peut se prévaloir d'un motif de réduction est libéré en cas d'indemnisation partielle du lésé par un autre débiteur. Le Tribunal fédéral semble retenir il faut appliquer la réduction à la part du dommage qui n'a pas encore été réparée [865]. À notre sens, cette méthode ne respecte pas la notion de plafond individuel de solidarité, qui correspond au montant maximal à concurrence duquel un défendeur pourra être tenu, jusqu'à satisfaction entière du demandeur [866]. De plus, elle ferait dépendre le montant qui est encore dû du « du hasard de la chronologie des actions intentées et jugées par les tribunaux » [867]. 332

1.3. Application en cas de répartition des tâches (art. 716*a* al. 2 CO) ?

De l'avis de certains auteurs, l'art. 759 al. 1 CO devrait permettre en particulier de tenir compte de la position et de la fonction du défendeur dans l'organisation de la gestion [868]. Ainsi, le plafond individuel de solidarité pourrait p. ex. être fixé de manière différente pour les dirigeants exécutifs, les administrateurs non exécutifs et l'organe de révision [869] ; lorsque la préparation d'une décision a été confiée à un comité, les autres membres du conseil d'administration bénéficieraient ainsi d'une réduction de l'indemnité s'ils se sont fiés de manière justifiée au travail du comité [870]. Nous considérons cependant que la répartition du travail doit déjà être prise en compte dans l'appréciation du devoir de diligence ; si les administrateurs se sont fiés au travail du comité et n'avaient pas de raison de douter de la 333

863 TF 4C.358/2005 du 12 février 2007, consid. 5.5.2 non publié *in* ATF 133 III 116.

864 Voir N 300 *supra*.

865 ATF 127 III 453, consid. 2a. Exemple de calcul simplifié : un coresponsable solidaire bénéficie d'une réduction de 30% (plafond individuel de solidarité à 70%) ; si le dommage total de 100 000.– a été partiellement réparé à hauteur de 90 000.- par un autre débiteur, le premier nommé sera condamné à payer 70% de la somme restante, soit 7000.– alors que son plafond individuel de solidarité se situe à 70 000.–. Relevons toutefois que dans l'arrêt cité, il n'est pas clair si les sommes déjà versées étaient prises en compte au stade du calcul du dommage (imputation des avantages, N 217 *supra*, auquel cas le dommage pertinent se rapporte effectivement à la somme encore encore en souffrance) ou du calcul de l'indemnité.

866 STOFFEL 2009, p. 113 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 518. *Contra* : HABLÜTZEL 2009, p. 59, qui retient que seul le montant du dommage non encore réparé est encore litigieux.

867 STOFFEL 2009, p. 113.

868 NOBEL 2003, p. 125 ; STOFFEL 2009, p. 116.

869 STOFFEL 2009, p. 116.

870 PETER/SAUERWEIN 2007, p. 162 s.

qualité de leur travail, on ne peut leur reprocher de manquement au devoir de diligence [871]. Comme la délimitation entre la préparation d'une décision par un comité (art. 716*a* al. 2 CO) et la prise de décision par le conseil d'administration peut être flottante et qu'il est sans doute difficile d'établir dans le cas concret jusqu'où peut aller la confiance des administrateurs non exécutifs, l'application des art. 43 et 44 CO peut cependant être envisagée dans le contexte de la répartition des tâches. Simplement, la réduction de l'indemnité n'est pas systématique, mais doit résulter des circonstances du cas d'espèce [872].

1.4. Application en cas de délégation illicite de la gestion (art. 754 al. 2 CO) ?

334 L'art. 759 al. 2 CO entre en revanche en ligne de compte lorsque la gestion a été déléguée de manière illicite, mais que les dirigeants chargés de la surveillance n'ont pas manqué à leurs devoirs dans le choix, l'instruction et la surveillance des gérants [873].

1.5. Discussion

335 On reproche parfois à la solidarité différenciée de ne pas permettre une prise en compte suffisante du partage du travail au sein des organes ; il peut en effet sembler inéquitable qu'un organe « secondaire », chargé de la surveillance, dont l'influence sur la survenance du dommage a été moins grande, en supporte les conséquences dans la même mesure que l'organe auquel une tâche été confiée [874]. Nous considérons que cette problématique relève plus de la définition des devoirs des dirigeants que de la responsabilité solidaire, du moins en ce qui concerne le partage du travail au sein des organes de gestion [875]. Quelle que soit la fonction assumée par le dirigeant individuel, la norme est l'exercice de toute la diligence nécessaire (art. 717 al. 1 CO). Une faute ne peut pas être qualifiée de légère simplement parce qu'elle a été commise dans l'exercice de fonctions de surveillance. En principe, la protection du lésé pèse plus lourd de celle des dirigeants non exécutifs qui ont commis une faute, même si elle peut paraître plus légère que celle des dirigeants exécutifs [876].

336 Les art. 43 et 44 CO ne permettent pas de tenir compte des fautes relatives de chaque défendeur – sauf cas exceptionnel [877]. Par ailleurs, l'application des art. 43 et 44 CO s'envisage

871 Voir N 87 ss *supra* ; BÖCKLI 2009, § 18 N 130b. Application de l'art. 759 al. 1 CO également jugée inefficace dans ce cas par VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÌNEZ 2004, p. 411 ; BASTIAN 2010, p. 426. Pour une application par analogie de l'art. 754 al. 2 CO : TRIGO TRINDADE 2004b, p. 34.

872 Voir N 293 *supra* : « inattention passagère » ; « erreur d'appréciation bénigne survenue sous la pression des affaires ».

873 N 296 *supra*. Voir p. ex. TF 4A_501/2007 du 22 février 2008, consid. 5.

874 WATTER/GARBARSKI 2009, p. 241 ; MUSTAKI/URBEN 2011, p. 317.

875 N 87 *supra*.

876 NOBEL 2003, p. 107 ; WIEGAND 1993, p. 4.

877 N 331 *supra* ; WEBER 2012, p. 167.

uniquement dans le cas concret ; la réparation intégrale est la règle et la réduction l'exception [878]. On ne peut donc attendre du mécanisme de la solidarité différenciée qu'il crée des distinctions claires et systématiques selon les tâches attribuées aux organes recherchés [879]. Dans cette mesure, il faut retenir que l'art. 759 al. 1 CO est interprété correctement par les tribunaux et fournit ce qu'il est permis d'attendre d'une telle disposition [880]. Notons tout de même que l'application des art. 43 et 44 CO est une hypothèse à envisager sérieusement en cas de partage des tâches et de délégation de la gestion. Dans cette mesure, l'art. 759 al. 1 CO peut contribuer à alléger le risque que les dirigeants chargés essentiellement de tâches de surveillance répondent de manquements commis par les organes exécutifs. Cette disposition peut également être comprise comme un encouragement à apprécier en détail la manière dont un organe secondaire aurait pu influencer la survenance ou l'évolution du dommage s'il avait agi conformément à ses devoirs [881]. Une telle réduction dépend toutefois grandement des circonstances du cas d'espèce.

Certains auteurs considèrent aussi que l'art. 759 al. 1 CO ne va pas suffisamment loin dans la mesure où il ne permet pas de pondérer les fautes relatives de chaque responsable [882]. Aussi, cette disposition n'a pas permis de limiter la solidarité de l'organe de révision, qui reste la cible privilégiée des actions en dommages-intérêts alors que sa contribution au dommage sera typiquement moins importante [883]. Cet aspect n'est pas problématique dans l'absolu, puisque cet élément est pris en compte dans les rapports internes (art. 759 al. 3 CO) et que le débiteur qui a trop payé peut rechercher les autres pour l'excédent (art. 148 al. 2 CO). Là où le bât blesse, c'est que les réviseurs font souvent face à des difficultés pour répercuter ensuite l'indemnité payée sur les dirigeants [884]. 337

2. Responsabilité séparée du réviseur (art. 759 al. 2 AP-CO 2014)

2.1. Modification proposée

La solidarité différenciée n'atteint pas l'un de ses buts principaux, qui est de limiter l'exposition des réviseurs à la responsabilité [885]. Ainsi, selon PETER BÖCKLI, jusqu'à 90% 338

878 BK-BREHM, art. 43 N 76 ; ROBERTO 2006b, p. 34 s. On expliquera par là la rareté des cas où l'art. 759 al. 1 CO a été appliqué, comp. GASSER 2011, p. 882 ; MUSTAKI/URBEN 2011, p. 317 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 495 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 4.

879 BASTIAN 2010, p. 426.

880 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 1 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 495 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 241 ; VOGT 2008, p. 42 ; VON DER CRONE 2006b, p. 13.

881 BÖCKLI 2009, § 18 N 446.

882 WATTER/GARBARSKI 2009, p. 241 ; MUSTAKI/URBEN 2011, p. 317.

883 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 1a ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 242 ; ROBERTO 2006b, p. 36.

884 ROBERTO 2006b, p. 37 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 241.

885 N 337 *supra*. Message 2007, p. 1512 ; Rapport 2014, p. 152.

des indemnités versées dans le cadre de procédures en responsabilité civile des organes proviennent de réviseurs. Cette réalité semble difficilement conciliable avec l'influence limitée de l'organe de révision sur les affaires sociales [886].

339 Afin d'éviter que les réviseurs supportent en définitive les risques liés aux manquements des organes, l'avant-projet du 28 novembre 2014 prévoit que les personnes soumises à une responsabilité dans la révision qui ont causé uniquement par négligence un dommage avec d'autres personnes en répondent à concurrence du montant auquel elles seraient tenues à la suite d'un recours (art. 759 al. 2 AP-CO 2014 ; voir ég. art. 759 al. 1bis P-CO 2007). Ainsi, s'il a manqué à ses devoirs par négligence, l'organe de révision répondra dans les rapports externes dans la même mesure que dans les rapports internes ; le juge devra donc en particulier tenir compte de la gravité de la faute de l'organe de révision en comparaison avec celle des autres organes [887]. Dans le résultat, la solidarité de l'organe de révision est donc supprimée [888]. La modification proposée dans l'avant-projet 2014 devrait ainsi permettre de limiter efficacement la responsabilité des réviseurs et, surtout, le risque de devoir pâtir du défaut des responsables potentiels [889].

2.2. Effets sur la responsabilité des administrateurs

2.2.1. Dans les rapports externes

340 L'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 ne modifie pas le régime de solidarité pour les administrateurs. Ceux-ci continuent de répondre solidairement du dommage causé, même pour le montant auquel le réviseur serait tenu dans les rapports internes [890]. L'introduction de l'art. 759 al. 2 P-CO aura cependant des effets sur l'exposition des dirigeants à la responsabilité. En effet, un organe de révision recherché en responsabilité cherchera, pour s'exonérer, à accabler les personnes chargées de la gestion ; les manquements des dirigeants à leurs devoirs occuperont dès lors une place importante des débats judiciaires, qu'ils soient parties ou non à la procédure [891].

341 Selon les circonstances, l'organe de révision peut avoir intérêt à dénoncer l'instance ou appeler en cause les organes dirigeants (art. 74 et 78 CPC) [892]. En effet, l'implication de

886 WATTER/GARBARSKI 2009, p. 241 s. ; BÖCKLI 2009, § 18 N 519a ; Message 2007, p. 1513.
887 Rapport 2014, p. 154 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 246.
888 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 1a ; BÖCKLI 2009, § 18 N 519f ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 246.
889 BÖCKLI 2009, § 18 N 519h ; ROBERTO 2006b, p. 39. Sceptiques : BAHAR/TRIGO TRINDADE 2008, p. 151.
890 BÖCKLI 2009, § 18 N 519i, n. 1272.
891 BÖCKLI 2009, § 18 N 519k ; GASSER 2011, p. 897.
892 WATTER/GARBARSKI 2009, p. 248. DOMINIK GASSER souligne cependant l'intérêt limité de l'appel en cause pour l'organe de révision dans la mesure où la participation des organes de gestion n'influerait pas sur la fixation de sa quote-part (GASSER 2011, p. 894) ; cet auteur évoque également le risque que l'appel en cause soit utilisé comme stratégie pour ralentir le procès.

plusieurs défendeurs devrait permettre au juge de déterminer plus précisément la quote-part de responsabilité du réviseur en pondérant sa faute par rapport à celle des dirigeants *(« Verschuldensgefälle »)*[893]. L'opportunité d'une telle intervention dépend cependant des circonstances du cas d'espèce. L'appel en cause peut aussi être une solution risquée pour le réviseur, dans la mesure où les appelés ont intérêt à tenter d'aggraver le cas du réviseur pour améliorer leur propre situation[894]. Il devra donc se battre sur deux fronts. La solution de l'appel en cause sera par conséquent intéressante surtout si le réviseur dispose d'éléments grâce auxquels il pourra démontrer que la gravité relative de sa faute est faible, voire que ses manquements ne sont pas en lien de causalité avec le dommage[895].

Un cas de figure qui semble plus réaliste est que le demandeur agisse directement contre le réviseur et les administrateurs, dans la mesure où il ne pourra généralement pas obtenir entière satisfaction auprès de l'organe de révision et où il pourra faire jouer les intérêts opposés des deux cercles de responsables les uns contre les autres[896]. La contrepartie à cette stratégie est l'augmentation des frais liés au procès pour le lésé[897]. 342

2.2.2. Dans les rapports internes

La fixation de la quotité du réviseur dans les rapports externes est un calcul virtuel ; le montant auquel le réviseur a été condamné ne pourra ensuite pas être opposé aux coresponsables solidaires dans les rapports internes[898]. Il n'en irait autrement que si le juge avait fixé dans la même procédure les rapports internes (art. 759 al. 3 CO), ce qui implique une participation des autres responsables. Il existe donc un certain risque de jugements contradictoires[899]. 343

[893] BÖCKLI 2009, § 18 N 520b ; BERTSCHINGER 2012, p. 45.

[894] BÖCKLI 2009, § 18 N 519v ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 249.

[895] BÖCKLI 2009, § 18 N 519x ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 249. Causalité de l'omission du réviseur niée p. ex. *in* ATF 129 III 129, consid. 8.

[896] BÖCKLI 2009, § 18 N 519z s.

[897] BÖCKLI 2009, § 18 N 519z s. ; voir, en lien avec l'action pour le dommage total (art. 759 al. 2 CO), N 1209 ss *infra*.

[898] Voir WATTER/GARBARSKI 2009, p. 247, qui soulignent au passage la difficulté résidant dans la fixation de la quote-part du réviseur. Voir ég. BERTSCHINGER 2012, p. 44.

[899] WATTER/GARBARSKI 2009, p. 248. Ces auteurs évoquent en particulier le risque que les dirigeants condamnés entament une action récursoire contre l'organe de révision s'ils estiment que celui-ci n'a pas suffisamment payé dans les rapports externes (WATTER/GARBARSKI 2009, p. 250). Un tel risque est essentiellement théorique. Si les administrateurs disposent de prétentions récursoires, c'est qu'ils ont vraisemblablement été impliqués dans le procès principal ; dès lors, ils ont déjà eu l'occasion d'invoquer leurs arguments à charge du réviseur. Il y a donc peu de chances que le juge du recours s'écarte de la pondération entreprise par le tribunal saisi de l'action principale.

3. *De lege ferenda* : exclusion de la solidarité pour les organes de gestion aussi ?

3.1. Modification proposée

344 La modification proposée dans l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 permettra vraisemblablement de limiter efficacement l'exposition de l'organe de révision. En ce qui concerne les membres du conseil d'administration, la situation peut apparaître moins satisfaisante. Il n'est pas rare qu'un ou plusieurs membres du conseil d'administration aient une influence déterminante sur les décisions du conseil d'administration qu'ils ont été chargés de préparer ou pour lesquelles ils disposent des connaissances particulières [900]. De même, les membres du conseil d'administration non exécutifs auront un poids moins grand que les dirigeants exécutifs sur la marche des affaires. Or la solidarité différenciée semble impuissante à exonérer les membres du conseil d'administration dont la contribution à la survenance du dommage est moins importante. Cette situation peut sembler insatisfaisante dans la mesure où l'art. 759 al. 1 CO, cette situation ne permet pas de tenir compte de la position « particulière, souvent secondaire » des administrateurs non exécutifs [901]. Pour cette raison, GUY MUSTAKI et LUCA URBEN proposent d'« externaliser » le régime de solidarité interne en généralisant à tous les organes la réglementation prévue à l'art. 759 al. 2 AP-CO 2014 : la responsabilité des défendeurs coupables de négligence serait limitée dans les rapports externes, à la somme à laquelle ils pourraient être tenus dans les rapports internes [902]. Selon ses partisans, cette règle permettrait d'éviter « une attribution ‹ aveugle › des responsabilités, y compris à des personnes n'ayant nullement failli à leurs devoirs » [903]. On ajoutera qu'elle peut prévenir le risque qu'un administrateur dont la faute est faible supporte les conséquences de l'insolvabilité des autres coresponsables [904]. Enfin, les auteurs de cette proposition prétendent qu'elle offre une économie de procédure dans la mesure où elle permettrait de se passer du procès récursoire entre les responsables solidaires (art. 759 al. 3 CO) [905].

345 La réglementation proposée affaiblit *a priori* la position du lésé puisqu'elle restreint la solidarité et l'excédent de couverture qui en découle ; en termes économiques, le risque de défaut des responsables principaux est reporté sur le lésé [906]. Pour les partisans de la relativisation de la solidarité, ce désavantage serait négligeable dans la mesure où le

900 DRUEY 2003a, p. 22 ; MÜLLER 1998, p. 294.
901 WATTER/GARBARSKI 2009, p. 246.
902 MUSTAKI/URBEN 2011, p. 322 s. ; voir ég. ROBERTO 2006b, p. 39 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 246. Pour une application uniquement en cas de faute légère : HABLÜTZEL 2009, p. 221. Voir déjà art. 759 al. 3 P-CO 1983.
903 MUSTAKI/URBEN 2011, p. 323.
904 ROBERTO 2006b, p. 40 ; HABLÜTZEL 2009, p. 211.
905 MUSTAKI/URBEN 2011, p. 320.
906 ROBERTO 2006b, p. 40.

patrimoine des dirigeants sera généralement insuffisant pour réparer le dommage subi [907]. Qui plus est, il serait compensé par le fait qu'une limitation de la responsabilité individuelle de l'administrateur améliorera ses chances d'obtenir une couverture d'assurance à des conditions raisonnables, ce qui se répercute en définitive de manière positive sur la réparation du dommage [908]. Afin que la fonction de compensation de la responsabilité des organes ne soit pas compromise, GUY MUSTAKI et LUCA URBEN proposent par ailleurs d'introduire une obligation de souscrire une assurance D&O dans la loi, sinon dans les codes de bonnes pratiques de gouvernance [909].

3.2. Discussion

L'introduction d'une responsabilité des organes de gestion limitant leur responsabilité externe à ce qu'ils seraient tenus de payer au stade des rapports internes permet sans doute de tenir compte des fonctions différentes de chacun dans la fixation des indemnités. À lui seul, cet aspect ne peut pas être déterminant pour justifier la relativisation de la solidarité proposée. La répartition des tâches au sein du conseil d'administration est à notre sens mieux prise en compte par une interprétation différenciée des *devoirs* attribués à chaque membre [910]. La nature plus ou moins secondaire de l'activité des administrateurs non exécutifs est le résultat d'un choix du législateur, qui a défini les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration à l'art. 716*a* al. 1 CO. Si elle ne correspond pas aux attentes et aux besoins de la pratique, c'est cette disposition qu'il faut modifier. 346

La limitation de la responsabilité externe au montant pour lequel les organes de gestion répondraient dans les rapports internes présente cependant un avantage dans la mesure où elle permettrait d'éviter que les organes les moins impliqués dans un manquement en supportent systématiquement les conséquences en raison de leur solvabilité. Il s'agit là d'un argument fort contre la responsabilité solidaire [911]. Une telle réglementation permettrait aussi de mieux prendre en compte le partage du travail au sein des organes de gestion, ce qui se répercuterait positivement sur l'aversion au risque des dirigeants [912]. 347

Pour autant, il ne faut pas perdre de vue que la solidarité a également une dimension procédurale. Elle doit en effet permettre au demandeur d'agir en réparation sans avoir connaissance des contributions exactes de chacun à la survenance du dommage. Cette incertitude sera écartée de fait lorsque l'action en responsabilité est introduite après la faillite de la société [913]. Hors de la faillite en revanche, la personne qui envisage l'action en 348

907 HABLÜTZEL 2009, p. 211 s. ; MUSTAKI/URBEN 2011, p. 319.
908 HABLÜTZEL 2009, p. 179 s.
909 MUSTAKI/URBEN 2011, p. 323.
910 Voir N 87 *supra*.
911 HABLÜTZEL 2009, p. 183 ; ROBERTO 2006b, p. 39.
912 HABLÜTZEL 2009, p. 212.
913 Voir ROBERTO 2006b, p. 39.

responsabilité – c'est-à-dire généralement un actionnaire [914] – a souvent un accès limité aux informations permettant d'individualiser ses conclusions [915]. L'abandon de la solidarité différenciée poserait des difficultés au demandeur dans la formulation de ses conclusions

349 Qui plus est, la responsabilité limitée à la quote-part interne compliquerait grandement les procès en responsabilité dirigés contre les organes de gestion : tout d'abord, le juge devra, avant de pouvoir allouer quelque indemnité, fixer la quotité de chaque défendeur [916]. Puisque la responsabilité externe de chacun dépend également de la quote-part des autres, les défendeurs peuvent avoir intérêt à s'accabler mutuellement pour rendre plus complexe l'attribution des responsabilités et ralentir ainsi la procédure. Un dirigeant peut par ailleurs avoir intérêt à recourir contre une décision partielle exculpant les autres défendeurs [917]. La complexification des questions à résoudre et l'augmentation des possibilités de recours conduira inévitablement à la multiplication et à l'allongement des procédures au détriment de la compensation des dommages.

350 Ce désavantage en termes de protection du lésé pourrait être compensé par une généralisation des couvertures d'assurances, ce qui accroîtrait le nombre de cas liquidés par une transaction. Selon GUY MUSTAKI et LUCA URBEN, il s'agirait là simplement de consacrer une tendance déjà existante [918]. Nous considérons que ce choix n'est pas soutenable, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, cela revient à laisser à une autorité privée le choix de déterminer qui peut devenir administrateur ou non, ce qui n'est politiquement pas défendable et constituerait une intervention indésirable dans la gouvernance de la société et le droit de l'assemblée générale d'élire les membres du conseil d'administration [919]. Ensuite, il est probable que le marché de l'assurance n'offre pas de solutions abordables pour tous les types d'activités [920]. Enfin, la surveillance des dirigeants individuels par l'assurance dépend de la forme d'assurance choisie et des moyens que celle-ci investit dans le contrôle des bénéficiaires. En toute hypothèse, l'obtention d'une couverture d'assurance n'est pas nécessairement positive du point de vue de la prévention des dommages et de l'aversion au risque [921].

351 Enfin, limiter la responsabilité des organes de gestion à leur quote-part interne n'offrirait pas d'avantage déterminant en termes de prévisibilité des sanctions dans la mesure où la

914 N 840 ss *infra*.

915 Voir à ce sujet les N 718 *infra*. Comp. Message 1983, p. 870 s. : « La publicité du régime de partage des attributions [...] constitue le fondement nécessaire à la limitation de la responsabilité en cas de délégation de pouvoirs ».

916 Comp. GASSER 2011, p. 886 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 519b.

917 Comp. ATF 119 V 86, consid. 5b. Dans le système de la responsabilité solidaire, le fait d'être seul responsable ou de répondre aux côtés d'autres personnes n'influence pas la mesure de la responsabilité dans les rapports externes, voir TF 4A_468/2011 du 4 janvier 2012, consid. 1.3.

918 MUSTAKI/URBEN 2011, p. 324.

919 LÄSER 2010, p. 310. *Contra* :MUSTAKI/URBEN 2011, p. 324.

920 LÄSER 2010, p. 310.

921 Voir N 526 *infra*.

responsabilité individuelle dépendra de la pondération des circonstances du cas d'espèce par le juge [922]. Pour ces raisons, nous considérons qu'une extension de l'art. 759 al. 2 AP-CO 2014 à tous les organes n'est pas opportune. La différenciation des responsabilités au sein des organes de gestion passe par l'approche fonctionnelle des devoirs des dirigeants et, subsidiairement, par la responsabilité différenciée, qui peut être envisagée dans le contexte de la répartition des tâches et de la délégation de la gestion lorsque la responsabilité des administrateurs non exécutifs n'a pas pu être exclue.

4. Recours internes (art. 759 al. 3 CO)

Une fois qu'une indemnité a été allouée dans les rapports externes se pose la question de sa répartition entre les responsables solidaires. L'art. 148 al. 2 CO permet à celui qui a payé plus que sa part de recourir contre les autres pour le trop payé. Alors que l'art. 148 al. 1 CO prévoit que chacun des débiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier, l'art. 759 al. 3 CO, qui règle les rapports internes dans la responsabilité des organes de la société anonyme, prévoit que le juge règle le recours entre plusieurs responsables en tenant compte de toutes les circonstances. Le juge dispose à cet égard d'un certain pouvoir d'appréciation. Les critères principaux qu'il examinera sont l'intensité des liens de causalité et des fautes ; celui dont la contribution au dommage a été la plus immédiate sera ainsi jugé plus sévèrement [923]. La répartition des tâches au sein du conseil d'administration sera dès lors prise en compte [924]. Le juge du recours n'est pas lié par l'appréciation faite dans la procédure concernant les rapports externes [925], à moins que les rapports internes et externes soient réglés dans le cadre de la même procédure, p. ex. suite à un appel en cause. 352

Sur le plan interne, les coresponsables recherchés pour l'excédent ne répondent pas solidairement envers celui qui a désintéressé le lésé [926]. Cependant, en cas de défaut d'un débiteur, l'art. 148 al. 3 CO prévoit que ce qui ne peut être récupéré de l'un des débiteurs se répartit par portions égales entre tous les autres. Conformément à la réglementation de l'art. 759 al. 3 CO, il faut retenir que la répartition ne se fait pas par tête, mais proportionnellement à la quote-part interne due par chaque coresponsable solidaire restant [927]. 353

[922] HABLÜTZEL 2009, p. 214.

[923] HABLÜTZEL 2009, p. 240 ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 520e ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 11 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 39.

[924] LÄSER 2010, p. 197 ss ; BÖCKLI 2009, § 18 N 520e ; MUSTAKI/URBEN 2011, p. 318 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 39. En détail : HABLÜTZEL 2009, p. 240 ss.

[925] CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 39 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 521.

[926] CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 73 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 523b ; STOFFEL 2009, p. 122.

[927] CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 40 ; STOFFEL 2009, p. 123 ; VOGT 2008, p. 57 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 523b.

5. Conclusion intermédiaire

354 L'art. 759 al. 1 CO modifie le régime de solidarité entre coresponsables en permettant à chacun de faire valoir ses motifs de réduction de l'indemnité au sens des art. 43 et 44 CO. Cette disposition permet en particulier de faire valoir une faute légère. Sa signification pratique est toutefois faible et ne permet en toute hypothèse pas de différencier la responsabilité en fonction du partage des tâches au sein des organes dirigeants. En effet, le fait que des organes ne soient pas chargés de tâches exécutives ne suffit pas à justifier une exculpation systématique. Dès lors, la différenciation de la responsabilité passe en premier lieu par une approche fonctionnelle des devoirs des dirigeants [928]. Une réduction selon les circonstances du cas concret devrait cependant être envisagée dans les cas limites, lorsqu'un manquement a été admis, mais que la contribution à la survenance du dommage est faible.

355 L'art. 759 al. 2 AP-CO 2014 limite la responsabilité du réviseur dans les rapports externes au montant auquel il serait tenu en raison des rapports internes. Il a été proposé d'étendre cette réglementation aux membres du conseil d'administration, ce qui permettrait également de décharger les membres non exécutifs du conseil d'administration. Étendre la réglementation de l'art. 759 al. 2 AP-CO 2014 aux personnes chargées de la gestion augmenterait de manière insupportable la complexité des procès en responsabilité. Cette modification législative ne contribuerait par ailleurs pas de manière décisive à la prévisibilité des sanctions. Elle doit dès lors être rejetée.

928 N 87 *supra.*

Deuxième partie

Limitations à la responsabilité des dirigeants

Chapitre 7

Décharge

1. Introduction

L'institution de la décharge a une influence importante sur le régime de responsabilité des administrateurs hors faillite ; outre le fait qu'elle empêche la société, ainsi que les actionnaires qui ont voté en faveur de celle-ci, d'agir en responsabilité contre ses organes de gestion, elle réduit le délai d'action des autres actionnaires à six mois (art. 758 al. 2 CO). Cette durée réduite, couplée à la longueur de la procédure de contrôle spécial, est souvent indiquée comme un facteur expliquant la rareté des actions en responsabilité hors faillite, les demandeurs potentiels ne disposant pas d'un temps suffisant pour préparer une demande en responsabilité. Dans la mesure où la décharge constitue un obstacle à l'introduction d'une action en responsabilité, elle contribue d'un autre côté à réduire la charge que représente la responsabilité pour le dirigeant. 356

L'objectif principal du présent chapitre est d'étudier l'influence de la décharge sur la mise en œuvre de l'action en responsabilité ; l'accent sera dès lors mis sur les questions relatives à sa portée. Après avoir défini sa nature (N 358 ss *infra*), nous présenterons les modalités du vote de décharge (N 368 ss *infra*). Ensuite, nous nous intéresserons à son étendue du point de vue personnel, matériel et temporel (N 379 ss *infra*). La section 5 (N 410 ss *infra*) sera consacrée à l'influence de la décharge sur la mise en œuvre de la responsabilité, en particulier dans le contexte de la préparation d'une action en responsabilité oblique à l'aide d'un contrôle spécial. Nous intégrerons à cette section l'analyse de l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014, qui prévoit des aménagements à l'institution de la décharge. Enfin, nous évoquerons les conséquences éventuelles d'un vote de décharge négatif (N 426 *infra*) et terminerons par une analyse du rôle de la décharge dans l'effet préventif de la responsabilité (N 427 ss *infra*). 357

2. Nature de la décharge

2.1. Définition

358 Le Tribunal fédéral définit la décharge comme « une décision de la société ayant le caractère de ‹ reconnaissance de dette négative ›, constatant l'absence de prétention de la société contre les administrateurs en raison de leur gestion pendant l'exercice considéré. Elle peut également avoir le caractère de renonciation de la société à faire valoir une prétention, éventuelle ou effective, contre les administrateurs » [929].

359 Cette double définition répond à deux hypothèses [930] : soit la gestion des dirigeants pendant l'exercice considéré a été irréprochable et aucune prétention en responsabilité n'existe contre eux, soit elle a été marquée par des irrégularités fondant potentiellement des prétentions en responsabilité. Dans les deux cas, la décision de décharge soulage – dans une certaine mesure – les administrateurs de l'incertitude liée à l'introduction d'éventuelles actions en responsabilité en raison de leur gestion [931].

2.2. Nature juridique

2.2.1. Éléments de la décharge

360 Plusieurs éléments découlent de la définition donnée par le Tribunal fédéral.

361 Du point de vue du droit de la société anonyme tout d'abord, la décharge est une décision de l'assemblée générale, comptant parmi ses attributions inaliénables (art. 698 al. 2 ch. 5 CO), prise à la majorité simple des voix attribuées aux actions représentées (art. 703 CO), à l'exclusion des voix des personnes ayant coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales (art. 695 CO) [932]. Cette décision est annulable aux conditions de l'art. 706 CO, en particulier si l'art. 695 CO n'a pas été respecté [933]. Notons toutefois que le Tribunal fédéral considère qu'un actionnaire n'a pas d'intérêt digne de protection à l'annulation de la décision de décharge si la probabilité que la société décide ensuite d'agir en responsabilité contre ses administrateurs est nulle [934]. Nous nous opposons à cette interprétation dans la mesure où, contrairement à ce que soutient le Tribunal fédéral, la situation de l'actionnaire ayant voté contre la décharge s'améliore sensiblement avec toute prolongation du délai à disposition

929 ATF 95 II 320, consid. IV.1 ; voir ég. ATF 118 II 496, consid. 5b ; 90 II 490, consid. 4 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 78. En détail : OULEVEY 2008, p. 133 ss.
930 MEIER-WEHRLI 1968, p. 114 s.
931 HÄNNI 2015, p. 122 ; GLANZMANN 2000, p. 173 ; OULEVEY 2008, p. 92 ; METZLER/SCHMUKI 2001, p. 948.
932 Sur les modalités du vote de décharge, voir les N 368 ss *infra*.
933 TF 4C.107/2005 du 29 juin 2005, consid. 2.2.
934 TF 4A_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.2.

pour préparer une action en responsabilité et où l'actionnaire minoritaire n'a pas à pâtir d'un vice causé par les errements de la majorité ou de la société [935].

Sous l'angle de la théorie générale des obligations ensuite, la décharge est un acte juridique unilatéral [936] ; selon la conception du Tribunal fédéral, il s'agit d'une manifestation de volonté tendant à renoncer à faire valoir une prétention ou à constater son absence, dont le contenu doit être interprété à la lumière du principe de la confiance (renvoi de l'art. 7 CC) [937]. En tant que telle, elle peut être soumise à des restrictions ou des conditions [938]. Cependant, selon la jurisprudence, la portée de la décharge doit s'interpréter de manière étroite [939]. La formulation et le contexte de la décision de décharge doivent dès lors permettre d'identifier avec une certaine précision les personnes, la période et les faits visés. 362

Enfin, en procédure civile, la décharge offrirait à l'administrateur une objection opposable à la société et à l'actionnaire dans le contexte d'une action en responsabilité [940]. Il revient à l'administrateur qui se prévaut de la décharge de prouver sa validité ,en particulier qu'elle couvre les faits fondant l'action en responsabilité dirigée contre lui [941]. 363

2.2.2. Critique de la nature juridique de la décharge

Le Tribunal fédéral, ainsi qu'une partie de la doctrine, considèrent que la décharge fait disparaître les éventuelles prétentions en responsabilité de la société [942]. Cette définition est toutefois discutée. Certains auteurs retiennent ainsi que la décharge constitue une renonciation à l'action en responsabilité plutôt qu'une renonciation à la prétention [943]. Cette approche a l'avantage d'être conforme au texte de l'art. 758 al. 2 CO, qui mentionne « le droit [...] d'intenter action » des actionnaires n'ayant pas voté en faveur de la décharge ; en matière d'interprétation des règles du droit de la société anonyme, la jurisprudence retient 364

935 HARI/HÄNNI 2014, N 75.

936 ATF 51 II 65, consid. 3.

937 ATF 95 II 320, consid. IV.2 ; WATTER/DUBS 2001, p. 909.

938 ATF 78 II 55 ; WATTER/DUBS 2001, p. 909.

939 ATF 95 II 320, consid. IV.2. Voir ég. MEIER-WEHRLI 1968, p. 126.

940 BÖCKLI 2009, § 18 N 452a ; OULEVEY 2008, p. 167 ; WATTER/DUBS 2001, p. 913. Si l'on admet, comme nous le faisons (N 364 ss *infra*), que la décharge agit sur le droit d'action de la société et non sur sa prétention, la décharge devient à notre avis une défense de procédure (voir en détail N 1041 s. *infra*).

941 Dans le résultat : TF 4A_155/2014 du 5 août 2014 ; JENNY 2012, N 287. Voir N 1107 *infra*.

942 ATF 128 III 142, consid. 3b, JdT 2005 I 67 ; VON DER CRONE 2014, § 5 N 36 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 758 N 2 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 132 ; METZLER/SCHMUKI 2001, p. 947 ; KUNZ 1993, p. 156 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 80, ainsi qu'apparemment ZK-TANNER, art. 698 N 129 ; WATTER/DUBS 2001, p. 910.

943 JENNY 2012, N 286 ; OULEVEY 2008, p. 153 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 452c ; BACHMANN 2003, p. 502 ; BARBEY 1949, p. 56 s. Dans le même sens : MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2015, § 16 N 579 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 698 N 30 ; GARBARSKI 2006, p. 212 ; LEU/VON DER CRONE 2013, p. 208 ; BÄRTSCHI 2001, p. 322, ainsi qu'apparemment ISLER/SCHOTT 2010, p. 213 ; CR CO II-CORBOZ, art. 758 N 1 ; NIKITINE 2007, p. 91.

cependant qu'il faut accorder une plus grande importance au but et au sens des règles plutôt qu'à leur texte, celui-ci étant parfois imprécis, lacunaire, voire incohérent [944].

365 La systématique légale parle toutefois également en faveur d'un effet portant uniquement sur le droit d'agir, puisque l'art. 758 al. 1 CO se trouve au sein de la section consacrée à la mise en œuvre procédurale des prétentions de la société [945]. Dès lors, la décharge restreint avant tout le cercle des personnes légitimées à agir sur la base des prétentions nées de la relation entre la société et ses organes [946].

366 Cette interprétation s'impose aussi lorsqu'on considère la décharge en relation avec la nature juridique de l'action oblique (art. 756 al. 1 CO). En effet, la persistance temporaire du droit d'agir des actionnaires qui n'ont pas approuvé la décharge (art. 758 al. 2 CO) s'explique mieux lorsqu'on ne considère pas celle-ci comme un abandon de la prétention, mais comme une renonciation à l'action. Autrement, il faudrait admettre que chaque actionnaire dispose d'une prétention autonome en responsabilité [947]. Cette construction nous paraît cependant hasardeuse puisque les fondements de cette action restent les mêmes que ceux de l'action sociale [948]. Surtout, cela signifierait que le législateur souhaite étendre, par le biais de l'art. 758 al. 2 CO, l'effet de la manifestation de volonté de l'assemblée générale à des prétentions dont des tiers (les actionnaires) sont titulaires, ce qui semble difficilement conciliable avec le principe de la relativité des actes juridiques [949]. La théorie générale des obligations pose d'ailleurs un dernier obstacle à la conception de la décharge comme une renonciation à la prétention. Celle-ci étant considérée comme un acte juridique unilatéral [950], elle ne saurait emporter l'extinction de la prétention en responsabilité, la renonciation unilatérale à une créance n'étant en général pas admise [951].

367 En définitive, l'interprétation de l'art. 758 CO rend manifeste le fait que la décharge n'emporte pas l'extinction de la prétention en responsabilité de la société, mais constitue simplement une renonciation de la société, des actionnaires qui ont voté en faveur de la décharge et des actionnaires qui ont acquis leurs actions après la décision en connaissance de cause, à l'action qui leur est conférée par l'art. 756 al. 1 CO. La controverse sur la nature juridique de la décharge a cependant peu d'influence sur la portée pratique de cette institution : le résultat principal d'une décharge valable est de restreindre les possibilités d'agir pour le dommage de la société.

---

944 ATF 117 II 432, consid. 1b/bb, JdT 1993 I 72.
945 Voir N 856 *infra*.
946 BARBEY 1949, p. 55 ; dans le même sens : BERTI 1990, p. 442 ss.
947 Dans ce sens, GRAF 2012, p. 391.
948 Voir à ce sujet les N 848 ss *infra*.
949 OULEVEY 2008, p. 89.
950 ATF 51 II 65, consid. 3. Voir la critique en détail de l'approche contractuelle *in* OULEVEY 2008, p. 84 ss. D'un autre avis : JENNY 2012, N 286, qui retient une nature contractuelle ou quasi-contractuelle.
951 CR CO I-PIOTET, art. 115 N 3 ; OULEVEY 2008, p. 153 ; ZK-AEPLI, art. 115 N 5 et les réf.

3. Modalités du vote de la décharge

3.1. Décision de décharge

L'octroi de la décharge fait partie des attributions inaliénables de l'assemblée générale (art. 698 al. 2 ch. 5 CO). Sauf clause statutaire contraire, elle prend cette décision à la majorité absolue des voix représentées. La décharge peut être votée lors de l'assemblée générale ordinaire ou d'une assemblée générale extraordinaire [952]. 368

La décision de décharge est en principe prise lors de l'assemblée générale ordinaire suivant l'exercice sous revue ; il n'est cependant pas exclu de repousser le vote lorsque la situation factuelle ou juridique n'est pas suffisamment claire pour permettre à l'assemblée générale de voter de manière éclairée, voire pour calmer les esprits [953]. 369

Conformément à l'art. 700 al. 3 et 4 CO, la décharge doit être explicitement inscrite à l'ordre du jour [954]. La décharge est un point autonome à l'ordre du jour ; l'approbation des comptes annuels ne saurait en aucun cas être considérée comme une décharge pour la période en question [955]. 370

En principe, la décharge est votée en bloc pour tous les membres du conseil d'administration [956]. Il est également possible de procéder à un vote individuel pour certains ou tous les membres du conseil d'administration [957]. Le cas échéant, les modalités du vote ne doivent pas nécessairement être prévues à l'ordre du jour ; elles entrent dans le cadre de l'exercice du droit de proposition des participants à l'assemblée générale [958]. 371

3.2. Exclusion des personnes ayant coopéré à la gestion (art. 695 al. 1 CO)

Les personnes qui ont « coopéré d'une manière ou d'une autre à la gestion des affaires sociales » (art. 695 al. 1 CO) ne peuvent pas participer au vote de décharge. Les personnes visées par cette disposition sont celles qui pourraient faire l'objet d'une action en responsabilité selon l'art. 754 CO, soit celles qui faisaient partie des organes de gestion au moment des faits sous revue [959]. L'interdiction ne frappe dès lors l'actionnaire majoritaire que s'il 372

[952] ISLER/SCHOTT 2010, p. 204 ; FORSTMOSER 1987, N 411 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 17. *Contra*, en raison du déficit d'information possible lors d'une AG extraordinaire : OULEVEY 2008, p. 273.

[953] ISLER/SCHOTT 2010, p. 200 ; WATTER/DUBS 2001, p. 914. À titre d'exemple, UBS SA a repoussé le vote de décharge relatif aux exercices 2007 et 2008 à 2010.

[954] OULEVEY 2008, p. 276 s.

[955] TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006, consid. 3.2.8.3 ; OULEVEY 2008, p. 119 ss.

[956] ISLER/SCHOTT 2010, p. 205 ; WATTER/DUBS 2001, p. 914 s. ; voir ég. la recommandation 7, 3e tiret du CSBP.

[957] Voir ISLER/SCHOTT 2010, p. 205 s. ; CR CO II-CORBOZ, art. 758 N 1.

[958] WATTER/DUBS 2001, p. 915.

[959] WATTER/DUBS 2001, p. 915 ; ISLER/SCHOTT 2010, p. 206 s. ; OULEVEY 2008, p. 309.

remplit les conditions pour être qualifié d'organe de fait [960]. De même, la personne morale qui délègue un représentant au sens de l'art. 707 al. 3 CO n'est pas autorisée à participer au vote de décharge [961]. La légitimation passive de l'action en responsabilité étant transmissible, l'interdiction s'étend aussi aux héritiers de l'administrateur visé par la décharge [962].

373 L'art. 695 CO précise que les personnes qui ont coopéré à la gestion ne peuvent pas « prendre part » au vote. Dès lors, leurs voix sont considérées comme non représentées [963]. Par ailleurs, les organes de gestion ne sont pas non plus habilités à représenter les actions d'un autre actionnaire [964]. Il ne leur est cependant pas interdit d'exercer leurs autres droits sociaux, en particulier le droit de proposition et le droit de participer aux délibérations [965].

374 Dans le cas particulier d'une société unipersonnelle, bien que la décharge ne puisse pas être formellement valable en raison de l'art. 695 CO, les actes de l'actionnaire-administrateur sont automatiquement considérés comme couverts par la décharge (décharge par acte concluant ou application du principe du consentement du lésé) [966].

3.3. Exclusion du privilège de vote (art. 693 al. 3 ch. 4 CO) ?

375 Comme la décision de décharge se trouve en lien évident avec la décision d'intenter ou non une action en responsabilité, il faut se demander si elle ne devrait pas être soumise à la règle de l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO, qui exclut le privilège des actions à droit de vote privilégié lorsque l'assemblée générale doit se prononcer sur l'ouverture d'une action en responsabilité.

376 Cette question est controversée en doctrine. La majorité des auteurs souligne que la décision de décharge et celle d'introduire une action en responsabilité sont deux choses différentes et que, partant, les privilèges de vote doivent s'appliquer [967]. Il n'en irait autrement que si le vote de décharge concernait une affaire particulière [968]. Pour d'autres, l'acceptation de la décharge revient à décider de ne pas agir en responsabilité ; dès lors, cette décision devrait être prise selon les mêmes modalités que celle relative à l'introduction d'une action

960 OULEVEY 2008, p. 326 ; ISLER/SCHOTT 2010, p. 209 ; CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 331 ss. ROLF WATTER et DIETER DUBS excluent également le droit de vote d'une personne morale dominée par une personne dont la responsabilité est en jeu (WATTER/DUBS 2001, p. 921).

961 ATF 118 II 496, consid. 5b.

962 ATF 118 II 496, consid. 5a. XAVIER OULEVEY souhaiterait encore étendre l'exclusion du droit de vote aux proches de l'administrateur, ainsi qu'aux actionnaires dépendants de la société (OULEVEY 2008, p. 340 ss).

963 ISLER/SCHOTT 2010, p. 211 ; OULEVEY 2008, p. 305 ; WATTER/DUBS 2001, p. 919.

964 ATF 128 III 142, consid. 3b, JdT 2005 I 67, approuvé par ISLER/SCHOTT 2010, p. 207 ; OULEVEY 2008, p. 334. D'un autre avis : METZLER/SCHMUKI 2001, p. 946 ; WATTER/DUBS 2001, p. 919.

965 OULEVEY 2008, p. 305 ; WATTER/DUBS 2001, p. 915.

966 Voir BÖCKLI 2009, § 18 N 455 ; ISLER/SCHOTT 2010, p. 210 ; METZLER/SCHMUKI 2001, p. 948, ainsi que l'ATF 131 III 640, consid. 4.2.1, JdT 2006 I 146 ; TF 4C.397/1998 du 15 juin 1999, consid. 2b/bb, SJ 1999 I 481.

967 BÖCKLI 2009, § 18 N 452e ; ZK-BÜRGI, art. 694 N 44 ; FORSTMOSER 1987, N 415, 792.

968 BÖCKLI 2009, § 18 N 452e.

en responsabilité [969]. Nous nous rangeons à l'opinion de la minorité. En effet, bien qu'ayant laissé cette question précise indécise, le Tribunal fédéral considère que l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO doit s'appliquer aux décisions qui permettraient aux actionnaires à droit de vote privilégié de disposer matériellement de la prétention en responsabilité contre la volonté de la majorité du capital [970]. Vu sa nature juridique, il faut admettre que la décharge constitue un tel acte de disposition, au moins du point de vue matériel [971].

3.4. Vote de décharge vicié

Un vice dans la décision octroyant la décharge, en particulier la participation des organes au vote (art. 695 al. 1 CO), rend cette décision annulable en vertu des art. 706 s. CO, mais non nulle [972]. Ainsi, une décharge votée par une assemblée générale dont tous les participants sont aussi organes de la société est guérie par l'écoulement du délai de l'action en annulation (art. 706*a* al. 1 CO) [973]. 377

L'annulation de la décharge n'est pas nécessaire lorsque des faits n'ont pas été révélés ou que des actes de gestion ont été présentés de manière trompeuse. Le cas échéant, ils ne sont pas couverts par la décharge en vertu de l'art. 758 al. 1 CO [974]. 378

4. Portée de la décharge

La portée de la décharge dépend de critères personnels, matériels et temporels. Elle ne produit toutefois ses effets que dans un cadre strict, qu'il s'agit de délimiter dans un premier temps. 379

4.1. Délimitation générale

La décharge ne vise que les prétentions de la *société* fondées sur la *responsabilité des organes*. D'éventuelles prétentions contractuelles ou fondées sur d'autres dispositions du droit des 380

969 WATTER/DUBS 2001, p. 916 ss ; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 698 N 25 ; OULEVEY 2008, p. 292 ss ; PICENONI 1945, p. 81 ss.

970 ATF 132 III 707, consid. 3.1 s., JdT 2007 I 61.

971 À l'appui de la thèse inverse, on relèvera que le droit d'agir des actionnaires ayant voté contre la décharge ne s'éteint qu'après six mois (art. 758 al. 2 CO) ; cet argument ne peut toutefois pas être déterminant au vu des obstacles juridiques et économiques à la mise en œuvre de la responsabilité par une action oblique (voir not. N 540 ss et 1219 ss *infra*).

972 TF 4C.107/2005 du 29 juin 2005, consid. 2.3.

973 TF 4C.107/2005 du 29 juin 2005, consid. 2.3. Voir cependant METZLER/SCHMUKI 2001, p. 948.

974 WATTER/DUBS 2001, p. 923. Voir les N 384 ss *infra*.

sociétés (p. ex. l'art. 678 CO) ne sont pas touchées par elle, pas plus que les prétentions d'actionnaires au titre de leur propre dommage [975].

381 Pour le bon ordre des choses, précisons encore que la décharge est un acte interne à la société : elle n'est dès lors opposable ni aux créanciers, ni à la masse en faillite [976]. De même, elle ne libère pas les dirigeants d'une éventuelle responsabilité pénale ou fondée sur le droit public (p. ex. au titre de l'art. 52 al. 2 LAVS).

4.2. Portée personnelle

382 Selon l'art. 698 al. 2 ch. 5 CO, la décharge est donnée aux membres du conseil d'administration. Elle est ainsi généralement accordée en bloc à tous les membres du conseil d'administration [977]. Les effets de la décharge se produisent cependant sur la relation juridique individuelle entre la société et chaque administrateur individuel [978]. Ainsi, il est possible de refuser le bénéfice de la décharge à un administrateur, que ce soit en l'excluant du vote global ou en procédant à un vote individuel pour chaque membre du conseil d'administration [979].

383 À l'inverse, il est possible d'étendre la décharge à d'autres personnes chargées de la gestion, p. ex. la direction, mais aussi les organes de fait [980]. Toutefois, l'exigence de délimiter clairement l'étendue de la décharge interdit à notre sens une extension générale de la décharge aux « personnes chargées de la gestion ». On ne saurait admettre sans autre que des organes matériels dont les attributions ne ressortent pas des informations à disposition des actionnaires, en particulier du règlement d'organisation (art. 716*b* al. 1 et 2 CO), puissent se prévaloir de la décharge [981].

4.3. Portée matérielle

4.3.1. Décharge générale et spéciale

384 Sur le plan matériel, une distinction est parfois opérée entre la décharge dite « générale », qui vise l'ensemble de la gestion dans la période sous revue, et la décharge « spéciale », qui

975 OULEVEY 2008, p. 95 s. Cette limitation doit être prise en compte en particulier lorsque l'octroi de la décharge est envisagé dans le cadre d'une acquisition de la société (HÄNNI 2015, p. 123 n. 20 ; WATTER 1990, N 561).

976 ATF 136 III 148, consid. 2.5 ; 132 III 342, consid. 4.1, JdT 2007 I 51 ; 122 III 166, consid. 3a, JdT 1998 II 130 ; 117 II 432, consid. 1b/gg, JdT 1993 I 72. *Contra* : GRAF 2012, p. 392 .

977 ISLER/SCHOTT 2010, p. 205 ; voir ég. la recommandation 7, 3e tiret du CSBP.

978 OULEVEY 2008, p. 113 ; WATTER/DUBS 2001, p. 915.

979 ISLER/SCHOTT 2010, p. 205 s. ; CR CO II-CORBOZ, art. 758 N 1.

980 ISLER/SCHOTT 2010, p. 201 ; OULEVEY 2008, p. 103 ss ; WATTER/DUBS 2001, p. 909 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 23.

981 Comp. ISLER/SCHOTT 2010, p. 201.

vise explicitement certaines affaires [982]. Il est également possible de moduler la décharge générale en y incluant ou en en excluant certaines affaires spécifiques [983].

4.3.2. Limitation aux « faits révélés »

Indépendamment de la nature générale ou spéciale de la décision, l'art. 758 al. 1 CO limite les effets de la décharge aux « faits révélés » : elle ne peut être donnée que pour les faits connus de l'assemblée générale au moment du vote, les faits inconnus étant exclus [984]. Cette restriction, explicitement ancrée dans la loi depuis la révision du droit de la société anonyme de 1992 [985], découle du principe de la confiance [986]. 385

Selon la jurisprudence, la décharge couvre tous les faits dont les actionnaires ont ou devraient avoir connaissance, quelle que soit la source de ces informations [987]. En plus de la reddition de comptes à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire, on accordera notamment une attention particulière aux faits inclus dans les communications aux actionnaires ou dans la publicité événementielle [988], voire à ceux divulgués dans le cadre d'une *due diligence* en marge de la cession d'une société privée [989]. Notons toutefois que les faits doivent avoir été portés à la connaissance de tous les actionnaires de la société [990]. Les faits qui sont entièrement passés sous silence ou présentés de manière trompeuse ne sont pas couverts [991]. 386

Le Tribunal fédéral estime que les faits sont « révélés » lorsqu'une personne raisonnable non versée dans les affaires [992] contrôlant son placement est en mesure de se rendre compte de leur portée en termes de responsabilité [993]. Dans l'absolu, il faudrait donc qu'un actionnaire profane dispose au moins de certains éléments lui permettant d'apprécier le comportement du conseil d'administration quant au respect de ses devoirs et à l'existence d'un éventuel dommage pour que la décharge produise ses effets. En regard du principe de la confiance, 387

982 WATTER/DUBS 2001, p. 910. Contre l'admissibilité d'une décharge spéciale : OULEVEY 2008, p. 98 ss.
983 WATTER/DUBS 2001, p. 910. Voir p. ex. ATF 95 II 320, D.
984 ATF 78 II 55 ; TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006, consid. 3.5 ; FORSTMOSER 1987, N 453.
985 RO 1992 733.
986 ATF 78 II 55 ; WATTER/DUBS 2001, p. 911.
987 ATF 95 II 320, consid. IV.3 ; TF 4C.107/2005 du 29 juin 2005, consid. 3.2. La jurisprudence ancienne excluait en revanche les connaissances « privées » des actionnaires (ATF 65 II 2, consid. 4b).
988 CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 336.
989 Comp. ISLER/SCHOTT 2010, p. 204.
990 TF 4C.107/2005 du 29 juin 2004, consid. 3.2 ; OULEVEY 2008, p. 200 ; CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 336.
991 FORSTMOSER 1987, N 439 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 99.
992 La jurisprudence ancienne se référait à la figure du « père de famille contrôlant son placement » (ATF 65 II 2, consid. 4.1.c.) ; nous avons choisi de nous affranchir de cette formulation dépassée.
993 ATF 95 II 320, consid. IV.1 ; 65 II 12, consid. 4.1.c ; WATTER/DUBS 2001, p. 912 ; CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 336. Nuancé : OULEVEY 2008, p. 186. En détail : BARBEY 1949, p. 107 ss.

une échelle plus sévère est admissible lorsque tous les actionnaires sont versés dans les affaires [994].

388 Lorsqu'il s'agit de déterminer si un acte de gestion particulier soulevant des questions de responsabilité est couvert par la décharge, il faut envisager deux hypothèses : premièrement, on peut imaginer que l'affaire a été spécifiquement portée à la connaissance des actionnaires, soit dans le cadre de l'assemblée générale, soit auparavant. Deuxièmement, on peut imaginer que la décision de décharge est prise dans le cadre de la reddition de comptes générale et fait suite à l'approbation du rapport annuel et des comptes annuels (art. 698 al. 2 ch. 3 et 4 CO) sans que l'acte de gestion problématique ait été explicitement mentionné.

a) Faits connus dans les grandes lignes

389 Dans l'hypothèse où un acte de gestion particulier a été évoqué, la jurisprudence retient que la décharge est valable si les circonstances pertinentes de l'affaire sont connues des actionnaires dans leurs grandes lignes au moment du vote, sans que leur importance ait été minimisée ou que les actionnaires aient été autrement trompés par la présentation des faits [995]. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'acte n'est pas couvert par la décharge. Pour que la décharge soit valable, les actionnaires doivent être informés non seulement des circonstances, mais aussi de leur importance en termes de responsabilité : ils doivent connaître au moins globalement les faits en lien avec un éventuel manquement aux devoirs (p. ex. une stratégie de placement spéculative ou un conflit d'intérêts) et un éventuel dommage (généralement une perte plus ou moins importante) [996]. Les mêmes principes doivent s'appliquer en cas de décharge spéciale, visant explicitement un acte de gestion spécifique [997]. Dans la mesure où ces conditions sont remplies, l'obtention d'informations plus détaillées incombe ensuite à l'actionnaire [998].

b) Faits « décelables »

390 Lorsque les aspects pertinents d'une affaire n'ont pas été évoqués, même dans leurs grandes

994 FORSTMOSER 1987, N 446.

995 TF 4C.107/2005 du 29 juin 2005, consid. 3.2 : *« Wenigstens im Grundsatz bekannt gegebene Tatsachen »*. Voir ég. WATTER/DUBS 2001, p. 911 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 99.

996 Comp. TF 4C.107/2005 du 29 juin 2005, consid. 3.3 et 4C.327/2005 du 24 novembre 2006, consid. 3.5 ; WATTER/DUBS 2001, p. 912 ; METZLER/SCHMUKI 2001, p. 947 ; FORSTMOSER 1987, N 445 ; BARBEY 1949, p. 109. *Contra,* apparemment, BÖCKLI 2009, § 18 N 451a.

997 JENNY 2012, N 279. Les auteurs pour qui la simple mention d'une affaire importante devrait suffire précisent généralement par ailleurs que les actionnaires doivent être informés de l'importance de celle-ci en termes de responsabilité (WATTER/DUBS 2001, p. 912 ; FORSTMOSER 1987, N 441, 445 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 100 s).

998 JENNY 2012, N 279 ; METZLER/SCHMUKI 2001, p. 947 ; MEIER-WEHRLI 1968, p. 126.

lignes, ou qu'elle n'a pas du tout été évoquée, il faut se demander ce qu'un actionnaire profane est censé devoir déduire des communications d'ordre général fournies aux actionnaires, en particulier du rapport de gestion et du rapport de révision [999]. Pour ce faire, on se référera à nouveau à la figure de l'actionnaire profane. En application du principe de la confiance, on peut sans doute attendre de lui qu'il lise avec une certaine attention les communications qui lui sont faites et qu'il exerce son droit aux renseignements lorsque cela s'impose [1000]. Dès lors, un fait doit être couvert par la décharge si son caractère particulier ressort d'une lecture attentive des informations fournies [1001]. Le cas échéant, l'identification d'un acte de gestion problématique devrait alors motiver les actionnaires à requérir des informations supplémentaires [1002].

La délimitation dessinée ci-dessus est évidemment difficile à établir en pratique et dépend 391
fortement des circonstances du cas d'espèce [1003]. Vu le caractère général des informations contenues dans les rapports de gestion et de révision, il faut en tous les cas admettre qu'on pourra rarement attendre de l'actionnaire qu'il parvienne, par un raisonnement rapide [1004], à identifier une ou plusieurs affaires « manifestement suspectes » [1005]. En toute hypothèse, l'existence d'une perte seule ne doit pas suffire à éveiller l'attention de l'actionnaire [1006] ; or il sera rarement possible de déduire des comptes annuels ou du rapport de révision que le processus menant à une décision de gestion n'a pas été irréprochable ou qu'une transaction est frappée d'un conflit d'intérêts [1007].

c) Cas particulier de l'ORAb

Pour les sociétés cotées en bourse, on peut également s'interroger sur la valeur des 392
informations contenues dans le rapport de rémunération prévu aux art. 13 ss ORAb. Nous nous limiterons ici aux transactions avec les dirigeants ou leurs proches qui ne seraient pas conformes aux conditions du marché, qui peuvent indiquer l'existence de conflits

[999] Comp. MEIER-WEHRLI 1968, p. 122 s. Contre l'extension de la décharge aux faits décelables : METZLER/SCHMUKI 2001, p. 947 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 129, n. 67. Question laissée indécise par le Tribunal fédéral *in* 4C.107/2005 du 29 juin 2005, consid. 3.2.

[1000] ISLER/SCHOTT 2010, p. 203 ; VON DER CRONE 2014, N 122 ; VON STEIGER 1942, p. 5. Plus restrictifs en ce qui concerne les faits décelables : JENNY 2012, N 279 ; WATTER/DUBS 2001, p. 911 ; FORSTMOSER 1987, N 441. *Contra* : OULEVEY 2008, p. 202.

[1001] ATF 65 II 2, consid. 4.I.c. Comp. MEIER-WEHRLI 1968, p. 126 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 106 ; HIRSCH 1967, p. 253.

[1002] ISLER/SCHOTT 2010, p. 203 ; VON STEIGER 1942, p. 5 ; BARBEY 1949, p. 115 et les réf. citées.

[1003] JENNY 2012, N 278.

[1004] Comp. WATTER/DUBS 2001, p. 911 s.

[1005] BARBEY 1949, p. 115, voir ég. p. 87 ; FORSTMOSER 1987, N 446.

[1006] WATTER/DUBS 2001, p. 911 n. 20.

[1007] Comp. TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006, consid. 3.2.8.3 et 3.5.

d'intérêts néfastes à la société [1008]. En ce qui concerne le conseil d'administration, l'avantage appréciable en argent que constitue l'octroi d'un prêt ou d'un crédit ou la constitution de sûretés non conformes aux conditions du marché sera divulgué comme une rémunération au sens de l'art. 14 ORAb [1009]. Quant aux indemnités, prêts et garanties fournis à des proches, l'art. 16 al. 1 ORAb impose leur divulgation lorsqu'ils ne sont pas conformes aux conditions du marché. Dans la mesure où ces informations ne sont pas fournies sous la forme d'une somme globale [1010], il faut admettre selon nous qu'une présentation conforme à la vérité dans le rapport de rémunération constitue une information suffisante en regard de l'octroi de la décharge [1011].

4.3.3. Relation avec le droit aux renseignements et à la consultation (art. 697 CO)

393 Nous avons établi que la validité de la décharge ne dépend pas de la fourniture spontanée d'informations détaillées par le conseil d'administration [1012] et que l'on peut attendre un certain soin de l'actionnaire dans la formation de sa volonté. Il incombe en particulier à ce dernier d'obtenir des informations supplémentaires en exerçant son droit aux renseignements et à la consultation des pièces (art. 697 CO), pour autant qu'il soit en mesure de se rendre compte que des informations supplémentaires sont nécessaires. Ce serait en revanche aller trop loin que d'attendre des actionnaires qu'ils recherchent activement des problèmes dans la gestion sans indice concret [1013].

394 La décharge n'est valable que pour les faits révélés. Cela peut être considéré comme un corollaire du devoir de rendre compte du conseil d'administration, qui découle du devoir de fidélité (art. 717 al. 1 CO) [1014]. Sans nécessairement aller jusque-là, on pourra dire que la décharge fonde au moins une incombance des membres du conseil d'administration, qui tend à la fourniture des informations pertinentes pour apprécier la responsabilité des dirigeants [1015].

395 Confronté à une demande de renseignements, le conseil d'administration doit répondre aux questions posées dans la mesure où elles permettent d'apprécier l'importance des faits

[1008] Notons au passage que la décharge peut couvrir aussi les rémunérations non conformes à l'art. 20 ORAb (ISLER/SCHOTT 2014, p. 36).

[1009] PraxKomm VegüV-OSER/MÜLLER, art. 15 N 10 ss ; BÖCKLI 2009, § 8 N 645 ss.

[1010] De ce point de vue, les informations relatives aux membres de la direction et à leurs proches (art. 14 al. 3 ch. 2 et 15 al. 2 ch. 2 ORAb), fournies sous la forme d'une somme globale, sont plus problématiques. Comp. GERICKE/WALLER 2014, p. 315.

[1011] On peut aussi envisager une application par analogie de l'ORAb dans les sociétés privées pour déterminer le niveau de détail nécessaire pour qu'une transaction non conforme aux conditions du marché passée avec les dirigeants ou leurs proches soit couverte par la décharge.

[1012] Ce qui serait difficilement praticable, en particulier dans les grandes sociétés (BÖCKLI 2009, § 18 N 451a).

[1013] VON DER CRONE 2014, N 122 ; MEIER-WEHRLI 1968, p. 126.

[1014] Voir CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 337 ; METZLER/SCHMUKI 2001, p. 947.

[1015] OULEVEY 2008, p. 186.

discutés en matière de responsabilité [1016]. Précisons ici que le droit aux renseignements de l'actionnaire ne s'arrête pas à la fourniture d'informations générales lorsque cela est nécessaire à l'exercice de ses droits (art. 697 al. 2 CO) [1017]. Il peut dans l'absolu prétendre à obtenir des informations détaillées sur le traitement de l'affaire en question, sur le rôle des personnes impliquées ou encore sur le montant estimé du préjudice subi [1018]. Le conseil d'administration n'est en revanche pas tenu d'exposer la qualification juridique des actes révélés [1019].

À ce droit à l'information étendu de l'actionnaire s'opposent toutefois le secret des affaires et les intérêts légitimes de la société (art. 697 al. 2 CO), que le conseil d'administration est tenu de garantir [1020]. Dès lors, quelle est la conséquence sur la décharge si le conseil d'administration refuse de répondre aux questions posées ? À notre sens, la réponse dépend du comportement des actionnaires : s'ils ne sont pas satisfaits des informations reçues, ils sont libres de requérir l'institution d'un contrôle spécial (art. 697*a* CO) ou d'agir en délivrance des informations (art. 697 al. 4 CO) ; s'ils ne choisissent aucune de ces voies, il faut admettre que la décharge est valable pour les faits considérés, les actionnaires manifestant ainsi leur satisfaction quant à l'étendue des renseignements fournis [1021]. Nous aborderons ci-dessous la question de la relation avec le droit au contrôle spécial, étant entendu que les réflexions qui suivent quant à la recevabilité sont applicables *mutatis mutandis* à une requête judiciaire en fourniture de renseignements [1022]. 396

4.3.4. Relation avec le droit au contrôle spécial (art. 697*a* ss CO)

Si l'effectivité de la décharge n'est pas touchée quand l'actionnaire doit exercer son droit aux renseignements pour clarifier la portée d'un acte de gestion, la situation change lorsqu'un contrôle spécial devient nécessaire. 397

Une partie de la doctrine considère que l'octroi de la décharge prive l'actionnaire d'intérêt à requérir la réalisation d'un contrôle spécial lorsque celui-ci est envisagé en vue d'une action en responsabilité. En effet, le délai de déchéance de l'action en responsabilité aura 398

[1016] WATTER/DUBS 2001, p. 912 ; FORSTMOSER 1987, N 441 ; BARBEY 1949, p. 115. Ce devoir d'informer peut être déduit du devoir de fidélité (art. 717 al. 1 CO ; CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 337 ; METZLER/SCHMUKI 2001, p. 947).

[1017] Voir TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.1 et 4.2.3.

[1018] ROLF WATTER et DIETER DUBS soutiennent même que le devoir du conseil d'administration de renseigner est rempli lorsqu'il n'existe plus d'asymétrie d'information entre le conseil d'administration et l'assemblée générale (WATTER/DUBS 2001, p. 912). Voir ég. ZK-BÜRGI, art. 698 N 106 ss.

[1019] CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2006, p. 336. *Contra*, apparemment, OULEVEY 2008, p. 183.

[1020] WYSS 1953, p. 118 ss ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 105 ; BARBEY 1949, p. 104.

[1021] Comp. FORSTMOSER 1987, N 441 n. 861.

[1022] L'action en fourniture de renseignements (art. 697 al. 4 CO) présuppose également que l'information requise soit nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire (TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.2.1). Voir à ce sujet N 560 *infra*.

expiré au moment où le rapport sera rendu, même pour l'actionnaire qui a voté contre celle-ci (art. 758 al. 2 CO) [1023]. Alors que la question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral [1024], cette théorie a été admise par le *Handelsgericht* de Zurich dans un arrêt du 27 décembre 2012 [1025]. Dans cette décision, le tribunal a retenu que la requête en institution d'un contrôle spécial était irrecevable, faute d'intérêt digne de protection, en raison de l'octroi d'une décharge [1026]. Celle-ci devait être considérée comme valable puisque les actionnaires avaient été informés au moins des aspects essentiels de l'affaire litigieuse [1027]. L'action en responsabilité étant par conséquent périmée, on pouvait laisser indécise la question de savoir si l'actionnaire avait été suffisamment informé dans le cadre de sa demande de renseignements [1028].

399 Nous nous opposons à une telle préséance de la décharge sur le droit au contrôle spécial. En effet, le texte des art. 697*a* et 758 CO l'exclut : on ne saurait considérer comme *révélés* des faits qui doivent encore être *élucidés* par le biais d'un contrôle spécial. Par ailleurs, du point de vue téléologique, on peut difficilement admettre qu'un actionnaire ayant besoin de renseignements supplémentaires pour apprécier la licéité d'un acte de gestion [1029] est en mesure de se rendre compte de la portée des faits présentés en matière de responsabilité et, partant, de voter de manière éclairée sur l'octroi de la décharge. La doctrine relative au CO 1936 admettait d'ailleurs qu'un fait n'était pas révélé ou décelable si l'assemblée générale devait s'adjoindre les services d'experts ou de commissaires spéciaux afin de clarifier les circonstances [1030].

400 Il faut dès lors retenir que la décharge ne peut, par nature, couvrir des faits pour lesquels une requête en contrôle spécial est admise au regard des art. 697*a* et *b* CO [1031]. Aussi, seule la procédure relative à l'institution d'un contrôle spécial permettra de déterminer quels faits étaient connus ou non des actionnaires [1032]. La question de l'octroi de la décharge n'est donc pas pertinente dans l'examen de la recevabilité d'une requête fondée sur les art. 697*a* ss CO [1033]. Seul importe le critère de nécessité : si l'information requise est nécessaire pour

[1023] BÖCKLI 2009, § 16 N 97 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 35 N 113. Voir ég. PEDROJA 1992, p. 776.
[1024] L'ATF 120 II 393, consid. 4c/aa, JdT 1995 I 571, mentionne la décharge, mais la question est abordée du point de vue de la qualité pour agir. Voir ég. CASUTT 1991, § 8 N 27 ; WEBER 1998, p. 408.
[1025] HG ZH HE120283 du 27 décembre 2012.
[1026] HG ZH HE120283 du 27 décembre 2012, consid. 5.5.7.
[1027] HG ZH HE120283 du 27 décembre 2012, consid. 5.5.7.
[1028] HG ZH HE120283 du 27 décembre 2012, consid. 5.5.4.
[1029] Comp. Message 1983, 854 s. ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 11.
[1030] FORSTMOSER 1987, N 446 ; BARBEY 1949, p. 116. Voir ég. CASUTT 1991, § 14 N 15.
[1031] PAULI 2004, p. 256 ; WATTER/DUBS 2001, p. 913 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 297 n. 32 ; KUNZ 1993, p. 155. Le principe est également admis *in* FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 35 N 115, qui ajoutent cependant qu'un plaideur avisé ne prendra pas le risque de se heurter à la déchéance de l'action en responsabilité. Sur l'opportunité de cette approche, voir les N 412 ss *infra*. Apparemment pour une suspension du délai de six mois, *de lege lata* : OULEVEY 2008, p. 232.
[1032] KUNZ 1993, p. 155 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 297 n. 32.
[1033] Comp. KUNZ 1993, p. 155.

apprécier l'opportunité d'une action en responsabilité, la requête doit être recevable [1034]. Par corollaire, l'action en responsabilité restera ouverte pour les faits visés par le contrôle spécial [1035]. S'il est vrai que le contrôle spécial peut aussi être admis pour d'autres motifs que la préparation d'une action en responsabilité, l'exigence de vraisemblance d'une violation et d'un préjudice crée toujours un lien suffisant entre les faits à élucider et la responsabilité des organes.

Admettre le contraire revient à nier le devoir du conseil d'administration de clarifier les actes de gestion problématiques lorsque les actionnaires exercent leur droit aux renseignements. Qui plus est, on laisserait aux dirigeants la latitude de passer sous silence les détails des affaires délicates, au besoin en invoquant le secret des affaires, puisque l'action en responsabilité sera périmée une fois les résultats d'un éventuel contrôle spécial connus [1036]. On favorise ainsi une communication restrictive du conseil d'administration, puisqu'il peut s'assurer de la sorte qu'aucune action en responsabilité pourvue de chances de succès ne verra le jour pendant le délai de déchéance de six mois prévu à l'art. 758 al. 2 CO [1037]. Ceci est contraire aussi bien aux buts de la décharge qu'à ceux du contrôle spécial. 401

4.3.5. Conclusion intermédiaire

Nous avons établi qu'en présence de faits connus dans leur principe et de faits identifiables par une analyse des communications générales fournies aux actionnaires, il incombe à ceux-ci d'exercer leur droit aux renseignements pour obtenir des détails. Cette interprétation, qui reste controversée en particulier en ce qui concerne les faits décelables, est conforme à la conception des rapports de force entre l'actionnariat et le management choisie par le législateur en 1992 ; l'actionnaire qui n'exerce pas son droit à l'information lorsque cela s'impose ne peut s'en prendre qu'à lui-même. À l'inverse, le conseil d'administration qui choisit de communiquer de manière restrictive s'expose à la réalisation d'un contrôle spécial. 402

S'il veut limiter dans le cas concret les risques liés à la responsabilité des organes, le conseil d'administration ne pourra éviter de divulguer aux actionnaires les affaires problématiques, au moins dans leurs grandes lignes [1038]. S'il est ensuite confronté à une demande de renseignements, il a un intérêt certain à renseigner les actionnaires de manière satisfaisante tout en ménageant les intérêts de la société. À ces conditions, la décharge peut être un moyen efficace de limiter la responsabilité des dirigeants, nonobstant les doutes de la doctrine [1039]. 403

[1034] Art. 697*a* al. 1 CO.
[1035] PAULI 2004, p. 256.
[1036] DE BEER 2002, p. 461.
[1037] Un tel comportement se rapprocherait d'un abus de droit (comp. JENNY 2012, N 291).
[1038] Voir déjà HIRSCH 1967, p. 253
[1039] BÖCKLI 2009, § 18 N 451b ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2014, p. 423.

À ceux qui craignent l'introduction de requêtes en contrôle spécial abusives par des minorités malintentionnées, on répondra que les barrières à l'introduction d'un contrôle spécial sont suffisamment élevées en l'état [1040] et que le gain qu'un actionnaire minoritaire peut espérer obtenir dans le cadre d'une action en responsabilité au titre du dommage de la société est généralement dérisoire [1041]. Enfin, la réalisation d'un contrôle spécial peut aussi contribuer à la sécurité juridique en fournissant les indications nécessaires pour prendre une nouvelle décision de décharge éclairée ; une fois communiqué à l'assemblée générale (art. 697*f* al. 1 CO), le contenu du rapport du contrôleur spécial pourra être considéré comme connu de tous les actionnaires, ce qui donne à la société l'occasion de faire table rase des événements visés [1042].

4.4. Portée temporelle

404 Selon la conception généralement admise, la décharge est une décision périodique ; elle vise un exercice déterminé [1043]. La décision est en principe prise à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire, pour l'année écoulée [1044]. Il n'est cependant pas exclu de limiter ou d'étendre ce cadre temporel [1045]. Lorsqu'elle est prise sous la forme d'une décharge générale, la décision vise à couvrir toutes les affaires de la période visée [1046].

405 Déterminer la portée temporelle de la décharge peut être problématique lorsque l'acte de gestion visé par la décharge et ses effets ne se produisent pas en même temps. Le cas échéant, le Tribunal fédéral considère que la décharge couvre les manquements commis durant la période pour laquelle la décharge est accordée, indépendamment du moment où ils produisent leurs effets [1047]. Cette interprétation doit être précisée dans le sens où les actionnaires doivent être orientés sur les aspects essentiels de la responsabilité, donc également sur le dommage potentiel, au moment de voter la décharge [1048]. La portée temporelle de la décharge est également problématique lorsqu'il s'agit d'apprécier un acte de gestion dont les circonstances n'étaient pas révélées au moment du vote annuel de décharge, mais dont les données essentielles apparaissent plus tard et sont connues des actionnaires au moment du vote relatif à un exercice ultérieur. Selon le Tribunal fédéral, si une décision de

[1040] À ce sujet, voir les N 638 ss *infra*.
[1041] Voir les N 1219 ss *infra*.
[1042] CASUTT 1991, § 14 N 15 ; OULEVEY 2008, p. 202.
[1043] ATF 51 II 65, consid. 3a : *« Erklärung, dass [...] während einer bestimmten Geschäftsperiode keine Forderungen geltend gemacht werden »*. Dans ce sens, WATTER/DUBS 2001, p. 911 ; CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 337 ; ISLER/SCHOTT 2010, p. 204 ; JENNY 2012, N 280 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 72.
[1044] ISLER/SCHOTT 2010, p. 204 ; WATTER/DUBS 2001, p. 911.
[1045] WATTER/DUBS 2001, p. 910. *Contra* : OULEVEY 2008, p. 97 s., pour qui le vote de décharge porte nécessairement sur l'exercice écoulé.
[1046] WATTER/DUBS 2001, p. 910.
[1047] TF 4C.107/2005 du 29 juin 2005, consid. 4.2. Voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 451c.
[1048] CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 337 ; voir ég. JENNY 2012, N 280 ; CHENAUX 2008, N 95.

décharge générale est adoptée, sans restriction explicite, pour un exercice donné, elle couvre également les faits survenus lors d'exercices précédents, mais parvenus à la connaissance des actionnaires entre-temps [1049]. De fait, il reviendrait à l'assemblée générale de formuler une réserve quant aux faits qui ne devraient pas être couverts par la décharge [1050]. Le principe de la confiance s'opposerait à cette interprétation uniquement si la décision de l'assemblée générale se référait explicitement à l'exercice sous revue [1051].

Outre le fait que cette décision ignore le lien logique existant entre la décision de décharge [1052] et la reddition de comptes ainsi que la conception générale de la décharge comme une décision visant une période déterminée, le résultat auquel parvient le Tribunal fédéral est discutable pour deux raisons. 406

Tout d'abord, le Tribunal, comme l'auteur qu'il cite [1053], semble accorder une certaine importance au fait que la décharge a également été accordée pour l'exercice précédent. Or on ne peut rien tirer de cette circonstance quant à la volonté putative de l'assemblée générale, les faits considérés n'étant justement pas connus au moment de la première décision. Pour lesdits faits, la situation est exactement la même que si aucune décharge n'avait été accordée pour l'exercice pendant lequel ils se sont produits. 407

Ensuite et surtout, l'interprétation de la décision de décharge doit suivre une ligne étroite ; il ne s'agit pas de déterminer quels faits sont éventuellement exclus, mais plutôt d'établir positivement quels actes de gestion sont couverts [1054]. Cette interprétation, concrétisée du point de vue matériel par l'exigence des faits révélés, doit aussi valoir pour l'aspect temporel. Dès lors, à moins que les circonstances entourant la décision ou le libellé de celle-ci n'indiquent que la décharge doit viser des faits antérieurs à l'exercice sous revue, on ne saurait les considérer comme couverts. 408

L'admissibilité d'une décharge générale couvrant aussi bien les faits survenus pendant l'exercice sous revue que ceux survenus antérieurement, mais parvenus à la connaissance des actionnaires après le vote de décharge précédent nous semble dès lors douteuse. En toute hypothèse, il serait dans l'intérêt d'une gouvernance saine de délimiter clairement la période censée être couverte par la décision de décharge. Les actionnaires seront d'ailleurs bien inspirés de refuser les décisions à la formulation large, dont l'admissibilité est discutable et la portée incertaine [1055]. 409

[1049] TF 4A_155/2014 du 5 août 2014, consid. 6.3 ; PICENONI 1945, p. 54.
[1050] TF 4A_155/2014 du 5 août 2014, consid. 6.3
[1051] HINSEN 2014, p. 545. Tel était le cas de la plupart des sociétés du SMI en 2014, dont les décisions de décharge aux AG 2014 se réfèrent d'une manière ou d'une autre à l'exercice 2013. 4 sociétés (Roche, Syngenta, Givaudan et Actelion) ont apparemment accordé des décharges générales sans référence à l'exercice 2013 (HÄNNI 2015, p. 128).
[1052] OULEVEY 2008, p. 14 ; voir ég. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 22 N 52 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 73.
[1053] PICENONI 1945, p. 54.
[1054] MEIER-WEHRLI 1968, p. 126.
[1055] HÄNNI 2015, p. 128 ; HINSEN 2014, p. 545.

5. Effets de la décharge sur la mise en œuvre de l'action en responsabilité

5.1. Pour la société, les actionnaires ayant voté en faveur de la décharge et les actionnaires ayant acquis leurs actions après le vote en connaissance de celle-ci

410 L'art. 758 al. 1 CO dispose que la décharge est « opposable à la société et à l'actionnaire qui a adhéré à celle-ci ou qui a acquis les actions postérieurement en connaissance de celle-ci ». Indépendamment de la qualification juridique de la décharge, les personnes visées à l'art. 758 al. 1 CO perdent le droit d'agir au titre du dommage subi par la société sur la base des faits couverts par la décharge [1056].

411 Concernant les actionnaires ayant acquis leurs actions postérieurement à l'octroi de la décharge, précisons qu'ils doivent avoir connaissance non seulement de celle-ci, mais aussi de sa portée concrète [1057].

5.2. Pour les autres actionnaires

5.2.1. Délai d'action réduit à six mois (art. 758 al. 2 CO)

412 Pour les actionnaires qui n'ont pas approuvé la décharge ou qui ont acquis des actions après son octroi sans avoir connaissance de celle-ci, le droit d'agir persiste, mais « s'éteint six mois après la décharge » (art. 758 al. 2 CO). Ainsi, pour ces actionnaires, le délai de prescription des actions en responsabilité du droit de la société prévu à l'art. 760 al. 1 CO est remplacé par un délai de déchéance de six mois à compter de la décision de l'assemblée générale en ce qui concerne les faits révélés [1058]. Comme exposé plus haut, la décharge ne couvre pas les faits non révélés ; ceux-ci restent dès lors soumis à la prescription habituelle prévue à l'art. 760 CO, soit un délai relatif de cinq ans et un délai absolu de dix ans, sous réserve d'une prescription plus longue prévue par le droit pénal [1059].

413 Sont considérés comme n'ayant pas adhéré à la décharge les actionnaires qui ont voté contre, ceux qui se sont abstenus, ainsi que ceux dont les actions n'étaient pas représentées

[1056] CR CO II-CORBOZ, art. 758 N 12.
[1057] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 758 N 8 ; OULEVEY 2008, p. 208 s.
[1058] CR CO II-CORBOZ, art. 758 N 14 s. ; OULEVEY 2008, p. 223 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 134, 156 ; FORSTMOSER 1987, N 472.
[1059] Voir à ce sujet les N 973 ss *infra*.

à l'assemblée générale [1060]. L'art. 703 al. 3 AP-CO 2014, selon lequel les abstentions ne sont pas comptées comme des voix négatives, ne change rien à cette répartition.

Selon la doctrine majoritaire, le délai de déchéance de six mois prévu à l'art. 758 al. 2 CO constitue un obstacle majeur à la mise en œuvre d'actions en responsabilité au sein des sociétés *in bonis*. En effet, lorsqu'on le confronte à la durée de la collecte des informations nécessaires pour intenter une action en responsabilité, on constate qu'il est clairement insuffisant, en particulier lorsque l'actionnaire se voit obligé de requérir un contrôle spécial pour apprécier la portée des actes des dirigeants [1061]. Comme le retient PETER BÖCKLI, six mois suffisent à peine à obtenir la nomination d'un expert, raison pour laquelle il serait illusoire de s'appuyer sur un contrôle spécial afin de préparer ou simplement évaluer l'opportunité d'une action en responsabilité [1062]. 414

Nous avons cependant établi que la décharge ne saurait couvrir des faits devant faire l'objet d'un contrôle spécial. Nous considérons dès lors qu'un actionnaire qui envisage une action en responsabilité pour des faits élucidés dans le cadre d'un contrôle spécial pourra se prévaloir des délais de l'art. 760 CO, sans risquer de se voir déchu de son action pendant l'exécution du contrôle spécial. Celui-ci acquiert ainsi une fonction de tri, éliminant d'emblée les actions en responsabilité dénuées de chances de succès et encourageant celles qui reposent sur des indices suffisamment solides pour justifier un contrôle spécial. Plus généralement, une meilleure interaction entre cette institution et l'action en responsabilité accentue l'effet préventif que l'on associe généralement à ces deux institutions [1063]. Enfin, loin d'encourager systématiquement les actions en responsabilité, nous estimons qu'une information claire sur les cas délicats doit permettre de soulager l'administrateur qui a fait amende honorable. 415

5.2.2. Alternative : action échelonnée improprement dite et suspension au stade de la conciliation

Nonobstant l'opinion développée ci-dessus, la question de la relation entre décharge et contrôle spécial reste controversée. Pour pallier cette problématique, la doctrine recommande généralement d'introduire une action en responsabilité pendant le délai de déchéance de six mois puis de requérir sa suspension en attendant le résultat d'un contrôle spécial ou d'une action en délivrance de renseignements [1064]. L'introduction d'une action 416

[1060] OULEVEY 2008, p. 223.

[1061] BÖCKLI 2009, § 18 N 453 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 35 N 113 ; GLANZMANN 2000, p. 175 ; OULEVEY 2008, p. 224.

[1062] BÖCKLI 2009, § 18 N 453.

[1063] Voir les N 28 *supra* et 702 *infra*.

[1064] L'origine de cette proposition remonte apparemment à FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 35 N 116 ; elle a largement trouvé réception dans la doctrine (parmi d'autres : WATTER/DUBS 2001, p. 913 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 13 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 97 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 488).

échelonnée proprement dite est exclue, l'action en responsabilité et l'action en institution d'un contrôle spécial n'étant pas soumises à la même procédure (art. 90 CPC) [1065].

417 Cette alternative est a priori risquée dans la mesure où le demandeur serait tenu de motiver son action, voire de verser une avance de frais conséquente à un stade où il n'a pas encore accès aux informations pertinentes et n'est pas en mesure d'estimer ses chances de succès [1066]. Si cette critique est fondée dans l'hypothèse où la procédure débute avec le dépôt de la demande, elle appelle quelques précisions lorsqu'intervient une conciliation.

418 L'action en responsabilité des organes est précédée d'une conciliation dans les cantons n'ayant pas institué de juridiction commerciale (art. 197 et 198 let. f CPC) [1067]. Le cas échéant, la litispendance, qui doit être acquise avant l'expiration du délai de l'art. 758 al. 2 CO, survient avec le dépôt de la requête de conciliation (art. 62 CPC) [1068]. Or, à ce stade, le demandeur n'est pas encore tenu de motiver sa demande ; il lui suffit de décrire globalement l'objet du litige et de formuler ses conclusions (art. 202 al. 2 CPC), qui pourront par ailleurs être modifiées lors de la phase de conciliation (art. 227 al. 1 let. b CPC par renvoi de l'art. 219 CPC) [1069].

419 Ensuite, la jurisprudence admet une suspension de la procédure en vertu de l'art. 126 al. 1 CPC au stade de la conciliation, même au-delà du délai d'un an prévu à l'art. 203 al. 4 CPC [1070]. L'attente du résultat d'un contrôle spécial étant vraisemblablement un motif de suspension suffisant [1071], l'introduction d'une requête de conciliation garantit donc au requérant le respect du délai de déchéance de l'art. 758 al. 2 CO tout en limitant provisoirement son exposition financière au montant de l'émolument forfaitaire de conciliation (art. 95 al. 2 let. a et 113 CPC) [1072].

420 Une question qui reste délicate est l'influence du délai de déchéance sur la motivation de la demande. Dans le contexte de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, également soumise à un délai de déchéance (de deux mois, art. 706*a* al. 1 CO), le Tribunal

[1065] WALDMANN 2009, p. 277.

[1066] DE BEER 2002, p. 437 ss.

[1067] La conciliation est exclue dans les litiges qui relèvent de la compétence d'une instance cantonale unique en vertu des art. 5 et 6 CPC (art. 198 let. f CPC ; voir ég. art. 6 al. 4 CPC). Dans les cantons dotés d'une juridiction commerciale, l'action en responsabilité des organes est en principe soumise à la compétence des tribunaux de commerce (St-Gall : art. 11 al. 1 let. b EG-ZPO/SG ; Argovie : § 12 al. 1 let. a EG ZPO/AG ; Berne : art. 7 al. 2 LiCPM/BE [pour autant que la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs] ; Zurich : § 44 let. b. GOG/ZH [pour autant que la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs]).

[1068] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 758 N 9.

[1069] CPC-BOHNET, art. 202 N 6 ; ZPO Komm-Schulthess-HONEGGER, art. 202 N 11.

[1070] ATF 138 III 705, consid. 2.3.2 ; TF 4A_218/2013 du 17 avril 2013, consid. 3.2.

[1071] Voir le Message CPC, p. 6916 ; comp. WATTER/DUBS 2001, p. 913 n. 31 ; PAULI 2004, p. 258 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 35 N 116, n. 46.

[1072] Voir CPC-TAPPY, art. 95 N 10. À titre d'exemple, l'émolument maximum est de 2000 francs à Neuchâtel (art. 11 al. 1 TFrais ; RSN 164.1), de 1200 francs à Zoug (§ 10 al. 1 KoV OG ; BGS 161.7) et de 200 francs à Genève (art. 15 RTFMC ; RS/GE E 1 05.10).

fédéral retient ainsi que le requérant doit, pour des motifs de sécurité juridique, invoquer tous les arguments à l'appui de sa demande avant l'expiration du délai [1073]. À notre sens, le litige sera suffisamment individualisé en regard de cette jurisprudence si le demandeur potentiel reproduit dans sa requête de conciliation le complexe de faits et l'argumentation juridique invoqués dans la requête de contrôle spécial déposée parallèlement [1074]. Selon ISABELLE CHABLOZ, il faudrait cependant indiquer dans les conclusions un montant à concurrence duquel le délai de déchéance serait sauvegardé [1075].

En conclusion, le risque financier que présente l'introduction d'une action échelonnée improprement dite peut être jugulé dans l'attente du résultat d'un contrôle spécial grâce à une suspension de la procédure au stade de la conciliation. Le requérant pourra ensuite exploiter les faits élucidés dans le cadre du contrôle spécial et modifier ses conclusions avant de procéder au fond ou parvenir à une transaction avec les administrateurs incriminés [1076]. Si elle reste relativement technique, cette solution n'est pas dénuée d'intérêt pratique ; le praticien averti sera attentif au for de l'action en responsabilité fondée sur le droit des sociétés, situé alternativement au tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou au siège de la société (art. 40 CPC) [1077]. 421

5.2.3. Révision en cours

Afin d'améliorer la mise en œuvre de l'action en responsabilité hors faillite, l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 prévoit une prolongation du délai de déchéance à douze mois [1078], ainsi qu'une suspension de ce délai « pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial ou une procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société » (art. 758 al. 2 AP-CO 2014). Le législateur suit ici une proposition de PETER BÖCKLI en ce qui concerne la suspension du délai [1079]. 422

Même si nous considérons, *de lege lata*, que la décharge ne saurait s'appliquer aux faits visés par un contrôle spécial, nous saluons cette précision qui devrait rendre le contrôle spécial plus attrayant. Notons toutefois que la formulation retenue implique une suspension générale du délai de déchéance ; dès lors qu'elle n'est pas limitée aux faits devant faire l'objet d'un contrôle spécial, cette règle nuit à la sécurité juridique que la décharge est censée offrir au conseil d'administration [1080]. De ce point de vue, il pourrait être avantageux de 423

[1073] ATF 86 II 78, consid. 6a, JdT 1961 I 7 ; TF 4A_10/2012 du 24 octobre 2012, consid. 3.1.
[1074] HÄNNI 2015, p. 130.
[1075] CHABLOZ 2012, N 825.
[1076] HÄNNI 2015, p. 130.
[1077] Voir à ce sujet les N 772 ss *infra*.
[1078] Il y a là une erreur dans le texte français de l'art. 758 al. 2 AP-CO 2014, qui prévoit un délai de six mois (comp. Rapport 2014, p. 49 et le texte allemand de l'avant-projet).
[1079] BÖCKLI 2009, § 18 N 454 ; voir ég. OULEVEY 2008, p. 224.
[1080] HÄNNI 2015, p. 130.

limiter l'effet suspensif aux faits visés par une requête en institution d'un contrôle spécial ou d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société.

424 La prolongation du délai à douze mois facilite aussi théoriquement la préparation d'une action en responsabilité, en laissant plus de temps à disposition pour la concertation avec d'autres actionnaires afin de réunir les voix nécessaires à l'introduction d'une requête d'autorisation d'introduire une action en paiement à la société (art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014) ou de partager les coûts d'une éventuelle action oblique (art. 756 al. 1 i. f. CO). Cette modification devrait ainsi également augmenter l'attrait de l'action en responsabilité du droit de la société anonyme.

425 Globalement, la réglementation proposée ne garantit cependant pas qu'à l'issue de la procédure de contrôle spécial ou d'autorisation d'introduire une action aux frais de la société, le requérant dispose de suffisamment de temps pour préparer et introduire une action en responsabilité. Nous estimons qu'il serait plus judicieux de préciser explicitement dans la loi que les faits faisant l'objet d'un contrôle spécial ou d'une procédure d'autorisation d'intenter action aux frais de la société ne sont pas couverts par la décharge ; ils resteraient donc soumis aux délais de l'art. 760 CO.

6. Effet du refus de la décharge

426 Si la décharge est refusée, les dirigeants restent exposés à une éventuelle action en responsabilité au titre du dommage subi par la société, soumise aux délais de prescription prévus à l'art. 760 CO. Le refus de la décharge n'implique cependant pas l'obligation d'étudier sérieusement l'introduction d'une action en responsabilité [1081]. Un vote négatif a surtout des conséquences sur la relation de confiance entre l'actionnariat et le conseil d'administration [1082]. Retenons cependant qu'un actionnaire qui aurait voté en faveur de la décharge et agirait ensuite au titre du dommage de la société peut se voir opposer l'objection de l'abus de droit, sous la forme d'un comportement contradictoire (art. 2 al. 2 CC) [1083].

7. Rôle de la décharge sur l'effet préventif de la responsabilité

427 Dans la mesure où la décharge a une influence sur la mise en œuvre de la responsabilité, il faut se demander quels sont ses effets en matière de prévention des comportements contraires aux devoirs. Il se peut d'une part que la décharge offre une exonération trop large, ce qui peut

[1081] ISLER/SCHOTT 2010, p. 212 ; OULEVEY 2008, p. 169 ; WATTER/DUBS 2001, p. 913.
[1082] ISLER/SCHOTT 2010, p. 212.
[1083] ISLER/SCHOTT 2010, p. 212. *Contra* : JENNY 2012, N 305.

se traduire par un plus grand risque de voir les dirigeants adopter un comportement négligent ou téméraire. D'autre part, elle pourrait contribuer à limiter l'aversion des dirigeants aux risques puisqu'elle les libère de l'incertitude liée à la responsabilité.

Il est admis que l'octroi de la décharge est un gage de sécurité juridique puisqu'elle fixe rapidement l'administrateur sur l'existence de prétentions en responsabilité contre lui [1084]. Cette sécurité, qui permet à l'administrateur de se concentrer sur la gestion, peut indéniablement être dans l'intérêt de la société [1085]. La décharge a par ailleurs l'avantage de pouvoir couvrir toutes les prétentions de la société envers les dirigeants, indépendamment de la gravité de la faute ou du manquement commis. 428

Cette sécurité juridique est cependant fournie *ex post* ; au moment de prendre une décision de gestion, le dirigeant peut difficilement anticiper l'octroi ou non de la décharge. On peut arguer que la décharge sera généralement accordée dans les sociétés contrôlées par un bloc majoritaire, dont les dirigeants seront généralement proches, mais aussi dans celles à l'actionnariat atomisé, qui se caractérisent par une certaine apathie lorsqu'il s'agit de voter la décharge. De toute manière, la couverture offerte par la décharge s'envole en cas de faillite de la société, puisqu'elle n'est pas opposable à la communauté des créanciers [1086]. Par l'institution de la décharge, le dirigeant n'a donc pas de garantie qu'il ne sera pas exposé à une responsabilité exorbitante. 429

Pour autant, il serait inexact de dire que la décharge n'a pas d'effet disciplinant. Dans la mesure où elle n'est octroyée que pour les faits connus, la décharge encourage l'administrateur qui souhaite s'en prévaloir à informer les actionnaires d'éventuelles irrégularités survenues au cours de la gestion. Puisque l'initiative d'une information est imposée aux dirigeants, les coûts de la surveillance par les actionnaires s'en trouvent réduits ; qui plus est, la perspective de devoir rendre compte aux actionnaires peut inciter les dirigeants à agir de manière diligente [1087]. 430

8. Conclusion intermédiaire

Le Tribunal fédéral définit la décharge comme une renonciation à la prétention en responsabilité contre les organes de gestion ou une reconnaissance de dette négative. Une interprétation correcte de l'art. 758 CO révèle toutefois qu'elle constitue plutôt une renonciation de la société, des actionnaires qui ont voté en faveur de la décharge et des actionnaires qui ont 431

[1084] GLANZMANN 2000, p. 173 s.

[1085] Voir HABERSACK 2013, p. 804, en lien avec la renonciation à la créance en responsabilité.

[1086] ATF 132 III 342, consid. 4.1, JdT 2007 I 51 ; 122 III 166, consid. 3a, JdT 1998 II 130 ; 117 II 432, consid. 1b/gg, JdT 1993 I 72. *Contra* : GRAF 2012, p. 380 ss.

[1087] Comp. N 702 *infra* concernant l'effet disciplinant du contrôle spécial, qui repose également sur la perspective de devoir rendre compte de la gestion.

acquis leurs actions postérieurement en connaissance de cause, à l'action fondée sur la prétention en responsabilité de la société.

432 Lorsque la décharge est votée suite à une reddition de comptes transparente de la part du conseil d'administration, elle peut offrir une protection efficace contre l'introduction d'actions en responsabilité au titre du dommage de la société. Le conseil d'administration qui souhaite s'assurer le bénéfice de la décharge sera avisé de divulguer au moins dans leurs grandes lignes les affaires problématiques ; il est autrement impossible de garantir que les actes considérés seront effectivement couverts. Il incombe ensuite à l'actionnaire de demander des renseignements supplémentaires ; le conseil d'administration veillera le cas échéant à fournir une information complète. En effet, la décharge ne saurait s'opposer à la mise en œuvre d'un contrôle spécial et les faits visés par celui-ci pourront faire l'objet d'une action en responsabilité. Cette interprétation s'impose en particulier du point de vue d'un gouvernement d'entreprise sain et respecte les structures de gouvernance instaurées par le législateur de 1992.

433 Concernant la portée temporelle de la décharge, il faut retenir, à l'encontre du Tribunal fédéral, qu'une décision de décharge générale donnée sans réserve particulière ne couvre que la gestion de l'exercice sous revue, à l'exclusion d'événements antérieurs. Si des faits survenus lors d'exercices précédents sont parvenus à la connaissance des actionnaires entre-temps, il faut que leur inclusion dans la décharge ressorte clairement des circonstances ou du libellé de la décision de l'assemblée générale. En toute hypothèse, la question de la portée temporelle de la décharge devrait bénéficier d'une plus grande attention des actionnaires activistes.

434 L'effet protecteur de la décharge est également surestimé en relation avec la procédure de contrôle spécial. Il est contraire à l'esprit des art. 697*a* ss et 758 CO d'affirmer que l'octroi de la décharge prive l'actionnaire d'intérêt à agir en institution d'un contrôle spécial. Nous considérons au contraire que l'actionnaire qui envisage cette mesure en lien avec l'introduction d'une action en responsabilité n'a pas à s'inquiéter du délai de déchéance prévu à l'art. 758 al. 2 CO. Cette interprétation restant controversée, une alternative viable serait d'introduire l'action en responsabilité dans le délai de six mois à un for où elle est soumise à la procédure de conciliation et de demander sa suspension à ce stade dans l'attente des résultats du contrôle spécial ; le cas échéant, le requérant n'est pas encore tenu de motiver son action et son risque financier se limite provisoirement au montant de l'émolument forfaitaire de conciliation [1088]. Dans ce contexte, l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014, qui prévoit une prolongation du délai de déchéance à douze mois, ainsi qu'une suspension de celui-ci pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial ou une procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société, apporte un changement bienvenu. Cependant, la formulation choisie nuit à la sécurité juridique que la décharge est censée offrir et ne garantit pas que les requérants disposeront d'un temps

[1088] HÄNNI 2015, p. 130.

suffisant pour préparer une action en responsabilité après la fin du contrôle spécial ou de la procédure d'autorisation d'intenter action aux frais de la société. Nous privilégions dès lors une formulation retenant explicitement que les faits visés par un contrôle spécial ou une procédure d'autorisation d'intenter action aux frais de la société ne sont pas couverts par la décharge.

Le système de la décharge, qui met l'information à la charge de l'administrateur, a sans 435
doute un effet disciplinant sur l'exercice de la gestion puisque le dirigeant doit compter avec la perspective de devoir rendre compte de sa gestion. Dans la mesure où la décharge est donnée *ex post* et n'est pas opposable à la communauté des créanciers agissant au titre du dommage subi par la société, elle n'offre cependant pas la garantie que le dirigeant n'aura pas à répondre de dommages exorbitants ; ses effets sur l'aversion des dirigeants aux risques sont dès lors limités.

Chapitre 8

Limitation de la responsabilité

1. Introduction

L'exposé des conditions matérielles de la responsabilité a révélé que, dans l'exercice de la gestion, les dirigeants ne peuvent pas écarter avec certitude le risque d'engager leur responsabilité. Tout d'abord, le manquement aux devoirs dépend de critères protéiformes dont l'examen par le juge est difficile à anticiper [1089]. Ensuite la faute s'apprécie de manière stricte et n'offre pas non plus de possibilités d'exonération qui s'affranchiraient des aléas du cas d'espèce [1090]. Enfin, le dommage causé dans l'exercice de la gestion peut amplement dépasser le patrimoine des dirigeants. Il est dès possible qu'une négligence légère soit synonyme de condamnation à une réparation dépassant ses capacités financières [1091]. Puisque l'activité de gestion comporte *a priori* des risques exorbitants que le sujet de la responsabilité ne peut pas écarter avec certitude, ce dernier sera incité à adopter un comportement excessivement prudent au détriment des intérêts de la société et des actionnaires [1092]. 436

Afin que le droit de la responsabilité ne fasse pas obstacle à un exercice des attributions des dirigeants dans l'intérêt de la société, il faut donc s'interroger sur l'opportunité d'une limitation de la responsabilité des organes de gestion. Nous commencerons par exposer les fondements dogmatiques d'une telle exonération (N 438 ss *infra*). Nous déterminerons ensuite dans quelle mesure une limitation de la responsabilité des dirigeants envers la société est admissible *de lege lata* (N 446 ss *infra*). Ces réflexions nous mèneront à l'étude des solutions proposées *de lege ferenda* (N 449 ss *infra*). Nous traiterons enfin de manière séparée la question d'une limitation de la responsabilité des dirigeants envers les investisseurs (N 482 ss *infra*). 437

[1089] N 105 *supra*.
[1090] N 316 *supra*.
[1091] VON DER CRONE 2006b, p. 14 ; VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 88.
[1092] VON DER CRONE 2006b, p. 16 ; N 29 ci-devant. Voir ég. VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 90 et BÄR 1986, p. 59, sur les effets négatifs qu'une responsabilité trop sévère peut avoir sur la composition des conseils d'administration.

2. Fondement dogmatique et économique d'une limitation de la responsabilité

438 Diverses approches sont utilisées pour tenter de motiver, d'un point de vue dogmatique, mais aussi économique, l'opportunité d'une limitation de la responsabilité des dirigeants. Outre une argumentation fondée sur une idée générale d'équité, on cherche généralement à justifier ces limites par une comparaison de la situation des organes de gestion avec celle des travailleurs et celle des entrepreneurs individuels ou des associés d'une société de personnes, dont la responsabilité serait illimitée.

2.1. Notion d'équité dans la responsabilité

439 On peut tout d'abord considérer que les conséquences draconiennes auxquelles s'exposent les dirigeants, même en cas de faute légère, heurtent le sentiment d'équité. Puisque les organes de gestion sont actifs au niveau stratégique, leurs décisions se répercuteront typiquement sur l'ensemble de l'entreprise et les dommages qui peuvent en découler pourront, par conséquent, être particulièrement importants [1093]. Dès lors, l'ampleur des réparations peut conduire à anéantir le patrimoine et l'avenir économique des personnes membres des organes de gestion. Cette idée d'une responsabilité disproportionnée au point de ne plus être justifiable éthiquement trouve une illustration tragique avec le suicide de l'ancien CFO de Siemens AG, Heinz-Joachim Neubürger ; la responsabilité de ce dernier avait été admise en lien avec des pratiques de corruption de Siemens [1094]. Les médias ont explicitement avancé cette condamnation comme l'un des motifs du geste de l'ancien membre du *Vorstand* de Siemens [1095].

440 Nonobstant ce cas extrême, il faut remarquer que le sentiment d'équité semble plutôt parler en défaveur d'une limitation de la responsabilité des dirigeants ; elle représenterait un privilège injustifié dans la mesure où les autres acteurs de la vie économique ne sont pas épargnés par les conséquences sociales et économiques dramatiques que peut avoir une condamnation ou une faillite personnelle [1096]. Cette problématique a trait au droit de l'insolvabilité des personnes physiques et ne justifierait pas un traitement particulier des organes de gestion. Dans les grandes entreprises, ce constat est sans doute renforcé par le niveau de rémunération généralement élevé des dirigeants.

[1093] BAYER/SCHOLZ 2014, p. 927 ; WAGNER 2014, p. 234.

[1094] Arrêt du *Landgericht* de Munich I du 10.12.2015, 5 HKO 1387/10. Condamné à une réparation de 15 millions d'euros, l'intéressé a finalement conclu avec Siemens une transaction prévoyant le versement de 2,5 millions d'euros (Zeit Online, *« Tod eines Managers »*, 18 juin 2015).

[1095] Voir Zeit Online, *« Tod eines Managers »*, 18 juin 2015 : *« Das Urteil hat ihn völlig umgehauen »*.

[1096] SCHÖNE/PETERSEN 2012, p. 701.

2.2. Analogie avec la responsabilité du travailleur (art. 321e CO)

Selon une thèse formulée en Suisse par ROLF BÄR [1097], puis défendue par HANS CASPAR VON DER CRONE, il se justifierait de traiter la responsabilité des dirigeants de manière analogue à celle des travailleurs (art. 321e CO) [1098]. Ceux-ci répondent du dommage qu'ils causent à l'employeur intentionnellement ou par négligence, tout comme les personnes chargées de la gestion (art. 321e al. 1 CO). Cependant, la mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine notamment « compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître » (art. 321e al. 2 CO). Dans certaines activités en effet, la survenance d'erreurs est inévitable, même si le travailleur fait preuve de la diligence normalement due (notion de risque inhérent à l'activité de travail) [1099]. Tel est en particulier le cas lorsque le travail demandé est particulièrement dangereux ou nécessite un engagement physique ou intellectuel important, notamment si la pression du temps est élevée [1100]. 441

Selon les partisans d'une application par analogie de cette disposition aux dirigeants, ces derniers seraient, comme les travailleurs, exposés à des risques inhérents à leur activité [1101] : l'exercice de la gestion impliquerait, sur la durée, la survenance de négligences dommageables qui ne peuvent pas toutes être évitées [1102]. Il s'imposerait dès lors de libérer l'administrateur de sa responsabilité pour des manquements dont il ne peut pas nécessairement prévenir l'apparition [1103]. La notion de risque inhérent à la gestion ne justifierait en revanche pas l'exonération en cas de manquements au devoir de fidélité ou aux règles élémentaires de diligence [1104]. 442

L'idée d'une limitation de la responsabilité des organes de gestion sur le modèle de celle applicable aux travailleurs pourrait également être corroborée par une approche économique de la relation liant l'administrateur à la société – et indirectement aux actionnaires. En effet, tout comme le travailleur, le dirigeant n'est pas propriétaire de l'entreprise et n'agit pas pour 443

[1097] BÄR 1986, p. 59.

[1098] VON DER CRONE 2006b, p. 16 ; voir ég. BÄR 1986, p. 59 s. Cette approche est également défendue en Allemagne en lien avec la responsabilité du *Vorstand* ; notons toutefois qu'en droit allemand, la limitation de la responsabilité du travailleur est une construction jurisprudentielle. Sur la discussion en Allemagne : REICHERT 2013, p. 773 ss ; BROMMER 2013, p. 128 ; BACHMANN 2014, p. E 57 ss et en détail KOCH 2014, p. 513 ss.

[1099] CS Travail-DUNAND, art. 321*e* CO N 30.

[1100] BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321*e* CO N 27 ; ZK-STAEHELIN, art. 321*e* CO N 25.

[1101] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 98 ; voir ég. WIEGAND 1993, p. 12.

[1102] HANDSCHIN/JUCKER 2014, p. 328 ; BAYER/SCHOLZ 2014, p. 927 ; KOCH 2014, p. 514 : *« kaum zu vermeiden [...], dass es im Laufe einer mehrjährigen Tätigkeit zu einer fahrlässigen Schadenszufügung kommt ». Contra* : CHABLOZ 2012, N 1042, qui considère que l'application d'une *business judgment doctrine* couplée à la réduction de l'indemnité en cas de faute légère suffit à « éviter de soumettre les membres des organes à une responsabilité trop importante ».

[1103] VON DER CRONE 2006b, p. 15 s.

[1104] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 98.

son propre compte [1105]. Il se justifierait dès lors de répercuter le risque sur les personnes qui profitent de l'activité risquée, c'est-à-dire les actionnaires [1106]. On relèvera cependant que les dirigeants disposent d'une plus grande liberté dans l'organisation de leur activité, ce qui devrait leur permettre de mieux gérer les risques [1107]. D'ailleurs, dans le contexte de l'art. 321*e* CO, la jurisprudence admet moins facilement une limitation de la responsabilité lorsque le salarié exerce une fonction de cadre ou bénéficie d'une rémunération élevée [1108].

2.3. Analogie avec l'entrepreneur individuel

444 Enfin, on peut comparer les risques financiers de l'organe de gestion avec ceux d'un entrepreneur individuel. Leur situation est différente dans la mesure où le second profite entièrement du bénéfice de son activité, alors que tel ne sera en principe pas le cas pour le premier, même s'il touche une rémunération variable [1109]. En définitive, la réflexion est la même que dans le cadre de l'analogie avec la responsabilité du travailleur : il semblerait injuste de faire supporter des risques inhérents à l'activité de gestion aux dirigeants, alors qu'ils profitent de manière limitée du bénéfice généré par celle-ci [1110]. Selon nous, il faut toutefois garder à l'esprit qu'un entrepreneur individuel sera touché plus directement et sévèrement par l'insolvabilité de son entreprise que l'organe d'une société anonyme. L'entrepreneur s'expose en définitive à des risques plus élevés que l'organe de gestion, ce qui parle en défaveur d'une limitation de la responsabilité des dirigeants [1111].

445 La comparaison avec l'entrepreneur individuel présente cependant un intérêt du point de vue de l'effet dissuasif de la responsabilité. Dans ce cadre, il s'agit de déterminer comment celle-ci influence le calcul des profits et risques de l'activité entrepreneuriale. Schématiquement, l'entrepreneur agit pour son propre compte : il profite intégralement du bénéfice de l'activité risquée et en supporte aussi entièrement les coûts, y compris les dommages et intérêts potentiels. Dès lors, il exercera son activité de sorte que les bénéfices dépassent les coûts et choisira l'option qui présente les meilleures chances de rendement pour l'entreprise, ce qui est en définitive le but de l'activité commerciale [1112]. Pour les organes de gestion, cette

[1105] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 98.
[1106] KOCH 2014, p. 514.
[1107] REICHERT 2013, p. 776. *Contra* : KOCH 2014, p. 516, qui met l'accent sur l'ampleur des tâches imposées aux dirigeants.
[1108] ATF 110 II 344, consid. 6/ee ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, consid. 5.1. Voir ég., pour l'Allemagne, KOCH 2014, p. 517 ; BROMMER 2013, p. 129.
[1109] BROMMER 2013, p. 129.
[1110] KOCH 2014, p. 518.
[1111] *Contra* : BROMMER 2013, p. 129, qui indique que rien n'empêche l'entrepreneur individuel de constituer son entreprise sous forme de société de capitaux. À notre avis, le fait que l'entrepreneur ne réponde pas sur tout son patrimoine n'empêche pas qu'il soit généralement plus touché par l'échec de son entreprise, puisqu'une faillite le priverait de sa place de travail, de toute son infrastructure et de sa clientèle.
[1112] WAGNER 2014, p. 256.

pesée d'intérêts est faussée parce que la participation au bénéfice résultant de leur activité est généralement limitée alors qu'ils s'exposent à devoir supporter l'intégralité des pertes en cas de faute. Comme ils ne peuvent pas exclure à coup sûr que leur responsabilité ne sera pas engagée, ils sont encouragés à exercer une activité orientée sur la limitation de leurs propres risques plutôt que sur la prospérité de l'entreprise [1113]. Dans ce contexte, la limitation de la responsabilité devrait alors viser à replacer l'organe de gestion dans une situation analogue à celle d'un entrepreneur individuel, où il y a une certaine symétrie entre les risques patrimoniaux et les avantages que peut procurer l'activité de gestion [1114]. Ceci permet d'aligner les intérêts des dirigeants sur ceux de la société, puisque l'activité la plus profitable pour elle sera aussi la plus avantageuse pour les organes de gestion. Cet équilibre entre risques et profits peut dès lors justifier une limitation de la responsabilité [1115].

3. Limitation de la responsabilité envers la société

3.1. Situation *de lege lata*

Le droit suisse ne réglemente pas explicitement la limitation de la responsabilité des organes. Afin de déterminer l'admissibilité et l'opposabilité d'une limitation de la responsabilité prévue statutairement ou contractuellement, il faut dès lors s'interroger sur la nature de la responsabilité des organes, des restrictions à celle-ci n'étant admissibles que si les art. 752 ss CO constituent des règles dispositives. 446

Dans une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral a souligné la nature contractuelle de la relation entre la société et ses administrateurs [1116] ; un autre arrêt ancien admet la validité d'un accord passé entre l'administrateur et la totalité des actionnaires restreignant ses devoirs à l'administration formelle [1117]. Sur cette base, il serait possible de limiter la responsabilité des organes de gestion en application de l'art. 100 CO [1118]. Toutefois, la jurisprudence plus récente semble plutôt partir du principe que la relation liant l'administrateur à la société est de nature autonome et repose sur la loi [1119]. Le Tribunal fédéral retient par ailleurs que la responsabilité vise à garantir le respect des devoirs imposés aux organes, qui sont de nature 447

[1113] WAGNER 2014, p. 257 ss.
[1114] WAGNER 2014, p. 260.
[1115] Voir plus en détail les N 470 ss *infra*.
[1116] ATF 65 II 2, consid. 4c.
[1117] SAG 1950/51, p. 182 ss.
[1118] VON DER CRONE/BUFF 2015, p. 454 ; DAENIKER 2009, p. 385. Sur la licéité de limitations à la responsabilité dans le cadre de relations se rapprochant du mandat : VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 100 s. ; HANDSCHIN/JUCKER 2014, p. 331 s.
[1119] ATF 130 III 213, consid. 2.1, JdT 2004 I 223. Voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 434 ; DAENIKER 2003, p. 536.

impérative [1120]. Puisque ces devoirs échappent à l'autonomie de la volonté de la société et des dirigeants, il doit en aller de même pour ce qui est des mécanismes garantissant leur respect [1121]. *De lege lata*, la responsabilité des organes de gestion envers la société fondée sur le droit suisse de la société anonyme ne peut donc pas être limitée par des dispositions statutaires ou contractuelles.

448 *De lege lata*, il n'existe toutefois pas d'obligation d'agir pour l'intégralité du dommage si la société décide d'agir contre l'un de ses organes de gestion. Le cas échéant, il devrait être possible de limiter la réparation demandée à une somme qui ne menace pas l'existence économique du dirigeant [1122].

3.2. Propositions *de lege ferenda*

449 La limitation de la responsabilité *de lege ferenda* a fait l'objet de nombreuses propositions en doctrine, dont les caractéristiques sont variables. Ainsi, la limitation de la responsabilité est rattachée à différents degrés de faute, voire à différents types de violation. Ensuite, certains auteurs postulent qu'une exonération totale est nécessaire alors que d'autres prévoient un plafonnement de la responsabilité. Enfin, les avis sont partagés sur la manière de mettre en œuvre la limitation : faut-il privilégier un régime légal contraignant ou au contraire laisser la possibilité de prévoir des solutions statutaires ou contractuelles ? Ces différentes caractéristiques s'influencent mutuellement ; avant de nous interroger sur la nécessité d'une limitation de la responsabilité et de discuter des contours d'un modèle qui ne fasse pas obstacle à une gestion dans l'intérêt de la société, il est utile d'exposer les éléments de réflexion relatifs à ces différentes variables.

3.2.1. Limitation de la responsabilité en fonction de la gravité de la faute ?

450 Selon une première approche, le degré à partir duquel une exclusion de la responsabilité serait admissible pourrait être déterminé en s'inspirant de la réglementation applicable en matière contractuelle [1123]. D'après l'art. 100 al. 1 CO, est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave. Il est en revanche possible d'exclure la responsabilité pour faute légère. Sur cette

[1120] ATF 110 II 391, consid. 2, rés. JdT 1985 I 287 ; sur la nature impérative des devoirs des personnes chargées de la gestion : ZK-BÜRGI, art. 753/754, N 16.

[1121] HANDSCHIN/JUCKER 2014, p. 332 ; JENNY 2012, N 600, 602 ; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 5 ; PraxKomm VR-KRNETA, N 2064 ; FORSTMOSER 1987, N 593 ; du même avis en ce qui concerne la responsabilité du réviseur : BÖCKLI 2009, § 18 N 1921 ; LÄSER 2010, p. 308. *Contra* : VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 101 ; SCHNYDER 2003, p. 319 ; CATALAN 2007, p. 20, ainsi qu'apparemment BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 57. Indécis : DAENIKER 2009, p. 385, se distançant ainsi des propos adoptés *in* DAENIKER 2003, p. 538.

[1122] Voir à ce sujet le N 827 *infra*.

[1123] VON DER CRONE 2006b, p. 17 ; voir ég. BÄR 1986, p. 59.

base, HANS CASPAR VON DER CRONE préconise une limitation de la responsabilité en cas de négligence légère, une exonération plus étendue étant selon lui contraire aux principes généraux du droit privé suisse [1124].

Si l'on admet l'existence d'un degré de faute intermédiaire entre la faute légère et la faute grave, il faut se demander si l'exonération doit couvrir également la faute moyenne. À cet égard, on retiendra que la faute légère est rarement admise par les tribunaux [1125]. Dès lors, OLIVER HABLÜTZEL retient que pour être effective, une limitation de la responsabilité devrait prévaloir dans tous les cas ne relevant pas d'un acte intentionnel ou d'une faute grave [1126]. Les dirigeants seraient ainsi exonérés lorsqu'ils n'ont pas manqué aux règles de prudence élémentaires dont l'observation s'impose à l'évidence à toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation [1127]. Pour HANS CASPAR VON DER CRONE et FELIX BUFF, cette limite est adéquate pour limiter l'aversion des dirigeants aux risques dans la mesure où elle permet de sanctionner le dirigeant qui manque consciemment à ses devoirs [1128]. Cependant, la détermination du seuil de la négligence grave peut être difficile dans le cas d'espèce ; selon HANS CASPAR VON DER CRONE et BENJAMIN BLOCH, ces difficultés pourraient toutefois s'estomper à mesure que le nombre de précédents augmente [1129]. 451

Cette capacité des tribunaux à distinguer clairement les différents degrés de négligence est en revanche mise en doute par URS BERTSCHINGER. Pour cette raison, il émet l'hypothèse d'une limitation de la responsabilité même en cas de négligence grave [1130]. Il n'est toutefois pas certain que la délimitation entre la négligence grave et le dol éventuel, assimilé à l'intention, soit plus aisée à établir [1131]. 452

En raison de ces difficultés, GERHARD WAGNER s'exprime en faveur d'une limitation générale de la responsabilité, indépendamment de la gravité de la faute commise. Cette solution offre une prévisibilité maximale puisqu'elle s'affranchit des réflexions sur la gravité de la faute, dont l'issue peut difficilement être anticipée par le justiciable [1132]. Cette approche peut sembler constituer une rupture avec les principes fondamentaux de la responsabilité civile. Cependant, pour autant que la responsabilité soit limitée à un montant correspondant 453

[1124] VON DER CRONE 2006b, p. 17 ; cet auteur ne distingue pas le degré de faute moyen. Voir ég. VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 103 ; HABLÜTZEL 2009, p. 190.

[1125] HABLÜTZEL 2009, p. 189 ; ROBERTO 2006b, p. 37 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 190. Voir les N 293 ss *supra*.

[1126] HABLÜTZEL 2009, p. 192 ; voir ég. BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 1a ; KOCH 2014, p. 525. Sur la situation aux Etats-Unis, voir VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 105 s.

[1127] ATF 95 II 573, consid. 2 ; TF 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.4. Pour MATHIAS HABERSACK, une telle limitation de la responsabilité conduirait dans les faits à une exonération totale des dirigeants (HABERSACK 2013, p. 803).

[1128] VON DER CRONE/BUFF 2015, p. 453.

[1129] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 103 ; d'un autre avis, CHABLOZ 2012, N 1042.

[1130] BERTSCHINGER 2005, p. 605. Avec le même résultat, mais pour des motifs différents : ROBERTO 2006b, p. 38. Voir ég. BACHMANN 2014, p. E 65 dans l'hypothèse d'un plafonnement de la responsabilité.

[1131] WATTER/GARBARSKI 2009, p. 247 ; WAGNER 2014, p. 277.

[1132] WAGNER 2014, p. 277.

effectivement à la capacité de réparation conjuguée des dirigeants et des assureurs, cette solution ne ferait que formaliser la situation de fait actuelle, où la quasi-totalité des indemnités est versée par les assureurs en responsabilité civile [1133].

3.2.2. Limitation de la responsabilité en fonction du type de manquement

454 La limitation de la responsabilité pourrait également dépendre du type de manquement commis. HANS CASPAR VON DER CRONE et BENJAMIN BLOCH relèvent ainsi qu'il serait contraire à l'essence de la relation liant l'administrateur à la société de limiter la responsabilité en cas de violation du devoir de fidélité : les pertes causées par une exploitation des biens sociaux contraires à l'intérêt de la société ne sont pas inhérentes à la gestion et ne sauraient donc être reportées sur les actionnaires [1134]. Dès lors, ces auteurs postulent qu'une limitation de la responsabilité ne devrait pas couvrir les manquements au devoir de fidélité [1135].

455 Lorsque la limitation de la responsabilité est examinée du point de vue du manquement aux devoirs, il est également permis de s'interroger sur l'opportunité d'une exonération lorsque le manquement a été commis dans le cadre de l'exercice des attributions inaliénables et intransmissibles du conseil d'administration (art. 716*a* al. 1 CO), puisqu'elles constituent le noyau dur de l'activité du conseil d'administration. Cette réflexion peut être étendue à d'autres obligations importantes imposées par la loi, comme l'interdiction des prestations indues et du remboursement d'apports (art. 678, 680 al. 2 CO) ou les devoirs en cas de perte de capital et de surendettement (art. 725 CO) [1136].

3.2.3. Exclusion ou plafonnement de la responsabilité ?

456 Une fois le principe d'une limitation de la responsabilité admis, se pose la question de l'étendue de celle-ci : faut-il simplement plafonner le montant pour lequel un dirigeant peut répondre ou est-il préférable de prévoir une exonération totale lorsque certaines conditions sont remplies ?

457 Certains auteurs proposent tout d'abord une exclusion de la responsabilité pour faute légère ; cette approche correspond à la pratique admissible en matière contractuelle (art. 100 al. 1 CO) [1137]. Comme nous l'évoquions ci-dessus, faire dépendre l'exonération de la gravité de la faute nuit cependant à la prévisibilité des sanctions. D'autres auteurs craignent par

[1133] WAGNER 2014, p. 279 s. ; VON DER CRONE/BUFF 2015, p. 453 ; KLAUS HÜTTE relève également que le montant des réparations demandées en pratique dépend principalement de la somme assurée (HÜTTE 1998, p. 1300).
[1134] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 103.
[1135] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 103 ; voir ég. BACHMANN 2014, p. E 61.
[1136] Comp. BACHMANN 2014, p. E 60 ; HABERSACK 2013, p. 804.
[1137] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 103 ; BÄR 1986, p. 59.

ailleurs qu'un assouplissement aussi important de la responsabilité ait des effets néfastes sur la fonction préventive de la responsabilité [1138].

Afin de maintenir une responsabilité résiduelle, il pourrait alors être avantageux de prévoir un plafonnement de la responsabilité plutôt qu'une exonération totale. Par ailleurs, un plafonnement général de la responsabilité offrirait une meilleure prévisibilité qu'une exonération totale dépendant de la gravité de la faute [1139]. Selon GREGOR BACHMANN, cette amélioration de la transparence quant aux risques encourus pourrait avoir un effet positif sur le recrutement de personnes compétentes pour exercer des tâches dirigeantes [1140]. 458

Lorsqu'il s'agit de déterminer les modalités de ce plafond, il faut tout d'abord retenir que la détermination d'une somme fixe à concurrence de laquelle un organe de gestion pourrait être tenu de répondre ne serait sans doute pas indiquée en raison des différences importantes dans l'activité et l'importance économiques des sociétés [1141]. Par ailleurs, avec cette solution, la proportion du dommage susceptible d'être réparée diminue à mesure qu'il augmente, ce qui semble peu adéquat [1142]. Pour cette raison, HANS CASPAR VON DER CRONE propose de limiter la responsabilité individuelle pour négligence légère de chaque membre d'un organe à la rémunération perçue au cours des cinq dernières années [1143]. GERHARD WAGNER adopte une approche similaire : il souhaite limiter les indemnités versées personnellement par les dirigeants à un multiple de leur rémunération : le plafond serait fixé à la somme la plus haute entre les rémunérations variables versées au cours des trois années précédentes et une fois et demi le dernier salaire annuel entier ; un véritable plafonnement de la responsabilité n'interviendrait cependant que dans la mesure où le dommage dépassant ce plafond de responsabilité ne serait pas couvert par une assurance responsabilité civile des organes [1144]. 459

Pour OLIVER HABLÜTZEL, qui envisage la limitation de la responsabilité dans le contexte de la responsabilité de l'organe de révision, la fixation d'une limite appropriée est impossible en raison de la divergence des fonctions de la responsabilité : du point de vue de la compensation, la limite de la responsabilité devrait augmenter avec la taille de la société en 460

[1138] HABERSACK 2013, p. 803 ; BAYER/SCHOLZ 2014, p. 929. *Contra* : SPINDLER 2013, p. 895.

[1139] BACHMANN 2014, p. E 63.

[1140] BACHMANN 2014, p. E 63.

[1141] VON DER CRONE 2006b, p. 17 ; BAYER/SCHOLZ 2014, p. 930 ; REDENIUS-HOEVERMANN 2010, p. 362. Cette solution avait été proposée dans l'avant-projet de révision de 2005 pour limiter la responsabilité des organes de révision, avec une limite fixée à 10 millions de francs (25 dans les sociétés dont les titres de participation sont cotés en bourse et d'entreprises d'une certaine importance économique au sens de l'art. 727 CO ; art. 759 al. 1bis AP-CO 2005).

[1142] BÖCKLI 2009, § 18 N 192f.

[1143] VON DER CRONE 2006b, p. 17. Si la personne a été organe pendant moins de cinq ans, le montant perçu est calculé sur la base de ce qu'il aurait reçu sur cinq ans.

[1144] WAGNER 2014, p. 279 ; cet auteur soutient que les dirigeants devraient être astreints à une franchise correspondant aux sommes évoquées (*idem*, p. 275). Voir à ce sujet les N 529 ss *infra*.

raison de l'ampleur potentielle des dommages [1145]. Du point de vue de la prévention des dommages en revanche, le plafond de responsabilité ne devrait pas varier avec l'étendue éventuelle des dommages, les risques liés à la réputation représentant selon cet auteur un moyen suffisant pour prévenir les dommages importants [1146]. En l'absence de solution permettant de concilier ces deux aspects, le plafond pourrait alors s'orienter d'après la capacité de survie économique des responsables, compte tenu d'une éventuelle couverture d'assurance ; ce critère ne serait toutefois pas pertinent, faute de lien apparent avec les dommages potentiels pouvant résulter de l'activité de l'organe [1147]. Dès lors, OLIVER HABLÜTZEL considère que la fixation d'un plafond de responsabilité constitue une solution insoutenable en raison du caractère nécessairement arbitraire de la limite, fixe ou variable, qui sera fixée [1148]. Cet argument est également soulevé par PETER BÖCKLI à l'encontre d'une limite en pourcentage du dommage causé [1149].

3.2.4. Limitation dans la loi ou clause contractuelle ou statutaire opposable *erga omnes* ?

461 Dans l'hypothèse de l'introduction d'un plafond ou d'une exclusion de la responsabilité, il faut encore se demander si une telle réglementation devrait être imposée par la loi ou laissée à la libre disposition des parties.

462 Retenons tout d'abord qu'une solution contractuelle serait problématique dans la mesure où un accord entre la société et les dirigeants ne serait pas opposable aux créanciers agissant pour le dommage social dans la faillite [1150] ; une solution étendant les effets de l'accord *ex lege* serait difficilement conciliable avec l'ordre juridique suisse [1151].

463 Une approche plus adéquate serait alors d'autoriser la société à introduire une clause statutaire de limitation de responsabilité, opposable *erga omnes*. Il s'agirait d'une rupture avec la doctrine de l'inopposabilité des exceptions liées à la formation de la volonté sociale lorsque le dommage subi par la société est invoqué par la communauté des créanciers ; les partisans de cette approche retiennent toutefois que la protection de ceux-ci serait assurée par la publicité des statuts [1152]. Cette solution offre une certaine flexibilité à la société quant à la manière dont elle traite la question de la responsabilité. Les actionnaires, en tant

[1145] HABLÜTZEL 2009, p. 194.
[1146] HABLÜTZEL 2009, p. 196.
[1147] HABLÜTZEL 2009, p. 196. Également contre une prise en compte des aspects sociaux de la responsabilité : WAGNER 2014, p. 276 ; HABERSACK 2013, p. 803.
[1148] HABLÜTZEL 2009, p. 197. Voir ég. les développements de ROLF SETHE en lien avec la limitation de la responsabilité des réviseurs (SETHE 2010, p. 315 ss).
[1149] BÖCKLI 2009, § 18 N 192k.
[1150] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 101 ; HABLÜTZEL 2009, p. 198 n. 847.
[1151] HABLÜTZEL 2009, p. 198.
[1152] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 102 ; voir art. 647 CO et art. 10 ORC. Contre une solution statutaire pour des motifs de protection des tiers : HABLÜTZEL 2009, p. 198 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 192m.

qu'ayants droit économiques de la société, pourraient en effet choisir de maintenir une responsabilité intégrale des dirigeants et de supporter les frais d'assurance qui en découlent ou au contraire de libérer les dirigeants d'une part de leur responsabilité [1153]. Cette solution cause un transfert des risques d'une gestion défectueuse aux actionnaires, mais ceux-ci ont la possibilité de s'en prémunir par la diversification de leurs investissements [1154]. La modalité la plus avantageuse dépendra notamment de la taille de la société ainsi que des moyens de diversification et de surveillance à disposition des actionnaires [1155]. Les partisans de cette approche mettent aussi en avant le fait que l'introduction d'une clause statutaire de limitation de responsabilité pourrait avoir un effet positif sur la valeur de la société [1156]. On peut en effet s'attendre à ce que les actionnaires choisissent un régime équilibré dans la mesure où une solution trop souple nuirait à l'attractivité de la société pour les partenaires contractuels et les investisseurs [1157].

La solution statutaire n'est cependant pas exempte de critiques. Tout d'abord, elle peut 464
créer des disparités injustifiées dans les régimes de responsabilité des sociétés. Ensuite, il n'est pas exclu que les actionnaires optent pour une réglementation encourageant les stratégies hasardeuses, puisque leur propre risque se limite à la perte de leur investissement [1158]. L'adoption d'une limitation de la responsabilité pourrait aussi se faire aux dépens d'actionnaires minoritaires qui n'ont pas la possibilité de se diversifier. Enfin, il n'est pas exclu que l'apathie rationnelle des actionnaires conduise à l'introduction de clauses néfastes à leurs intérêts et à ceux de la société [1159]. En lien avec cette dernière problématique, GREGOR BACHMANN propose de soumettre l'introduction d'une clause statutaire de limitation de responsabilité à une majorité qualifiée [1160].

Les motifs que nous venons d'évoquer parlent en faveur d'une solution légale, indépendante 465
de la volonté des actionnaires. Le cas échéant, il faudrait toutefois trouver une justification à ce régime privilégiant les organes de gestion par rapport à d'autres groupes professionnels [1161] : contrairement à ce qui prévaut en matière contractuelle, la limitation ne dépendrait en effet plus de l'accord des deux parties (art. 100 al. 1 CO). La solution légale pourrait

[1153] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 111.
[1154] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 111.
[1155] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 111.
[1156] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 106 n. 75 ; sceptique, en raison du transfert de risques aux créanciers de la société : BERTSCHINGER 2005, p. 604.
[1157] HABERSACK 2013, p. 804 ; SPINDLER 2013, p. 896.
[1158] KOCH 2014, p. 524.
[1159] BACHMANN 2014, p. E 60 ; FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 844.
[1160] GREGOR BACHMANN envisage même un droit de veto d'une minorité de 10% des actionnaires (comp. le § 93 al. 4 AktG) et l'accord des actionnaires externes en cas d'intégration de la société dans un groupe (BACHMANN 2014, p. E 61). Pour une obligation de convoquer une assemblée générale extraordinaire pour décider de l'introduction d'une limitation de la responsabilité : FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 844 s.
[1161] BACHMANN 2014, p. E 30.

également pécher par manque de flexibilité et conduire à des résultats inadéquats dans le cas particulier [1162].

3.2.5. Discussion

a) Nécessité d'une limitation de la responsabilité ?

466 L'objectif d'une limitation de la responsabilité est d'équilibrer un régime considéré comme trop sévère. En termes économiques, elle vise à limiter l'aversion des dirigeants au risque afin d'encourager une activité de gestion orientée d'après les intérêts de la société plutôt que la limitation des risques personnels [1163]. Dans le même temps, la responsabilité doit rester une menace sérieuse sous peine de perdre tout effet dissuasif [1164]. Une limitation de la responsabilité *ex ante* offre sans conteste une sécurité juridique que les aménagements des conditions matérielles de la responsabilité ne peuvent garantir [1165].

467 Dans les chapitres précédents, nous avons soutenu que la définition des conditions matérielles de la responsabilité n'offrait pas suffisamment de prévisibilité pour éliminer l'aversion au risque des dirigeants [1166], en particulier dans le domaine de la gestion. Nous avons également constaté que la décharge n'est pas un moyen efficace pour limiter l'aversion au risque, puisqu'elle intervient *ex post* et devient caduque en cas de faillite de la société. De ce point de vue, la limitation de la responsabilité pourrait être particulièrement bénéfique puisqu'elle peut libérer *ex ante* les dirigeants du risque d'une responsabilité exorbitante.

468 Toutefois, *de lege lata*, nous estimons que la possibilité d'assurer la responsabilité civile des organes constitue à notre sens un moyen suffisant pour limiter l'aversion des dirigeants au risque. Ces couvertures d'assurance sont certes plafonnées, mais elles permettent, dans la plupart des cas, de liquider les cas de responsabilité de manière satisfaisante [1167]. Qui plus est, elles couvrent généralement les risques liés à la gestion, dont la prévisibilité est particulièrement faible [1168]. On ne peut toutefois pas entièrement exclure la survenance de cas exceptionnels tels que l'action en responsabilité dirigée contre les anciens dirigeants

[1162] HABERSACK 2013, p. 803.

[1163] L'intérêt déterminant est bien celui de la société, compris comme une pondération des intérêts divers qui se rencontrent au sein de celle-ci (N 96 *supra*), plutôt que celui des actionnaires. Les risques financiers de ceux-ci étant limités, ils auront tendance à privilégier une activité de gestion excessivement risquée au détriment des autres parties prenantes de la société (comp. KOCH 2014, p. 524 ; VON DER CRONE 2006b, p. 17).

[1164] Comp. HABLÜTZEL 2009, p. 194 ; CHEFFINS/BLACK 2006, p. 1480.

[1165] BACHMANN 2014, p. E 59 ; voir en particulier N 105 *supra* à propos des incertitudes subsistant dans la *business judgment rule*.

[1166] Voir not. N 105 et 316 *supra*. D'un autre avis : CHABLOZ 2012, N 1042 ; HABLÜTZEL 2009, p. 222.

[1167] Voir N 524 *infra*.

[1168] Voir N 523 *infra*.

de SAirGroup SA en lien avec la transaction « Roscor », tendant au paiement de presque 300 millions de francs [1169]. Compte tenu également des limites matérielles à la couverture d'assurance, on peut dès lors imaginer qu'une limitation de la responsabilité devienne nécessaire.

Cependant, la responsabilité ne peut avoir un effet dissuasif et, *a fortiori*, un effet excessivement dissuasif, que si elle constitue une menace sérieuse. Cet effet préventif faiblit à mesure que le risque d'être actionné en responsabilité diminue. Or le constat général, que nous avons reproduit en introduction au présent travail, est celui d'une mise en œuvre défaillante, en tout cas hors de la faillite de la société [1170]. Dès lors, nous considérons que la question d'une limitation de la responsabilité reste secondaire et ne devra être envisagée qu'à la suite d'une amélioration sensible de la mise en œuvre judiciaire [1171]. 469

b) Justification d'une limitation de la responsabilité

Dans l'hypothèse où une limitation de la responsabilité devait s'avérer nécessaire suite à une amélioration de la mise en œuvre (voir le paragraphe qui précède), il faut s'interroger sur la justification d'une telle limitation de la responsabilité. L'analogie avec le droit du travail évoquée plus haut (N 438 s. *supra*) est pertinente dans la mesure où les gérants – comme les travailleurs – exercent leur activité pour le compte de tiers, c'est-à-dire la société (respectivement l'employeur). Contrairement à un mandataire, qui agit à son propre compte, ils ne retirent pas directement et entièrement les bénéfices générés par leur travail [1172] ; ils répondent en revanche intégralement des dommages causés par leurs manquements, qui ne peuvent pas toujours être évités, d'une part en raison des incertitudes entourant les conditions matérielles de la responsabilité et d'autre part parce que l'exercice de la gestion sur la durée implique quasi fatalement la survenance de négligences [1173]. 470

La comparaison entre la situation des dirigeants et des travailleurs révèle toutefois qu'un traitement différencié des premiers par rapport aux seconds peut se justifier [1174]. Le rapprochement avec la responsabilité du travailleur touche en particulier à ses limites là où les aspects relatifs à la protection du travailleur deviennent prépondérants [1175]. L'objet immédiat de la limitation de la responsabilité ne peut pas être de protéger les 471

[1169] TF 4A_410/2011 du 11 juillet 2012, faits, B. La couverture d'assurance pour ce cas précis n'est pas connue, mais le montant réclamé correspond à la limite supérieure des sommes assurées en Suisse et est largement supérieur aux chiffres avancés pour la couverture habituelle d'une multinationale suisse, voir N 520 *infra*.

[1170] N 2 *supra*.

[1171] WAGNER 2014, p. 275 ; SPINDLER 2013, p. 895 s. On notera par ailleurs que le plafonnement de la responsabilité des dirigeants ne s'est imposé nulle part en Europe (BACHMANN 2014, p. E 64 s.).

[1172] BROMMER 2013, p. 128 ; WAGNER 2014, p. 234 ; KOCH 2014, p. 514 ; VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 98.

[1173] Comp. n. 1102 *supra*.

[1174] *Contra* : KOCH 2014, p. 516 s.

[1175] BROMMER 2013, p. 128.

dirigeants contre les conséquences sociales de la responsabilité [1176] ; celles-ci seront prises en compte en application de l'art. 44 al. 2 CO [1177]. Un régime privilégiant les administrateurs, fondé sur l'idée d'une protection sociale, serait d'ailleurs difficile à justifier par rapport notamment aux entrepreneurs individuels ou associés de sociétés de personnes dont la responsabilité pour les dettes sociales est illimitée. La limitation de la responsabilité trouve sa justification dans l'équilibre entre les bénéfices que le dirigeant peut retirer de sa gestion et les risques qu'il encourt. Si ceux-ci sont trop importants, le comportement du dirigeant devient excessivement prudent [1178]. L'objet d'une limitation de la responsabilité est dès lors d'éliminer ce déséquilibre en ramenant les risques à un niveau qui incite les dirigeants à agir conformément aux intérêts de la société [1179].

472 Une limitation de la responsabilité se ferait *a priori* aux dépens des aspects de compensation ; relevons toutefois que l'obtention d'une réparation dépassant la capacité de réparation des défendeurs et des assureurs est déjà illusoire *de lege lata* [1180]. Qui plus est, un plafonnement de la responsabilité peut également être avantageux du point de vue de la compensation puisqu'il peut réduire les coûts de la conclusion d'assurances responsabilité civile des organes et offrir une certaine sécurité quant à la disponibilité de la somme assurée [1181]. Enfin, la fixation d'un plafond pourrait faciliter le règlement de litiges relatifs à la responsabilité par une transaction [1182].

c) Caractéristiques d'une limitation de la responsabilité

473 Lorsqu'il s'agit de tracer les contours d'une limitation de la responsabilité, deux dimensions principales doivent être prises en compte : le montant de la réparation et la gravité du manquement à la diligence requise. En effet, l'objet d'une limitation de la responsabilité est de prévenir les conséquences financières *disproportionnées* du fait de négligences dont la survenance est quasi *inéluctable* sur la durée, même pour un dirigeant averti.

474 En ce qui concerne l'étendue du dommage que le dirigeant sera appelé à réparer, il apparaît que seule est problématique la part de l'indemnité qui ne peut pas être couverte par une assurance responsabilité civile [1183]. En deçà de cette limite, l'assurance libère l'administrateur du risque de devoir supporter personnellement les coûts de la responsabilité, ce qui se

[1176] BAYER/SCHOLZ 2014, p. 927 ; WAGNER 2014, p. 276.
[1177] Voir à ce sujet N 310 *supra* et la discussion dans la doctrine allemande : BACHMANN 2014, p. E 56 ss ; FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 843 ; BROMMER 2013, p. 128.
[1178] N 29 et 445 *supra*.
[1179] WAGNER 2014, p. 276 ; BAYER/SCHOLZ 2014, p. 929.
[1180] BACHMANN 2014, p. E 63.
[1181] BACHMANN 2014, p. E 63 s. ; HABLÜTZEL 2009, p. 193.
[1182] HABLÜTZEL 2009, p. 193.
[1183] WAGNER 2014, p. 275 ; BACHMANN 2014, p. E 65 s. ; REICHERT 2013, p. 780, ainsi que, dans le résultat, KOCH 2014, p. 518 ss.

répercute de manière positive sur son aversion au risque [1184]. L'assuré est certes généralement soumis à une franchise, mais le montant de celle-ci ne peut pas être considéré comme suffisant pour inciter le dirigeant à agir dans l'intérêt de la société [1185]. Un plafonnement de la responsabilité au montant couvert par l'assurance responsabilité civile peut paraître problématique en raison de l'aléa moral posé par le transfert des risques à l'assureur, en particulier lorsque le preneur d'assurance est la société ; celui-ci peut cependant être résolu par une réglementation de l'assurance, que nous exposerons plus loin [1186]. En toute hypothèse, cette solution nous paraît préférable à une exonération totale, p. ex. soumise à l'existence d'une faute légère, qui créerait un régime du « tout ou rien », où la question délicate de la délimitation entre les degrés de faute gagnerait trop en importance.

Concernant justement le seuil en dessous duquel un plafonnement de la responsabilité devrait être admis, rappelons que l'objectif est d'éviter une sanction pour les négligences qui peuvent difficilement être évitées. Ceci imposerait à tout le moins le maintien d'une responsabilité intégrale pour la négligence grave, puisque celle-ci se caractérise par un manquement aux règles de prudence élémentaires, dont l'observation s'impose à l'évidence à toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation [1187]. Ce principe doit valoir *a fortiori* pour les actes intentionnels. Il apparaît d'ailleurs difficilement soutenable de reporter sur les actionnaires – et sur les créanciers, en cas de faillite – les dommages résultant d'une faute grave. 475

Faire dépendre le plafonnement de la responsabilité de la gravité de la faute pose cependant des questions délicates de délimitation, et il n'est pas exclu que le juge soit frappé d'un biais rétrospectif [1188] au moment d'apprécier si une mesure de prudence s'imposait à l'évidence ou si le dirigeant s'était accommodé de la survenance du dommage lors de la prise de décision [1189]. Ces incertitudes nuisent à la prévisibilité de la protection offerte par un plafonnement de la responsabilité ; il risquerait donc de manquer son but. La même remarque vaut pour un plafonnement s'appliquant à toute forme de négligence, puisqu'il faudra alors opérer la délicate distinction entre le dol éventuel et la négligence consciente [1190]. Dans ces circonstances, il peut se justifier d'envisager un plafonnement général de la responsabilité [1191], étant entendu que l'obtention d'une réparation dépassant le montant conjugué de la fortune du défendeur et de la somme couverte par l'assureur est 476

[1184] *Contra*, en raison des limites matérielles à la couverture d'assurance D&O, qui font renaître le risque d'une responsabilité exorbitante : BAYER/SCHOLZ 2014, p. 931.
[1185] N 530 *infra*.
[1186] N 529 ss *infra*.
[1187] ATF 95 II 573, consid. 2 ; TF 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.4. Dans le même sens, HABLÜTZEL 2009, p. 190.
[1188] Sur la notion de biais rétrospectif : N 66 *supra*.
[1189] BAYER/SCHOLZ 2014, p. 932 ; HABLÜTZEL 2009, p. 191. Voir ég. ROBERTO 2006b, p. 38.
[1190] Voir N 452 *supra*.
[1191] WAGNER 2014, p. 277 s.

de toute façon illusoire, indépendamment de la gravité du manquement [1192]. Le risque de l'insolvabilité des responsables est, pour le montant qui n'est pas couvert par une assurance, déjà supporté par la société, les actionnaires et les créanciers *de lege lata*.

477 Lier le plafonnement de la responsabilité au montant de la couverture d'assurance pourrait *a priori* être problématique si la société renonce à toute couverture d'assurance. Le cas échéant, la faiblesse de la réparation disponible pourrait en effet décourager l'introduction d'actions en responsabilité [1193]. En s'abstenant de conclure une assurance responsabilité civile, les dirigeants pourraient alors se libérer des risques liés à leur activité de gestion. Ce problème se pose cependant déjà *de lege lata* : le patrimoine limité des dirigeants peut faire perdre tout intérêt à l'introduction d'une action en responsabilité. De fait, la crainte qu'un plafonnement de la responsabilité lié au dommage assuré puisse conduire les sociétés à renoncer à toute couverture est infondée pour deux raisons : tout d'abord, ce choix est risqué pour les actionnaires, qui renonceraient à un important moyen de contrôle sur les dirigeants [1194] ; ensuite, il est permis de présumer que les membres du conseil d'administration, qui est l'organe compétent pour souscrire une assurance D&O au nom de la société, ne verront pas de problème à s'offrir le bénéfice d'une couverture d'assurance aux frais de la société.

478 Une approche strictement basée sur la fonction préventive de la responsabilité imposerait en réalité d'aller encore plus loin et de prévoir un plafonnement uniquement lié à la rémunération des dirigeants, accompagné d'une interdiction d'assurer leur responsabilité [1195]. Cette solution ne tient pas compte du fait que – indépendamment de la réflexion sur la fonction compensatoire ou préventive de la responsabilité – le moteur de l'action en responsabilité reste la perspective de gain pour le demandeur. Elle perdrait tout attrait économique, en particulier pour les actionnaires, si le substrat de responsabilité était réduit à une petite part du patrimoine des dirigeants responsables.

479 Nonobstant ces réflexions sur le montant approprié d'une limite de responsabilité, la sécurité offerte par un plafonnement n'a pas que des effets positifs. En s'engageant à couvrir les risques – limités – encourus par le dirigeant, un tiers pourrait dans les faits libérer celui-ci de tout incitatif à agir de manière diligente dans l'intérêt de la société qu'il gère ; ce type de convention d'indemnisation est courant dans la relation entre un administrateur fiduciaire et son mandant ou entre l'administrateur d'une filiale et la société mère. Ces réflexions rejoignent celles de HANS CASPAR VON DER CRONE et BENJAMIN BLOCH sur l'opportunité d'une limitation de la responsabilité pour les manquements au devoir de fidélité : l'exploitation de la fortune sociale à des fins non couvertes par l'intérêt social ne constitue en aucun cas un risque inhérent à la gestion et ne devrait donc pas être couverte par une limitation

[1192] WAGNER 2014, p. 279 s.
[1193] HABLÜTZEL 2009, p. 195 ; voir ég. WAGNER 2014, p. 278.
[1194] Comp. RUFFNER 2000, p. 226.
[1195] BAYER/SCHOLZ 2014, p. 931, 933 ainsi que la « *grosse Lösung* » de GERHARD WAGNER *in* WAGNER 2014, p. 278.

de la responsabilité [1196]. Il pourrait donc être indiqué d'exclure du plafonnement de la responsabilité les actes contraires au devoir de fidélité [1197]. Dans la mesure où le devoir de fidélité se définit comme le devoir d'agir conformément à l'intérêt social [1198], il nous semble cependant qu'il resterait peu de place pour des manquements qui ne violeraient pas le devoir de fidélité. En toute hypothèse, la délimitation sera un exercice hasardeux dans le cas d'espèce [1199]. Une approche plus adéquate pourrait être de maintenir une responsabilité illimitée aux cas de manquement intentionnel aux devoirs des dirigeants ou, alternativement, en cas d'infraction pénale, p. ex. en cas de gestion déloyale (art. 158 CP). À l'aide de ces critères, il devrait être possible de départager les manquements dans la gestion des actes intéressés des dirigeants. Il est en effet difficile d'imaginer qu'un organe agisse dans son propre intérêt ou celui d'un tiers aux dépens de la société sans en avoir conscience. Un plafonnement de la responsabilité des organes de gestion pour toute forme de négligence correspondrait d'ailleurs à la solution qui se dessine dans le contexte de la responsabilité des réviseurs (art. 759 al. 2 AP-CO 2014) [1200].

Il est vrai que la délimitation entre une négligence et un acte intentionnel n'est pas toujours évidente, en particulier lorsqu'il est question de dol éventuel ; il nous semble toutefois qu'un plafonnement de la responsabilité pour toute forme de négligence permet d'éviter avec suffisamment de prévisibilité une sanction exorbitante en cas de réalisation d'un risque inhérent à la gestion. 480

En ce qui concerne la mise en œuvre d'un tel plafonnement de la responsabilité, nous considérons qu'il devrait reposer sur la loi ; une solution statutaire permettrait aux actionnaires de choisir une solution encourageant des prises de risques excessives au détriment des autres parties prenantes de la société. Puisque le plafond de la responsabilité dépendrait du montant de la couverture d'assurance, il deviendrait cependant nécessaire que les actionnaires puissent être renseignés sur l'étendue de de celle-ci ; les modalités d'une telle information, p. ex. une inclusion dans le rapport de gestion ou de rémunération ou plutôt une communication réactive, demeurent ouvertes [1201]. 481

4. Limitation de la responsabilité envers les investisseurs

En ce qui concerne la responsabilité des dirigeants envers les investisseurs, il faut distinguer 482

[1196] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 103.
[1197] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 103.
[1198] N 43 *supra*.
[1199] BAYER/SCHOLZ 2014, p. 932.
[1200] En accord avec à la limite tracée dans l'avant-projet 2014 : BÖCKLI 2009, § 18 N 192v. Également favorable à cette solution dans la mesure où la LCA n'interdit pas d'assurer la négligence grave (art. 14 al. 2 LCA) : CATALAN 2007, p. 20.
[1201] Voir not. N 640 *infra*.

selon que l'action en responsabilité se base sur l'art. 41, 752 ou 754 CO. Comme nous l'avons vu ci-dessus, les responsabilités fondées sur le droit de la société anonyme (art. 752 ss CO) sont de nature impérative ; il ne peut donc y être dérogé par une disposition contractuelle ou statutaire [1202].

483 En ce qui concerne la responsabilité fondée sur l'art. 41 CO ou le principe de la confiance, une exclusion de la responsabilité pour faute légère n'est pas exclue *de lege lata* [1203]. Dans le cas concret, il faudra essentiellement déterminer si l'actionnaire a valablement renoncé à ses droits dans le cadre d'un accord passé avec la société ou ses dirigeants [1204].

484 *De lege ferenda*, il serait sans doute opportun d'aligner la responsabilité des organes de gestion envers les actionnaires sur celle envers la société. Une responsabilité envers les tiers plus sévère qu'envers la société serait en tous les cas difficilement conciliable avec le principe d'une gestion orientée d'après les intérêts de la société. On notera d'ailleurs que le CO de 1881 prévoyait que la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires et les tiers était limitée aux actes intentionnels [1205].

485 La question d'une limitation de la responsabilité est particulièrement importante dans le contexte d'une éventuelle législation sur les manquements en cas de diffusion d'informations inexactes sur les marchés boursiers ; dans ce contexte, PETER BÖCKLI plaide pour une responsabilité pour les renseignements inexacts uniquement pour les actes intentionnels ou les négligences graves [1206] ; les fautes non graves ne seraient pas sanctionnées. Cette solution se justifie notamment en raison de la réactivité exigée des sociétés dans le contexte de la publicité événementielle ; il s'agit d'un domaine où la survenance de négligences est très difficilement évitable [1207]. Pour les motifs de prévisibilité que nous avons évoqués dans le contexte de la limitation de la responsabilité envers la société, nous considérons qu'il serait préférable de prévoir un plafonnement de la responsabilité pour toute négligence [1208].

5. Conclusion intermédiaire

486 La loi ne règle pas explicitement les limitations à la responsabilité des dirigeants. Cependant,

[1202] N 447 *supra*. Voir ég. CATALAN 2007, p. 22 n. 94.

[1203] ATF 120 II 58, consid. 3a, JdT 1994 I 754 ; 107 II 161, consid. 8a, JdT 1981 I 582 ; BK-BREHM, art. 41 N 231 ss ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 100 N 12.

[1204] JENNY 2012, N 598 ; plus généralement : CR CO I-THÉVENOZ, art. 100 N 13.

[1205] Lors de la révision de 1991, le Conseil des États avait aussi proposé l'introduction d'un alinéa 1bis à l'art. 754, dont la teneur était la suivante : « ils répondent à l'égard de chaque actionnaire et des créanciers de la société des dommages qu'ils ont occasionnés par une violation volontaire ou gravement fautive de leurs obligations » (BO CE 1988, p. 524 ss).

[1206] BÖCKLI 2009, § 18 N 83. *Contra* : SUTER 2010, p. 327.

[1207] BÖCKLI 2009, § 18 N 76 ; WATTER/REICHENBERG 2005, p. 984 s.

[1208] N 476 *supra*.

les dispositions relatives à la responsabilité des organes de la société anonyme sont de nature impérative. Par conséquent, *de lege lata*, il n'est pas possible de déroger au régime prévu par la loi et de limiter la responsabilité des dirigeants par un contrat ou une clause statutaire.

Une responsabilité illimitée des organes de gestion peut apparaître inadéquate du point de vue de la prévention. En raison du déséquilibre entre le bénéfice résultant de l'activité de gestion et les risques liés à la responsabilité, les organes peuvent être incités à adopter un comportement excessivement prudent. Pour le dirigeant, il est en effet très difficile de s'assurer *ex ante* que ses actes ne seront pas remis en question par un juge. Il peut dès lors se justifier d'assouplir le régime de responsabilité afin d'encourager la gestion dans l'intérêt de la société. Cependant, une limitation de la responsabilité ne devrait être envisagée *de lege ferenda* que si l'action en responsabilité constitue une menace sérieuse. Le constat actuel est plutôt celui d'une mise en œuvre judiciaire défaillante, en particulier hors de la faillite de la société. En l'état actuel des choses, la question d'une limitation de la responsabilité est donc secondaire. 487

Dans l'hypothèse où celle-ci deviendrait nécessaire à la suite d'une amélioration du cadre procédural, il serait approprié de plafonner le montant de la responsabilité à la somme couverte par l'assurance responsabilité civile des dirigeants. Cette solution offre en effet une grande prévisibilité et permet d'aligner les intérêts du dirigeant sur ceux de la société. Pour autant que l'assurance responsabilité civile fasse l'objet d'un certain encadrement – que nous développerons plus loin (N 529 *infra*) –, la limitation proposée tient compte à la fois des aspects de prévention et du besoin de maintenir un substrat suffisant pour que l'action en responsabilité reste attrayante. Pour des motifs de prévisibilité, ce plafond devrait s'appliquer à toute forme de négligence et reposer directement sur la loi. 488

Ce régime devrait auss s'appliquer à la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires fondée sur les art. 752 et 754 CO. Il est préférable à une exclusion de la responsabilité pour faute légère ou moyenne dans le cadre d'une future législation relative à la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes. 489

Chapitre 9

Indemnisation du défendeur par la société

1. Introduction

Il arrive que les sociétés tentent de décharger les dirigeants des risques liés à leur responsabilité en concluant avec eux des conventions portant sur la prise en charge par la société des coûts qu'ils encourent en lien avec la responsabilité ; ces accords peuvent concerner le remboursement des frais de défense de l'organe attaqué, mais aussi la prise en charge de l'indemnité due par un dirigeant condamné en responsabilité. Par ce biais, il est possible de transférer les risques d'une gestion défectueuse à la société ; il faut dès lors s'interroger sur l'effet que ces contrats ont sur la fonction préventive de la responsabilité. Il s'agit d'ailleurs d'une problématique spécifique à l'action en responsabilité intentée hors faillite, puisqu'un tel engagement de la société perdrait toute valeur dans le cadre d'une liquidation forcée de la société [1209]. 490

Le présent chapitre porte l'admissibilité de principe d'accords d'indemnisation passés entre la société et les dirigeants, les conditions de la validité de telles conventions ainsi que leur portée. Nous n'aborderons pas la question de l'indemnisation d'un organe de gestion par un tiers, p. ex. dans le cadre d'un mandat fiduciaire. Ce type d'indemnisation, qui obéit aux règles régissant la relation entre l'administrateur fiduciaire et la personne qui l'a délégué (contrat de mandat ou de travail, convention d'actionnaires, organe) ne produit d'effets qu'entre les parties au contrat [1210]. 491

Nous commencerons par développer les questions de compétence relatives à la conclusion d'un accord d'indemnisation par la société (N 493 s. *infra*). Nous présenterons ensuite le mécanisme de l'avance et du remboursement des frais de défense (N 496 ss *infra*) et enfin la prise en charge par la société de l'indemnité à laquelle serait condamné un dirigeant. 492

[1209] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 100 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 861.

[1210] FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 245 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 60 ; BAZZANI 2007, p. 13 ss ; CATALAN 2007, p. 25. On pourrait éventuellement assimiler un contrat passé entre l'actionnaire unique et les dirigeants au consentement de la société ; en détail à ce sujet BAZZANI 2007, p. 39 ss. Sur l'exception du consentement du lésé, N 53 *supra*.

L'admissibilité de tels engagements de la société dépend, selon certains auteurs, de l'identité de la personne lésée et de celle qui invoque la prétention en responsabilité. Nous opérerons dès lors une distinction entre la situation ou la société est lésée (N 504 s. *infra*) de celle où le préjudice est subi par un tiers, en particulier un actionnaire (N 506 *infra*).

2. Compétence pour engager la société à indemniser les dirigeants

493 La décision de la société de prendre en charge les indemnités et les frais de défense dus par les dirigeants dans le cadre d'une action en responsabilité relève *a priori* de la compétence générale résiduelle du conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO) [1211]. Il faut cependant relever qu'une convention d'indemnisation passée entre la société et ses organes de gestion est un cas typique de contrat avec soi-même. La validité de ce contrat présuppose donc une autorisation ou une ratification d'un organe de même niveau ou de niveau supérieur [1212]. Si l'accord concerne un administrateur, il devra ainsi être approuvé par le conseil d'administration. Si tous les membres du conseil d'administration sont frappés d'un conflit d'intérêts, il sera nécessaire d'en référer à l'assemblée générale [1213].

494 Au-delà de ces règles formelles conditionnant la validité du contrat d'indemnisation, l'engagement de la société doit être conforme à l'intérêt social [1214] ; en raison du conflit d'intérêts inhérent à ce type d'accords, les organes qui les contractent au nom de la société devront être en mesure de justifier de leur opportunité.

495 En réalité, il faut se demander si la compétence du conseil d'administration pour conclure des conventions d'indemnisation ne devrait pas être généralement niée. Une telle interdiction ne ressort pas explicitement de la loi. Cependant, elle peut être déduite des prérogatives attribuées aux organes en lien avec les prétentions en responsabilité. Le seul acte réglé dans la loi qui se rapproche fonctionnellement d'une renonciation à une prétention en responsabilité est l'octroi de la décharge, réservé à l'assemblée générale en vertu de l'art. 698 al. 2 ch. 5 CO. Cette décision ne concerne certes que la prétention sociale, mais elle indique néanmoins que le législateur a voulu retirer au conseil d'administration le pouvoir de disposer de prétentions en responsabilité contre des organes de gestion [1215]. Or en concluant un accord d'indemnisation, les dirigeants s'exonèrent à l'avance, aux frais de la société, d'une partie ou de la totalité de leur responsabilité [1216]. La généralisation de l'idée directrice de la

[1211] Dans ce sens : DAENIKER 2009, p. 387.

[1212] N 112 ss *supra*.

[1213] DAENIKER 2009, p. 387 s. ; voir N 112 *supra*. Contrairement à ce que présume DANIEL DAENIKER, l'octroi de la décharge ne constitue pas une ratification (N 55 *supra*).

[1214] BÖCKLI 2009, § 13 N 859.

[1215] Par ailleurs, même le pouvoir de l'assemblée générale en la matière est limité, puisqu'elle ne peut renoncer qu'à l'action (voir les N 364 ss *supra*).

[1216] JENNY 2012, N 610 et renvoi au N 594.

décharge peut être discutable ; compte tenu du conflit d'intérêts quasi inhérent aux accords discutés ici, elle nous semble cependant être un argument fort en faveur d'une compétence exclusive de l'assemblée générale.

3. Prise en charge des frais de défense

La prise en charge des frais de défense comprend deux volets : le soutien financier pendant la procédure et le sort des sommes avancées par la société à la fin de celle-ci. 496

3.1. Soutien financier en cours de procédure

Il peut être dans l'intérêt de la société de soutenir financièrement l'administrateur engagé dans une procédure en responsabilité, en particulier lorsqu'il doit se défendre contre des actions en responsabilité cavalières [1217]. La doctrine admet ainsi que la société puisse avancer à l'administrateur ses frais de défense sous la forme d'un prêt [1218]. Dans le cas concret, la décision de soutenir financièrement un dirigeant engagé dans une procédure en responsabilité doit cependant respecter les règles de compétence et de publication applicables aux prêts accordés aux organes [1219]. 497

Cette prise en charge provisoire des frais de défense ne saurait être dans l'intérêt de la société si celle-ci est elle-même demanderesse [1220]. En effet, il serait difficile de justifier le financement de la défense d'un dirigeant dont elle estime qu'il a manqué à ses devoirs [1221]. L'opportunité d'une prise en charge provisoire des frais de défense du dirigeant sera également douteuse si la défense du dirigeant n'a que très peu de chances de réussir et que les reproches qui lui sont faits sont particulièrement graves [1222]. 498

Il faut aussi se demander si la société peut soutenir financièrement l'organe de gestion attaqué dans le cadre d'une action oblique. Dans la mesure où cette action est intentée dans l'intérêt de la société, il semble mal venu que celle-ci finance la défense du dirigeant. Il peut cependant s'agir d'une mesure de protection utile contre une action abusive d'un actionnaire. Cette justification n'existerait cependant plus dans le cadre d'une action intentée après que 499

[1217] DAENIKER 2009, p. 383 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 855.

[1218] BÖCKLI 2009, § 13 N 855 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 64 ; BÄRTSCHI 2001, p. 45 ; DAENIKER 2003, p. 534. *Contra*, apparemment : RUFFNER 2000, p. 223.

[1219] BÖCKLI 2009, § 13 N 856. L'art. 15 al. 1 ORAb oblige les sociétés dont les actions sont cotées en bourse à indiquer dans le rapport de rémunération les prêts consentis aux membres du conseil d'administration et de la direction.

[1220] BÖCKLI 2009, § 13 N 856 ; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 248.

[1221] BÖCKLI 2009, § 13 N 856, n. 2278. *Contra* : CATALAN 2007, p. 27.

[1222] BÖCKLI 2009, § 13 N 856.

l'actionnaire ait été autorisé à agir aux frais de la société selon l'art. 697*k* AP-CO 2014, puisque les conditions prévues à l'alinéa 2 de cette disposition permettent de garantir que l'action en responsabilité est dans l'intérêt de la société. Le cas échéant, l'intérêt social n'autorisera plus la société à avancer les frais de défense du dirigeant.

3.2. Prise en charge définitive des frais de défense

500 La prise en charge définitive des frais de défense peut prendre plusieurs formes. La société peut ainsi prévoir que le dirigeant sera intégralement indemnisé, quelle que soit l'issue du procès, ou au contraire faire dépendre cette prise en charge du résultat, en l'excluant p. ex. si une faute grave est admise [1223]. Les modalités de cette prise en charge doivent être conformes à l'intérêt social [1224]. En toute hypothèse, la société ne peut renoncer à l'avance à réclamer au dirigeant le remboursement des frais avancés par celle-ci [1225].

501 Lorsque l'organe défendeur a gain de cause, la société peut décider de prendre en charge la part des frais qui n'est pas couverte par l'octroi des frais judiciaires et des dépens ; une indemnisation plus grande constituerait une prestation indue au sens de l'art. 678 CO [1226]. Le cas échéant, le dirigeant est tenu de rembourser ce montant ; les dirigeants qui décident, au nom de la société, de renoncer au remboursement des frais engagent leur responsabilité en vertu de l'art. 754 al. 1 CO.

502 En cas de condamnation de l'administrateur, la doctrine est partagée sur l'admissibilité d'une renonciation de la société à exiger le remboursement de l'avance qu'elle a fournie ; PETER BÖCKLI l'admet si le manquement n'était pas intentionnel ou gravement négligent [1227]. Il s'agit en définitive d'une question qui relève de l'appréciation de l'intérêt social [1228]. La société se trouvant appauvrie en raison de cette renonciation à une prétention, une justification particulière sera nécessaire. En toute hypothèse, si l'administrateur s'est rendu coupable d'une négligence grave ou d'un acte intentionnel, la renonciation au remboursement des frais de défense saurait difficilement être dans l'intérêt de la société [1229].

503 Si le litige est réglé par une transaction, il faut partir du principe que la société peut renoncer au remboursement de l'avance des frais de défense ; il n'existe pas, en pratique, de transaction dans laquelle un dirigeant admet avoir commis une faute grave [1230].

[1223] DAENIKER 2003, p. 533.
[1224] BÖCKLI 2009, § 13 N 859.
[1225] DAENIKER 2009, p. 383 s. *Contra*, pour les cas de faute légère : CATALAN 2007, p. 27.
[1226] BÖCKLI 2009, § 13 N 857.
[1227] BÖCKLI 2009, § 13 N 858a. *Contra* : DAENIKER 2003, p. 534.
[1228] Comp. BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 65.
[1229] BÖCKLI 2009, § 13 N 858a ; DAENIKER 2009, p. 384.
[1230] BÖCKLI 2009, § 13 N 859.

4. Prise en charge de l'indemnité

4.1. En cas de dommage subi par la société

La doctrine est partagée sur l'admissibilité d'une prise en charge de l'indemnité qu'un dirigeant serait condamné à verser à la société ; certains auteurs considèrent qu'une indemnisation serait admissible en cas de négligence non grave [1231] ; la majorité rejette cependant l'idée d'une indemnisation par la société elle-même [1232]. 504

À notre sens, il faut exclure toute forme de prise en charge de la réparation qu'un organe de gestion serait condamné à verser à la société. Tout d'abord, cette indemnisation équivaudrait économiquement à exonérer au moins partiellement les dirigeants de leur responsabilité, ce qui contrevient au caractère impératif des art. 752 ss CO ; un tel accord est illicite et, partant, nul en application de l'art. 20 al. 1 CO [1233]. Ensuite, dans le cas où la société est lésée, cette prise en charge reviendrait à prendre dans une poche pour mettre dans l'autre en payant au passage des frais d'avocat [1234] ; elle priverait l'action en responsabilité de tout attrait économique. Enfin, libérer les dirigeants de leur risque de devoir payer une indemnité met à mal l'effet dissuasif associé à la responsabilité des dirigeants [1235]. 505

4.2. En cas de dommage subi par l'actionnaire

La prise en charge par la société de réparations dues à un actionnaire est considérée par certains auteurs comme moins problématique et dès lors admise en ce qui concerne les indemnités résultant d'une négligence non grave [1236]. À l'appui de cette position, on relèvera que l'art. 722 CO prévoit déjà que la société est engagée par les actes illicites commis par les personnes autorisées à la gérer ou à la représenter ; par ailleurs, le problème de circularité ne se pose pas dans ce cas puisque l'indemnisation causerait un transfert de biens de la société vers l'actionnaire [1237]. Dans la mesure où la fonction de compensation de la responsabilité 506

[1231] CATALAN 2007, p. 24 s. Dans le même sens, BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 61 ; BAUEN/BERNET/ROUILLER 2007, N 594 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 862, qui ne semblent toutefois pas faire de distinction entre l'indemnité due à la société et celle due à un actionnaire. Voir ég. l'analogie opérée avec le droit du travailleur à se faire rembourser les frais imposés par l'exécution du travail (art. 327*a* al. 1 CO) *in* DAENIKER 2009, p. 386, qui n'est pas sans rappeler l'argumentaire développé en lien avec l'exclusion de la responsabilité en cas de faute légère (N 441 ss *supra*).

[1232] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 100 ; HALLER 2008, N 632 ; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 247 ; FORSTMOSER 1987, N 560.

[1233] HALLER 2008, N 632. *Contra* : BAUEN/BERNET/ROUILLER 2007, N 594.

[1234] Voir RUFFNER 2000, p. 223, qui parle de circularité.

[1235] RUFFNER 2000, p. 224.

[1236] BÖCKLI 2009, § 13 N 862 ; DAENIKER 2009, p. 387. Pour une admissibilité indépendamment de la gravité de la faute : CATALAN 2007, p. 25.

[1237] RUFFNER 2000, p. 225.

n'est pas menacée dans ce cas, on peut admettre que ce type d'accord ne contrevient pas à la nature impérative de la responsabilité [1238]. En toute hypothèse, une prise en charge de l'indemnité par la société doit s'inscrire dans l'intérêt social. Ceci nécessitera une justification particulière, car le patrimoine de la société se trouve diminué en faveur des dirigeants [1239].

5. Conclusion intermédiaire

507 La décision de prendre en charge les frais de défense des administrateurs ou les réparations auxquelles ils sont condamnés doit obéir à la maxime de l'intérêt social. On admet en général que les accords d'indemnisation peuvent être conclus par le conseil d'administration ; le cas échéant, il devra veiller à respecter les règles applicables en matière de prêts à des proches et de conflits d'intérêts. Dans la mesure où la conclusion de telles conventions équivaut à exonérer totalement ou partiellement les dirigeants, à l'avance et aux frais de la société, nous estimons qu'il serait mieux indiqué de réserver cette compétence à l'assemblée générale.

508 La société peut avancer les frais de la défense du dirigeant pour autant que la cause ne soit pas dénuée de chances de succès et que le demandeur ne soit pas la société elle-même. Savoir si la société peut renoncer à exiger le remboursement de l'avance fournie est une question qui s'apprécie en fonction de l'intérêt social ; comme cette renonciation appauvrit la société, une justification particulière sera nécessaire.

509 La prise en charge des réparations dues par un administrateur est exclue en cas de dommage de la société. Elle devrait être admissible en cas de dommage subi par un actionnaire, pour autant que le dirigeant n'ait pas été condamné en raison d'une négligence grave ou d'un acte intentionnel. En toute hypothèse, la prise en charge doit être conciliable avec l'intérêt social. Ici aussi, une justification particulière sera nécessaire pour cette prestation de la société en faveur des organes de gestion.

[1238] Dans ce sens : JENNY 2012, N 611. *Contra* : BÄRTSCHI 2001, p. 45 ; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 248.

[1239] JENNY 2012, N 611 ; DAENIKER 2009, p. 389 ; BÄRTSCHI 2001, p. 45 n. 170.

Chapitre 10

Assurance

1. Introduction

Il est de plus en plus fréquent que les organes de gestion bénéficient d'une assurance responsabilité civile pour leur activité [1240] ; celle-ci peut être souscrite par le dirigeant lui-même ou par la société en faveur de ses organes. La conclusion d'une assurance responsabilité civile leur permet de se prémunir contre les conséquences patrimoniales de la responsabilité civile en externalisant celles-ci vers un tiers, l'assureur [1241]. Ce transfert des risques joue un rôle important sur l'effet préventif de la responsabilité ; la couverture des dommages potentiels par l'assureur peut aussi influencer l'attractivité de l'action en responsabilité. Le présent chapitre a pour objet de détailler la mesure dans laquelle l'assurance contribue ou non à l'équilibre de la responsabilité des organes. 510

Dans ce but, nous commencerons par présenter les formes d'assurance à disposition des dirigeants (N 512 ss ci-après). Nous nous concentrerons ensuite sur l'assurance D&O *(directors & officers)*, qui est la forme d'assurance la plus fréquente pour la responsabilité des organes de gestion et offre également la couverture la plus complète [1242]. Nous en présenterons les principales caractéristiques (N 515 ss *infra*). Ceci nous permettra d'étudier les effets de l'assurance D&O du point de vue de la prévention de manquements aux devoirs (N 523 ss *infra*). Nous nous interrogerons enfin sur l'opportunité de réglementer cette forme d'assurance (N 528 ss ci-après). Nous évoquerons en particulier l'introduction dans la loi d'une obligation d'assurer les risques liés à la responsabilité des organes de gestion ainsi que d'une quote-part obligatoire à la charge de la personne assurée. 511

[1240] BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 66.
[1241] DAENIKER 2009, p. 383 ; WAGNER 2014, p. 246.
[1242] HALLER 2008, N 415.

2. Formes d'assurance responsabilité civile des organes de gestion

512 Il existe diverses formes d'assurance des risques liés à la responsabilité des organes de gestion. Tout d'abord, elle peut se présenter comme une extension de l'assurance responsabilité civile professionnelle, d'avocat p. ex. [1243]. Il existe ensuite des assurances individuelles spécifiques pour les administrateurs [1244]. L'assurance peut également être collective et sera alors souscrite par la société [1245] ; les formes d'assurance collective sont l'assurance responsabilité civile collective des administrateurs et l'assurance *directors & officers* (D&O).

513 Le cercle des bénéficiaires potentiels d'une assurance responsabilité civile individuelle est généralement limité : ces polices ne sont disponibles que pour les administrateurs non gérants [1246]. Leur couverture matérielle est également restreinte, dans la mesure où elles ne couvrent en principe que les prétentions fondées sur le droit suisse [1247].

514 Ces limites sont également valables pour l'assurance responsabilité civile collective pour les membres du conseil d'administration ; il arrive cependant qu'elle couvre également les administrateurs exécutifs [1248]. Cependant, seule l'assurance D&O inclut également les autres personnes chargées de la gestion [1249]. De plus, cette forme d'assurance offre une couverture en principe mondiale. Enfin, l'assurance D&O couvre également les prétentions de la société contre ses organes, ce qui n'est habituellement pas le cas des autres formes d'assurance responsabilité civile pour administrateurs [1250]. L'assurance D&O offre ainsi une couverture plus complète que les assurances individuelles ou l'assurance responsabilité civile des membres du conseil d'administration, aussi bien du point de vue personnel que matériel.

3. L'assurance D&O en particulier

3.1. Définition

515 L'assurance *directors and officers* (D&O) est une assurance destinée à protéger le patrimoine des dirigeants contre les conséquences patrimoniales de procès en responsabilité dirigés

[1243] LUTERBACHER 2003, p. 136 ; HÜTTE 1998, p. 1297.
[1244] BÖCKLI 2009, § 13 N 873.
[1245] LUTERBACHER 2003, p. 158.
[1246] BÖCKLI 2009, § 13 N 872 ; LUTERBACHER 2003, p. 155 s ; HÜTTE 1998, p. 1300.
[1247] LUTERBACHER 2003, p. 137 ; HALLER 2008, N 725.
[1248] LUTERBACHER 2003, p. 158.
[1249] BÖCKLI 2009, § 13 N 876 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 68 ; LUTERBACHER 2003, p. 160. Voir p. ex. section VII, ch. 25 CGA Zurich.
[1250] BÖCKLI 2009, § 13 N 876 ; VON DER CRONE 2006b, p. 4 ; voir ég. HALLER 2008, N 663. voir p. ex. art. 1.3 CGA Zurich.

contre eux et de la responsabilité civile découlant de leur activité d'organes de la société [1251]. Dans l'assurance D&O, le preneur d'assurance et débiteur des primes est la société ; les personnes assurées sont en principe tous les organes de la société, formels ou matériels [1252].

3.2. Compétence pour souscrire l'assurance au nom de la société

En raison de la compétence résiduelle de l'art. 716 al. 1 CO, le conseil d'administration dispose des prérogatives pour souscrire au nom de la société une assurance en faveur des dirigeants [1253]. *De lege lata*, la souscription d'une assurance D&O n'est pas une obligation pour les entreprises [1254]. La décision de souscrire une assurance en faveur des dirigeants relève dès lors de leur pouvoir d'appréciation [1255]. Dans la mesure où la souscription d'une assurance responsabilité civile peut constituer un avantage pour les dirigeants, une certaine attention doit être portée aux règles applicables en matière de contrat avec soi-même et de conflit d'intérêts [1256] ; il est toutefois admis que la souscription d'une assurance D&O est généralement compatible avec l'intérêt social [1257]. 516

3.3. Couverture de l'assurance D&O

3.3.1. Couverture territoriale

La couverture offerte par l'assurance D&O est en principe mondiale, à l'exception de prétentions invoquées au Canada et aux États-Unis, ainsi que certains types de prétentions fondées sur le droit d'États de *common law* [1258]. 517

[1251] HALLER 2008, N 393.

[1252] BÖCKLI 2009, § 13 N 887 ; LUTERBACHER 2003, p. 160.

[1253] FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 255 ; HALLER 2008, N 422. Selon HANS CASPAR VON DER CRONE, les actionnaires seraient les plus à même de décider comment les risques de responsabilité doivent être couverts en raison de leur position de *residual claimholders* (VON DER CRONE 2006b, p. 18) ; cette position omet le fait que les actionnaires, en raison de leur exposition limitée et de la possibilité de diversifier leurs investissements, ont une propension à la prise de risques que ne peuvent pas partager les dirigeants et les autres parties prenantes de l'entreprise.

[1254] HALLER 2008, N 444 ss.

[1255] Comp. HALLER 2008, N 692. HANS CASPAR VON DER CRONE considère cependant que l'administrateur qui se soumet à une responsabilité à laquelle il ne pourra pas faire face agit de manière négligente (VON DER CRONE 2006b, p. 14).

[1256] Voir N 109 ss et 117 ss *supra*.

[1257] Voir N 523 *infra*.

[1258] En détail : HALLER 2008, N 547 ss ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 13 N 876 ; LUTERBACHER 2003, p. 137.

3.3.2. Couverture matérielle

518 De manière générale, l'assurance D&O couvre les réparations dues par un dirigeant et fondées sur la responsabilité des personnes chargées de la gestion (art. 754 CO) et fournit une protection juridique [1259]. Les prétentions fondées sur la responsabilité délictuelle sont également couvertes, si elles découlent de l'exercice des attributions des dirigeants [1260]. Sont en revanche exclues les prétentions fondées sur un acte pénalement punissable [1261], ainsi que celles découlant d'une responsabilité fondée sur le droit des assurances sociales et le droit fiscal [1262]. En principe, l'assureur n'est pas prêt à couvrir le risque lié à la responsabilité pour le prospectus d'émission (art. 752 CO) [1263]. L'assurance D&O connaît enfin une exclusion spécifique pour les dommages résultant d'une atteinte à l'environnement [1264].

519 Alors que l'art. 14 al. 2 LCA autorise l'assureur à réduire sa prestation en cas de faute grave de la personne assurée, les polices D&O offrent généralement une couverture intégrale pour toute forme de négligence [1265]. Conformément à l'art. 14 al. 1 LCA, les prétentions fondées sur un acte intentionnel ne sont pas couvertes [1266].

520 Les polices D&O sont généralement plafonnées, avec des limites dépendant notamment de la taille de l'entreprise et de son secteur d'activités. Pour les entreprises qui ne dépassent pas les seuils fixés à l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO, MAX HALLER évoque des limites situées entre cinq et dix millions de francs [1267]. Selon cet auteur, les grandes entreprises avec un total du bilan jusqu'à 100 millions de francs, un chiffre d'affaires jusqu'à 200 millions de francs et jusqu'à 100 emplois à plein temps bénéficient d'une couverture pouvant aller de 10 à 30 millions de francs [1268]. Pour les multinationales, ce plafond peut aller jusqu'à 50 millions de francs ; la capacité d'assurance maximale en Suisse se situe autour de 200 millions de francs [1269].

521 Les polices d'assurance D&O prévoient parfois une participation de l'assuré, soit un montant à concurrence duquel il doit supporter lui-même le dommage malgré l'existence d'une

[1259] BÖCKLI 2009, § 13 N 876b ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 69 ; LUTERBACHER 2003, p. 137.
[1260] HALLER 2008, N 223 ; voir ég. LUTERBACHER 2003, p. 161.
[1261] BÖCKLI 2009, § 18 N 878 ; LUTERBACHER 2003, p. 152 ss. Il n'est toutefois pas exclu que l'assureur prenne en charge les frais de défense dans une procédure pénale (HALLER 2008, N 693 ; voir ég. art. 1.7 CGA Zurich).
[1262] BÖCKLI 2009, § 18 N 886 ; voir en détail HALLER 2008, N 703 ss.
[1263] BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 69.
[1264] LUTERBACHER 2003, p. 161.
[1265] BÖCKLI 2009, § 13 N 891 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 72 ; LUTERBACHER 2003, p. 162 ; voir p. ex. art. 1.4 CGA Zurich.
[1266] BÖCKLI 2009, § 13 N 891 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 73.
[1267] HALLER 2008, N 620 avec référence à l'art. 2 let. e LFus, qui fixe *grosso modo* les mêmes seuils qu'à l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO dans sa version révisée du 1er janvier 2012.
[1268] HALLER 2008, N 621.
[1269] HALLER 2008, N 622 ; voir ég. les chiffres avancés par LUTERBACHER 2003, p. 162 et VON DER CRONE 2006b, p. 4 s.

couverture d'assurance [1270]. À l'exception d'un éventuel soutien juridique, l'assureur ne fournit dès lors ses prestations qu'une fois que les coûts du cas de responsabilité ont dépassé le montant de cette quote-part [1271]. Selon THIERRY LUTERBACHER, la quote-part de participation se situe généralement à 10% de la somme assurée, avec un plafond à 50 000 francs [1272]. Cette participation est due par les personnes assurées, c'est-à-dire les organes ; mettre la quote-part à la charge de la société contreviendrait à l'interdiction des conventions d'indemnisation des dirigeants par celle-ci [1273].

3.3.3. Couverture temporelle

Les prétentions couvertes sont celles qui ont été invoquées par le lésé pendant la durée de la police [1274]. Il est généralement possible de convenir d'une extension de la couverture pour les prétentions fondées sur un manquement survenu pendant la durée du contrat, mais invoqué après la fin de celui-ci [1275]. 522

4. Influence de l'assurance D&O sur la fonction préventive de la responsabilité des organes de gestion

L'admissibilité de l'assurance D&O ne fait aucun doute dans la doctrine [1276]. De manière générale, on considère également qu'une telle couverture est dans l'intérêt de la société [1277]. À l'appui de cette affirmation, on évoque l'avantage qu'elle procure dans le recrutement de cadres compétents, mais aussi ses effets positifs sur l'aversion des dirigeants aux risques [1278]. En effet, elle permet de protéger efficacement les dirigeants contre des prétentions qu'ils ne seraient pas en mesure de couvrir avec leur patrimoine personnel [1279]. Bien que sa couverture matérielle ne soit pas illimitée, il faut partir du principe qu'elle permettra en particulier de couvrir les risques liés à la gestion pure, particulièrement délicats du point de 523

[1270] HALLER 2008, N 434.
[1271] HÜTTE 1998, p. 1301.
[1272] LUTERBACHER 2003, p. 162 ; voir ég. HÜTTE 1998, p. 1301. Selon MAX HALLER, l'inclusion d'une quote-part à la police d'assurance serait toutefois exceptionnelle (HALLER 2008, N 437).
[1273] HALLER 2008, N 436. Voir les N 504 ss ci-devant.
[1274] BÖCKLI 2009, § 18 N 892 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 70 ; HÜTTE 1998, p. 1302.
[1275] BÖCKLI 2009, § 18 N 892.
[1276] BÖCKLI 2009, § 13 N 875 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 65 ; DAENIKER 2009, p. 382 ; HALLER 2008, N 433 ; RUFFNER 2000, p. 227 ; voir ég. EU Study, p. 184.
[1277] BÖCKLI 2009, § 13 N 868 ; DAENIKER 2003, p. 532 ; RUFFNER 2000, p. 226 ss ; DAENIKER 2009, p. 382 ; HALLER 2008, N 433.
[1278] HALLER 2008, N 421, 433 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 65 ; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 254 ; DAENIKER 2003, p. 532.
[1279] EU Study, p. 184.

vue de la prévisibilité. Enfin, l'assurance D&O joue à l'évidence un rôle important dans la problématique de la compensation puisqu'elle garantit la disponibilité d'un certain substrat de responsabilité [1280].

524 La couverture offerte par l'assurance D&O n'est cependant pas illimitée : les prétentions sont plafonnées et de nombreux domaines, en particulier les responsabilités fondées sur le droit public ou sur des actes pénalement punissables, sont exclus [1281]. Comme nous l'avons évoqué plus haut, ces lacunes pourraient rendre nécessaire une limitation de la responsabilité sous peine d'exposer les dirigeants à une responsabilité exorbitante [1282]. L'examen de la pratique suisse semble toutefois démontrer que la couverture fournie par l'assurance suffit dans la plupart des cas à liquider les cas de responsabilité de manière satisfaisante pour les lésés [1283]. Une participation financière des dirigeants n'entrerait en ligne de compte que si les prétentions invoquées ne sont que partiellement couvertes ou que les dommages invoqués dépassent largement la couverture d'assurance et que la situation financière des dirigeants est particulièrement confortable [1284]. Il apparaît dès lors que l'assurance D&O contribue déjà grandement à la limitation de l'aversion au risque, en particulier dans la mesure où les assureurs renoncent généralement à réduire leurs prestations en cas de négligence grave (art. 14 al. 2 LCA) [1285]. En toute hypothèse, elle offre une couverture suffisante dans le domaine de ce que d'aucuns appellent les « risques inhérents à la gestion », soit les potentielles négligences dont la survenance est très difficile à éviter dans l'exercice, sur la durée, des attributions des dirigeants [1286]. La même chose devrait valoir dans le domaine des décisions de gestion ; dès lors, l'incertitude liée à l'appréciation de ces *ex post* par un juge [1287] ne doit plus avoir d'incidence sur les choix que feront les dirigeants. Il faut donc retenir que malgré les limites de couverture, l'assurance D&O a un effet bénéfique du point de vue de l'aversion des dirigeants aux risques. Par corollaire, une limitation de la responsabilité ne devrait pas s'avérer nécessaire pour encourager une activité de gestion dans l'intérêt de la société et ne constitue par conséquent pas un enjeu primordial du débat relatif à la responsabilité des dirigeants [1288].

525 L'externalisation des coûts liés à la responsabilité des organes peut cependant s'accompagner d'effets indésirables. Elle crée en effet le risque que le dirigeant, qui ne supporte plus les coûts de sa négligence, n'ait plus d'incitatif à exercer ses attributions de manière diligente [1289]. En

[1280] WEBER 2012, p. 212 ; HALLER 2008, N 433 ; BÄRTSCHI 2001, p. 41 ; GLANZMANN 2000, p. 179.
[1281] BÖCKLI 2009, § 18 N 877 ss ; HALLER 2008, N 443. Voir les N 518 ss *supra*.
[1282] N 473 *supra*.
[1283] HALLER 2008, N 623.
[1284] HALLER 2008, N 623 n. 1377.
[1285] Plus mitigé, en raison des incertitudes entourant l'étendue de la couverture des assurances D&O : BÖCKLI 2009, § 13 N 895.
[1286] Voir N 441 ss *supra*.
[1287] Voir N 105 *supra*.
[1288] N 468 *supra*.
[1289] WAGNER 2014, p. 246 ; VON DER CRONE 2006b, p. 18 n. 107 ; RUFFNER 2000, p. 224.

principe, cet aléa moral *(moral hazard)* peut être évité grâce de la surveillance exercée par l'assureur sur la personne assurée ; si celle-ci adopte un comportement risqué, il répondra par l'introduction d'une quote-part ou d'une franchise, par des exclusions de responsabilité ou par une adaptation des primes [1290]. Puisqu'un comportement négligent aura des conséquences négatives sur sa situation, le dirigeant continuera à exercer ses attributions avec diligence.

L'assurance D&O présente toutefois des particularités qui influent fortement sur la gestion de l'aléa moral. Tout d'abord, l'assurance est basée sur une analyse de risque collective ; les caractéristiques personnelles des dirigeants ne sont prises en compte qu'exceptionnellement [1291] ; ainsi, les questionnaires d'évaluation des assureurs portent essentiellement sur des paramètres liés à la société [1292]. Dès lors, l'assureur n'est pas en mesure d'observer et d'analyser les risques que pose l'administrateur individuel et d'adapter ses prestations en conséquence [1293]. Qui plus est, les primes sont payées par la société ; une adaptation de celles-ci en raison de manquements passés a donc des conséquences financières pour celle-ci, mais pas pour le ou les dirigeants fautifs [1294]. Dans ces circonstances, le seul outil de surveillance qui pourrait avoir une influence sur l'aléa moral lié à l'assurance responsabilité civile des dirigeants serait la participation de l'assuré aux coûts de la responsabilité, raison pour laquelle nous étudierons ci-dessous l'opportunité d'introduire dans la loi une quote-part obligatoire à la charge des personnes assurées [1295]. 526

Les lacunes dans la surveillance que nous venons d'évoquer sont moins susceptibles de survenir lorsque les administrateurs sont couverts par une assurance individuelle [1296] ; on peut donc se demander si les solutions collectives devraient être proscrites dans l'intérêt de la fonction préventive de la responsabilité. La solution individuelle est cependant plus coûteuse dans la mesure où une couverture d'assurance doit être trouvée pour chaque dirigeant individuel ; il n'est pas exclu que ces coûts soient ensuite répercutés sur la rémunération des dirigeants [1297]. Surtout, l'existence de couvertures diverses rendra plus complexe et longue la liquidation des dommages, ce qui s'oppose à une mise en œuvre efficace de la responsabilité [1298]. L'assurance collective semble donc rester la solution la plus avantageuse du point de vue d'un régime de responsabilité équilibré. 527

[1290] SPINDLER 2013, p. 896 ; WAGNER 2014, p. 246 ; 228 DAENIKER 2003, p. 532 ; RUFFNER 2000. Voir ég. HALLER 2008, N 442, pour qui la réalité de l'aléa moral n'est pas attestée dans le contexte de l'assurance responsabilité civile des administrateurs.

[1291] HALLER 2008, N 420 ; WAGNER 2014, p. 246.

[1292] Voir l'exposé de BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 67.

[1293] WAGNER 2014, p. 246.

[1294] WAGNER 2014, p. 247 ; SPINDLER 2013, p. 897.

[1295] N 529 ss *infra*.

[1296] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 108 s.

[1297] MAX HALLER considère également comme problématique le fait qu'un cumul de mandats mènerait à une augmentation des primes pour l'administrateur (HALLER 2008, N 725).

[1298] BÖCKLI 2009, § 13 N 870.

5. L'assurance des risques de responsabilité civile des dirigeants *de lege ferenda*

5.1. Assurance obligatoire pour les dirigeants ?

528 Dans le but de garantir la fonction de compensation de la responsabilité des organes, il a été proposé d'instituer une obligation légale de souscrire une assurance responsabilité civile des organes de gestion [1299]. Cette proposition est motivée par un souci de protection des tiers et la préoccupation – légitime – de ne pas faire supporter les coûts de la responsabilité aux seuls réviseurs et à leurs assureurs [1300]. Il nous semble toutefois qu'imposer la conclusion d'une assurance de type D&O aurait des conséquences néfastes qu'il est difficile de justifier. Ainsi, dans certains secteurs, l'obtention d'une couverture d'assurance est très coûteuse, voire exclue en raison des risques liés à l'activité de l'entreprise [1301]. L'obligation de s'assurer engendrerait dès lors une augmentation des coûts de la gestion [1302], ce qui peut être délicat pour les sociétés aux capacités économiques limitées ou dont le modèle d'affaires repose sur une certaine prise de risques [1303]. L'assurance obligatoire aurait également pour conséquence que l'accès à une position de dirigeant serait soumis à la condition de l'obtention d'une couverture d'assurance à un prix abordable, ce qui revient à donner aux assureurs la mainmise sur l'accès à ces postes [1304]. Manifestement, il est difficilement justifiable de laisser cette prérogative à des organismes poursuivant des intérêts privés. On peut répondre à cela que l'assurance responsabilité civile des organes de gestion fait déjà partie des bonnes pratiques en matière de gouvernement d'entreprise et que l'obligation de s'assurer ne fait que généraliser celles-ci [1305]. Obliger les sociétés ou les administrateurs à s'assurer de la sorte affaiblirait cependant fortement leur position dans la négociation des conditions de l'assurance, ce qui se traduirait également par une augmentation des coûts de l'assurance.

5.2. Quote-part obligatoire à la charge des dirigeants assurés ?

5.2.1. Nécessité de réglementer la participation des dirigeants ?

529 Nous avons établi plus haut que les mécanismes de surveillance habituellement à disposition

[1299] MUSTAKI/URBEN 2011, p. 323.
[1300] MUSTAKI/URBEN 2011, p. 324.
[1301] HÜTTE 1998, p. 1300 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 67 s.
[1302] BERTSCHINGER 2005, p. 611.
[1303] Comp. HALLER 2008, N 629 : les assureurs sont très réticents à offrir une couverture pour les entreprises actives dans des secteurs exposés ou les *start-ups*.
[1304] Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 192p.
[1305] MUSTAKI/URBEN 2011, p. 324 s.

des assureurs pour limiter l'aléa moral ne fonctionnent pas dans le contexte de l'assurance D&O, à l'exception de la participation du dirigeant aux coûts de sa responsabilité ; cet aspect exerce dès lors une influence importante sur l'équilibre de la responsabilité. Pour cette raison, il est légitime de poser la question d'une réglementation de la participation des dirigeants à l'indemnité en cas de condamnation [1306]. En préambule, retenons qu'il serait inutile de légiférer si le marché de l'assurance D&O fixait des quotes-parts aptes à garantir l'effet dissuasif de la responsabilité civile des organes de gestion. À cet égard, il semble qu'une franchise soit généralement prévue dans les polices d'assurance D&O [1307]. Aucune donnée sur le montant de cette participation à la charge de l'assuré dans les sociétés suisses n'est disponible ; selon THIERRY LUTERBACHER, elle se monte généralement à 10% de la prestation assurée, avec un plafond à 50 000 francs [1308].

Un tel plafond semble à première vue adéquat pour les sociétés anonymes de taille moyenne, puisqu'il correspond *grosso modo* au double de la rémunération annuelle médiane de l'administrateur d'une société suisse romande non cotée en bourse [1309]. En regard du salaire d'un administrateur ou d'un CEO d'une grande entreprise, il peut en revanche apparaître très faible [1310]. Surtout, les gains qu'un dirigeant peut espérer retirer sous la forme de rémunérations variables peuvent dépasser ce montant d'un ou deux ordres de grandeur [1311]. Ainsi, le gain potentiel qu'un dirigeant peut retirer d'une décision qui peut s'avérer dommageable pour la société peut être largement supérieur aux risques qu'il prend en termes de responsabilité : les intérêts de l'administrateur ne sont plus alignés sur ceux de la société, ce qui signale l'échec de la fonction préventive de la responsabilité. 530

Pour rétablir l'effet dissuasif de la responsabilité, il apparaît dès lors qu'une intervention du législateur est nécessaire. Cette problématique a été reconnue en Allemagne et s'est traduite par l'introduction d'une participation obligatoire des dirigeants à hauteur de 10% du dommage, avec un maximum correspondant à une fois et demie la rémunération fixe 531

[1306] WAGNER 2014, p. 272.

[1307] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 112 ; LUTERBACHER 2003, p. 162. Voir cependant HALLER 2008, N 437 ss qui dénote un certain désintérêt pour cette question, le montant des primes n'étant généralement pas influencé par l'existence d'une quote-part. Voir p. ex. art. 20 CGA Zurich, qui ne donne toutefois pas d'indication sur l'étendue d'une éventuelle franchise.

[1308] LUTERBACHER 2003, p. 162. On notera p. ex. que l'assurance D&O conclue par UBS SA ne prévoyait, en 2010, pas de franchise ni de quote-part à la charge des dirigeants (FORSTMOSER 2010b, p. 28).

[1309] Le Temps du 28 janvier 2014, « Un administrateur de PME romande gagne 300 francs de l'heure » ; la rémunération annuelle médiane mesurée était de 24 600 francs (27 000 francs tous mandats cumulés).

[1310] Selon l'étude d'Ethos, « Assemblées générales 2015, rémunérations et gouvernance des sociétés du SPI », octobre 2015, dans les sociétés du SMI, la rémunération annuelle moyenne d'un président non exécutif du CA était de 2 472 118 francs en 2014 ; celle d'un CEO était de 8 220 126 francs ; celui des autres membres de la direction générale est de 2 971 244 francs ; les membres non exécutifs du CA touchaient 383 248 francs (p. 32 s.). Ce calcul ne semble pas tenir compte du cumul de mandats.

[1311] Les rémunérations variables maximales pour les dirigeants de sociétés cotées en bourse peuvent aller jusqu'à plusieurs millions (Ethos, Assemblées générales 2015, rémunérations et gouvernance des sociétés du SPI, octobre 2015, p. 33).

des dirigeants (§ 93 al. 2, 3e phr. AktG). La doctrine reconnaît d'ailleurs que cette disposition a une influence positive sur la fonction préventive de la responsabilité [1312].

532 La nécessité d'une participation du dirigeant aux coûts de la responsabilité est parfois relativisée en raison de l'effet que peut avoir un procès en responsabilité sur la réputation des dirigeants et la charge psychologique et temporelle qu'il représente pour eux [1313]. Il ne nous semble pas établi que ces facteurs puissent inciter les dirigeants à adopter un comportement diligent *ex ante* et nous partirons ici de l'idée qu'une menace patrimoniale plus directe est nécessaire pour limiter l'aléa moral résultant de l'assurance D&O.

5.2.2. Montant de la quote-part

533 La quotité de la participation du dirigeant est une question particulièrement délicate ; un montant trop faible conduirait à un faible effet préventif ; un montant trop élevé causerait une aversion aux risques [1314]. Pour induire un effet préventif adéquat, qui encourage les dirigeants à agir de manière diligente dans l'intérêt de la société, le profil de risques et de profits du dirigeant devrait évoluer de façon symétrique à celui de la société [1315]. Idéalement, cela signifierait faire dépendre la quote-part personnelle du montant de la rémunération variable du dirigeant [1316] : les pertes encourues correspondraient ainsi aux gains que le dirigeant peut espérer escompter de son activité de gestion ; plutôt que de ne récolter que les bénéfices de ses actes, il devrait également en assumer les conséquences dans une mesure convenable. Une responsabilité dépendant uniquement de la rémunération variable ne créerait cependant pas d'incitatifs pour les dirigeants dont le salaire est fixe ; il conviendrait donc de fixer un plafond correspondant alternativement à un multiple de la rémunération variable ou de la rémunération fixe [1317]. GERHARD WAGNER propose à cet égard que la franchise corresponde à la plus grande valeur entre les bonus versés au cours des trois exercices précédents et une fois et demi la rémunération annuelle [1318]. Cet ordre de grandeur paraît adéquat dans la mesure où il garantirait un effet sensible sur le patrimoine des dirigeants tout en n'étant pas dévastateur. En toute hypothèse, la quote-part devrait être fixée en référence à la rémunération et ne devrait pas dépendre de la taille de la société ou de la situation patrimoniale du dirigeant [1319] ; ces grandeurs ne sont pas pertinentes lorsque l'on

[1312] SPINDLER 2013, p. 897 ; REDENIUS-HOEVERMANN 2010, p. 356 ; BACHMANN 2014, p. E 47.
[1313] BÖCKLI 2009, § 13 N 894 ; HABERSACK 2013, p. 796.
[1314] HALLER 2008, N 440.
[1315] WAGNER 2014, p. 274.
[1316] WAGNER 2014, p. 274.
[1317] WAGNER 2014, p. 275.
[1318] WAGNER 2014, p. 275. Dans leur concept d'une responsabilité limitée accompagnée d'une interdiction totale de l'assurance D&O et de l'assurance privée des dirigeants, WALTER BAYER et PHILIPP SCHOLZ émettent l'idée d'une limite fixée à un quart de la rémunération annuelle en cas de faute légère, respectivement la moitié de la rémunération annuelle en cas de faute grave (BAYER/SCHOLZ 2014, p. 933).
[1319] REDENIUS-HOEVERMANN 2010, p. 357.

considère la responsabilité du point de vue de la prévention [1320]. Faire dépendre le montant de la franchise – et, en définitive, le montant à concurrence duquel un dirigeant répondra sur son propre patrimoine en cas de faute – de la rémunération présente en outre l'avantage que le risque lié à la quote-part personnelle du dirigeant ne pourra pas être « compensé » par une rémunération plus élevée [1321].

Indépendamment de la limite fixée, il est également important de prévoir une participation proportionnelle du dirigeant jusqu'à hauteur de ce plafond, afin de garantir que la charge pour le dirigeant augmente proportionnellement au dommage et ne sanctionne pas excessivement les dommages de faible importance [1322]. À cet égard, une quote-part de 10%, telle que prévue par le § 93 al. 2, 3^{e} phr. AktG et commune dans les polices d'assurance D&O suisses [1323], semble indiquée. 534

5.2.3. Couverture de la quote-part par une assurance individuelle du dirigeant ?

Une fois établi le principe d'une quote-part obligatoire pour les dirigeants en cas de couverture d'assurance souscrite par la société, il se pose la question de savoir si l'administrateur pourrait souscrire à titre privé une assurance couvrant le montant de celle-ci. Cette possibilité aurait pour avantage de limiter les risques économiques encourus par l'administrateur [1324]. En droit allemand, il est admis que les membres du *Vorstand* peuvent s'assurer à leurs frais pour le montant de la quote-part [1325]. À l'appui de cette solution, on relève qu'une interdiction de s'assurer créerait un régime d'exception pour les administrateurs en comparaison avec d'autres groupes professionnels et les associés d'une société de personnes : il n'y aurait pas de raison d'interdire à un privé la conclusion d'une assurance privée sans franchise ou quote-part [1326]. Qui plus est, la surveillance exercée par l'assurance sur l'administrateur individuel suffirait à limiter l'aléa moral et, partant, sauvegarder l'effet préventif de la responsabilité [1327]. 535

La validité de ce dernier argument dépend de la qualité de la surveillance de l'assureur ; vu la faiblesse relative des sommes assurées, il n'est pas permis d'affirmer avec certitude que les assureurs soumettront cette assurance individuelle à une analyse de risque poussée [1328]. Les coûts d'une telle évaluation seront sans doute très importants par rapport au risque couvert. Enfin, une adaptation des primes ou de la quote-part imputée à l'assurance 536

[1320] VON DER CRONE 2006b, p. 17 ; BAYER/SCHOLZ 2014, p. 930.
[1321] Dans le même sens : BAYER/SCHOLZ 2014, p. 930.
[1322] Comp. WAGNER 2014, p. 173.
[1323] LUTERBACHER 2003, p. 162.
[1324] VON DER CRONE 2006b, p. 19.
[1325] SPINDLER 2013, p. 897 et les réf. en n. 109.
[1326] SPINDLER 2013, p. 897 ; HABERSACK 2013, p. 800 s.
[1327] SPINDLER 2013, p. 897 ; VON DER CRONE 2006b, p. 19.
[1328] Comp. WAGNER 2014, p. 273.

individuelle peut ne pas avoir d'effet préventif sensible, puisque celle-ci serait à nouveau en disproportion avec la rémunération du dirigeant [1329]. Par ailleurs, il se peut que la charge financière que représente l'assurance pour le dirigeant se traduise par une rémunération plus élevée ; puisque les frais de l'assurance seraient indirectement pris en charge par la société, la fonction préventive de la responsabilité serait prétéritée [1330]. Si l'on considère la responsabilité sous l'angle de la prévention, il existe donc des motifs pertinents pour interdire une assurance de la quote-part obligatoire à la charge des dirigeants.

6. Conclusion intermédiaire

537 L'assurance contre les conséquences patrimoniales de la responsabilité des organes de gestion est généralement souscrite sous la forme d'une assurance D&O. Il s'agit d'une forme d'assurance collective, souscrite par la société en faveur de ses organes. Cette possibilité est positive, aussi bien du point de vue de la compensation, puisqu'elle permet d'augmenter le substrat de responsabilité, que de la prévention : dans le contexte suisse, l'assurance D&O offre à notre sens une couverture suffisante pour limiter l'aversion des dirigeants aux risques ; les manquements liés à la gestion, problématiques du point de vue de la prévisibilité (N 105 *supra*), sont en principe couverts. Par ailleurs, les sommes assurées suffisent généralement à liquider les cas de responsabilité de manière satisfaisante. L'assurance D&O a cependant aussi des effets néfastes sur l'effet dissuasif de la responsabilité. Dans la mesure où il s'agit d'une forme d'assurance collective, conclue aux frais de la société, le dirigeant ne subira pas les conséquences d'une gestion défectueuse consistant en une augmentation des primes ou l'introduction d'exclusions de couvertures.

538 En raison de l'aléa moral que cette situation implique, il serait opportun d'introduire dans la loi une quote-part obligatoire à la charge des dirigeants, dont le montant maximal dépendrait de leur rémunération. Afin que l'effet préventif de la responsabilité soit préservé, celle-ci pourrait par exemple se situer à la plus grande des valeurs entre le total des bonus versés au cours des trois exercices précédents et une fois et demie la rémunération annuelle du dirigeant. Il faut se demander ensuite dans quelle mesure le dirigeant individuel doit avoir la possibilité de souscrire à ses frais une assurance individuelle couvrant le montant de cette quote-part. Nous considérons qu'il existe des motifs importants qui peuvent justifier l'interdiction d'une telle couverture. En effet, en raison de la faiblesse relative des sommes assurées et des coûts d'une analyse individuelle de l'activité des dirigeants, la surveillance de l'assurance ne sera vraisemblablement pas efficace. Il se peut également

[1329] WAGNER 2014, p. 273 avec un exemple basé sur le mécanisme du § 93 al. 2, 3e phr. AktG : pour une rémunération annuelle de 3 millions d'euros, la quote-part personnelle du dirigeant ne dépasserait guère 450 000 euros (10% de la quote-part de responsabilité individuelle qui est fixée à 1,5 fois la rémunération annuelle).

[1330] BAYER/SCHOLZ 2014, p. 933.

qu'une augmentation des primes individuelles soit compensée par une rémunération plus importante. En définitive, l'assurance de la quote-part individuelle des dirigeants à leurs frais risque de faire renaître l'aléa moral et de prétériter ainsi l'effet préventif de la responsabilité.

De lege ferenda toujours, nous estimons en revanche qu'il n'y a pas lieu d'obliger les sociétés et leurs dirigeants à assurer les risques de responsabilité civile des organes de gestion. 539

Troisième partie

Préparation du procès en responsabilité

Chapitre 11

Droits à l'information des actionnaires

1. Introduction

La collecte d'informations par un actionnaire en vue de la préparation et de la conduite d'un procès en responsabilité est caractérisée par un conflit d'intérêts inhérent à la nature de la société anonyme. Pour exercer ses droits, notamment ses droits de surveillance, l'actionnaire doit être en mesure d'avoir accès à des données internes à l'entreprise [1331]. Cependant, faute d'obligation de loyauté envers la société, rien ne l'empêche d'exploiter les informations disponibles à ses propres fins, aux dépens de la société [1332]. 540

Le code des obligations répond à ce conflit d'intérêts en réglant strictement les droits à l'information des actionnaires, avec trois niveaux distincts, qui se trouvent dans un rapport de subsidiarité [1333] : l'information spontanée, concrétisée principalement par la communication des rapports de gestion et de révision (art. 696 CO), l'information réactive, qui comprend le droit aux renseignements et le droit de consulter les livres et la correspondance (art. 697 CO) et le contrôle spécial (art. 697*a* ss CO) ; ce système général est complété par des droits ponctuels, dont certains sont pertinents en lien avec la préparation d'actions en responsabilité, notamment le droit à la consultation du procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 3 CO) et le droit d'être renseigné sur l'organisation de la gestion (art. 716*b* al. 2 CO). 541

Le but premier des droits à l'information est d'offrir à l'actionnaire un aperçu de la situation patrimoniale de la société en vue de l'exercice éclairé des droits de vote et patrimoniaux [1334] ; ils jouent toutefois aussi un rôle déterminant dans la surveillance et le contrôle des dirigeants 542

[1331] FORSTMOSER 1997, p. 87 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 40 N 146.

[1332] BÖCKLI 2009, § 1 N 19 ; CHAPPUIS 2004, p. 301 s. ; KUNZ 2001a, § 12 N 14 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 40 N 148.

[1333] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 696 N 9 ; KUNZ 2001a, § 12 N 10 ; FORSTMOSER 1997, p. 89.

[1334] Pour un exposé détaillé : HORBER 1995a, N 65 s. Voir ég. KUNZ 2001a, § 12 N 4 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 697 N 3.

par les actionnaires [1335]. En effet, des moyens d'informations efficaces sont indispensables pour apprécier de manière fiable la qualité de la gestion et, en cas de défaillance, l'opportunité et les chances de succès d'une action en responsabilité. Cette transparence est primordiale pour le système de la responsabilité des organes. En cas d'accès trop limité aux informations internes à la société, l'actionnaire n'est pas en mesure d'évaluer les chances de succès d'une action [1336]. Tant que cette incertitude subsiste, aucune incitation financière [1337] ne suffira à encourager l'introduction d'actions en responsabilité contre les dirigeants [1338].

543 L'objectif du présent chapitre sera dès lors d'identifier les éventuels manques dans la collecte d'informations et de présenter les améliorations possibles. Le propos se concentrera sur l'accès aux renseignements et documents pertinents en lien avec la préparation d'une action en responsabilité ; il vise ainsi à déterminer dans quelle mesure ces droits permettent de s'informer sur des affaires *déterminées* de la société. S'agissant de l'objet du droit aux renseignements, il faudra préciser à quels documents l'actionnaire peut avoir accès, notamment en lien avec la comptabilité (rapport de gestion, comptes annuels, livres, rapports de révision), le processus décisionnel (procès-verbaux du conseil d'administration), l'organisation interne (règlement d'organisation et directives internes), la surveillance (communications entre le conseil d'administration et les niveaux hiérarchiques inférieurs) et les relations avec les tiers (correspondance).

544 Nous commencerons par présenter le droit à l'information spontanée (N 545 ss *infra*), puis nous nous intéresserons à l'information réactive, qui se présente sous la forme du droit aux renseignements et à la consultation des livres et de la correspondance (N 556 ss *infra*). Ensuite, nous examinerons l'institution du contrôle spécial, qui est censée jouer un rôle central dans la préparation d'actions en responsabilité (N 628 ss *infra*). Enfin, nous évoquerons les droits à l'information ponctuels qui peuvent également être pertinents en lien avec la préparation d'une action en responsabilité (N 712 ss *infra*). Les particularités applicables aux sociétés ouvertes au public seront intégrées dans ces sections lorsque cela est opportun.

[1335] HORBER 1995a, N 67 s. et les réf. citées. Cet aspect a encore été renforcé lors des dernières révisions du droit de la société anonyme par l'introduction, puis le développement du contrôle spécial et l'augmentation de la transparence sur des aspects précis de la vie sociale (Voir Message 1983, p. 854 ss : introduction du contrôle spécial, et Message 2007, p. 1491 ss : nouveaux droits d'information relatifs aux indemnités des dirigeants et aux transactions avec des proches, ainsi que renforcement du contrôle spécial ; voir ég. les art. 697 ss de l'avant-projet 2014 ; voir en détail les N 613 ss et 697 ss *infra*).

[1336] BÄRTSCHI 2014, p. 42 ; GRAF 2013, p. 408 ; HIRSCH 1967, p. 269.

[1337] À ce sujet, voir le chap. 20 (N 1185 ss) *infra*.

[1338] GELTER 2012, p. 870.

2. Information spontanée

2.1. Communication des rapports de gestion et de révision (art. 696 CO)

L'art. 696 al. 1 CO règle la communication du rapport de gestion et du rapport de révision avant et après l'assemblée générale ordinaire. Ces documents sont mis à disposition des actionnaires [1339] par la société à son siège 20 jours avant l'assemblée générale ordinaire (art. 696 al. 1 CO) [1340] ; après l'assemblée générale, chaque actionnaire peut se faire délivrer le rapport de gestion dans la forme approuvée par l'assemblée générale, ainsi que le rapport de révision (art. 696 al. 3 CO) [1341]. 545

Le rapport de gestion contient les comptes annuels individuels (comptes annuels) qui se composent du bilan, du compte de résultat et de l'annexe (art. 958 al. 2 CO). Le rapport de gestion des grandes entreprises contient des indications supplémentaires dans l'annexe et intègre en outre un tableau des flux de trésorerie et un rapport annuel (art. 961-961*c* CO) [1342]. Les sociétés contrôlant une ou plusieurs entreprises doivent encore inclure dans leur rapport de gestion les comptes annuels consolidés sur l'ensemble des entreprises qu'elles contrôlent (art. 963 al. 1 CO). Le rapport de gestion concerne le résultat général de l'activité et non des affaires particulières, p. ex. des décisions de gestion individuelles [1343]. 546

Le rapport de révision adressé à l'assemblée générale est de nature assez succincte, comme le révèle le texte des art. 728*b* al. 2 et 729*b* al. 1 CO : il s'agit d'un « résumé » qui contient un « avis » sur le résultat du contrôle, ainsi que des indications sur l'indépendance et les qualifications des personnes chargées de la révision. Dans son avis sur le résultat du contrôle, l'organe de révision doit mentionner les irrégularités comptables qu'il a pu constater et qui ont ou peuvent avoir une incidence significative sur les états financiers [1344]. Dans le cadre du contrôle ordinaire, précisons que l'organe de révision est tenu d'avertir l'assemblée 547

[1339] Le droit de consulter le rapport de gestion et le rapport de révision appartient également aux participants (art. 656*a* al. 2 CO). Un ancien actionnaire ne peut prétendre à recevoir les documents visés à l'art. 696 CO que s'il justifie d'un intérêt digne de protection (TF 4C.9/2003 du 4 avril 2003, consid. 2.3 non publié *in* ATF 129 III 429).

[1340] Sur les modalités de la mise à disposition du rapport de gestion et du rapport de révision avant l'assemblée générale, voir CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 696 N 25 ss.

[1341] Sur les modalités de la communication des rapports de gestion et de révision après l'assemblée générale, voir CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 696 N 59 ss.

[1342] Sont des grandes entreprises celles que le code des obligations soumet au contrôle ordinaire, art. 961 CO en relation avec l'art. 727 al. 1 CO.

[1343] NIKITINE 2007, p. 43 ; GABRIELLI 1997, p. 13 s.. Voir p. ex. l'art. 959*c* al. 2 ch. 8 CO, qui oblige la société à inscrire dans l'annexe le montant total des sûretés constituées en faveur de tiers ; les bénéficiaires de ces sûretés et les conditions de leur octroi peuvent rester confidentielles ; de même, le rapport de révision n'entrera en principe pas dans les détails concernant une éventuelle violation de la loi.

[1344] CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 728*b* N 21 et 729*b* N 10 ss ; voir ég. BSK OR II-WATTER/PFIFFNER, art. 728*b* N 50 ss.

générale de violations de la loi qu'il aurait constatées dans le cadre du contrôle ordinaire, mais seulement dans les cas graves ou si le conseil d'administration omet de prendre des mesures adéquates après un avertissement écrit de l'organe de révision (art. 728*c* al. 2 CO). En définitive, en dehors des cas importants, le rapport de révision adressé à l'assemblée générale est assez peu révélateur sur les résultats matériels du contrôle.

548 Dès lors, aussi bien le rapport de gestion que le rapport de révision sont de nature trop générale pour permettre une surveillance précise de la gestion. Ce n'est que dans une moindre mesure qu'ils seront utiles à l'actionnaire, en fournissant éventuellement des indices justifiant une demande de renseignements ou en consultation des livres, sous la forme d'éléments inhabituels ou de postes particulièrement importants [1345].

549 L'art. 696 al. 1 i. f. CO prévoit explicitement qu'un actionnaire peut obtenir un exemplaire du rapport de gestion et du rapport de révision. L'actionnaire qui fait usage de cette possibilité est donc en mesure de consulter ces documents de manière approfondie et dispose d'un certain temps pour les faire analyser si nécessaire par un expert. Notons cependant que le délai minimal entre la communication du rapport de gestion et le moment où l'actionnaire a l'occasion de poser des questions supplémentaires est bref (voir art. 696 al. 1 CO) : l'actionnaire dispose au minimum de 20 jours pour exiger la remise des rapports de gestion et de révision, les analyser et préparer les questions qu'il entend soumettre à l'assemblée générale. Ce délai relativement court conditionne déjà le processus d'information de l'actionnaire dans la mesure où les questions posées à l'assemblée générale délimitent l'objet d'un éventuel contrôle spécial ultérieur [1346].

2.2. Sociétés cotées en bourse ou ouvertes au public

2.2.1. Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse

550 L'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse, entrée en vigueur le 1er janvier 2014, contient également des dispositions en matière d'information des actionnaires. Celles-ci remplacent de fait l'art. 669*b*bis CO (art. 13 al. 1 i. f. ORAb), sans apporter beaucoup de modifications sur le fond [1347]. La nouveauté offerte par l'ORAb consiste essentiellement en la publication d'un rapport de rémunération séparé (art. 13 ORAb), afin d'éviter que les actionnaires se prononcent deux fois sur la rémunération, dans le cadre de l'approbation des comptes (art. 698 al. 2 ch. 4 CO) et lors de l'approbation des

[1345] Dans le même sens, BÄRTSCHI 2014, p. 49 s. Voir ég. CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 696 N 23 ; GLANZMANN 2000, p. 175.

[1346] Voir les N 570 ss et 638 ss *infra*.

[1347] Rapport ORAb, ch. 3.7.2. Voir ég. BÄRTSCHI 2014, p. 83. L'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 réintègre ces dispositions dans le code, aux art. 734 ss AP-CO 2014.

montants globaux des rémunérations (art. 18 s. ORAb) [1348]. Les modalités de publication et de communication sont cependant similaires à celles du rapport de gestion (art. 13 al. 3 ORAb).

Ce rapport de rémunération est conçu comme une présentation complète des indemnités versées directement ou indirectement aux membres du conseil d'administration, de la direction, du conseil consultatif, ainsi qu'aux proches de ces personnes (art. 14 al. 1 et 16 al. 1 ch. 1 ORAb) ; il inclut également les prêts et autres crédits consentis aux dirigeants ou à leurs proches (art. 15 al. 1 et 16 al. 1 ch. 1 ORAb). Concernant les membres du conseil d'administration, le rapport doit indiquer le montant des indemnités, prêts et autres crédits octroyé individuellement à chaque membre du conseil d'administration (art. 14 al. 3 ch. 1 et 15 al. 2 ch. 1 ORAb) ; pour les directeurs, seul le montant accordé au membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée doit être précisé (art. 14 al. 3 ch. 2 et 15 al. 2 ch. 2 ORAb). 551

Cet élargissement de l'information spontanée au sein des sociétés cotées en bourse peut offrir des éléments supplémentaires à qui cherche à apprécier le respect des devoirs du conseil d'administration, notamment en lien avec des transactions frappées de conflits d'intérêts. Notons toutefois que les prestations fournies aux proches ne doivent être mentionnées que si elles ne sont pas conformes à la pratique du marché, ce dont le conseil d'administration sera juge (voir art. 5 ORAb). Le droit de regard des actionnaires sur ce type de prestations pouvant être problématiques reste donc limité dans le cadre de l'information spontanée. 552

2.2.2. Autres particularités de l'information spontanée pour les sociétés ouvertes au public

En plus de l'art. 696 CO, les sociétés ouvertes au public ou cotées en bourses sont soumises à des obligations et modalités d'information spécifiques, qui ressortent de différents textes légaux et réglementaires : 553

Code des obligations : Le rapport de gestion des sociétés soumises au contrôle ordinaire – ce qui inclut les sociétés cotées en bourse (art. 727 al. 1 let. a CO) – est plus étoffé et accompagné d'un rapport annuel (art. 961 ss CO) [1349]. Les comptes annuels et consolidés des sociétés débitrices d'un emprunt par obligations ou cotées en bourse sont également publiés dans la feuille officielle suisse du commerce (art. 958*e* al. 1 CO) ; la portée matérielle de cette disposition est limitée en ce qui concerne les sociétés

[1348] Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives du 14 juin 2013, ch. 3.7.1.

[1349] Voir le N 546 *supra*.

cotées en bourse dans la mesure où le règlement de cotation de SIX Swiss Exchange prévoit des obligations de publication plus strictes [1350].

Règles prudentielles : Le règlement de cotation SIX Exchange Regulation (RC) impose aux entreprises cotées à la bourse suisse des obligations supplémentaires en matière d'information : le rythme de publication des comptes est plus élevé (publication à intervalles semestriels, art. 50 al. 1 RC) et les sociétés sont notamment soumises à des règles spécifiques en matière de publicité événementielle (art. 53 al. 1 RC et DPE), de présentation des comptes (art. 49 à 51 RC et DPC), d'informations relatives à la *corporate governance* (art. 49 al. 2 RC et DCG) et de publicité des transactions du management (art. 56 RC et DTM).

OOPA : L'ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition du 21 août 2008 (OOPA, RS 954.195.1) contient des dispositions relatives aux publications en matière d'offre publique d'acquisition ; ces règles visent à assurer la loyauté et la transparence des offres publiques d'acquisition ainsi que l'égalité de traitement des investisseurs (art. 1 OOPA). Leur objet est donc de favoriser la formation d'un prix correct plutôt que d'offrir des armes à l'actionnaire qui envisage d'agir en responsabilité [1351].

2.2.3. Importance des règles spécifiques aux sociétés ouvertes au public

554 Le but des règles de publicité imposées aux sociétés ouvertes au public est primairement de garantir l'efficience du marché et de protéger l'investisseur par une formation fiable du prix et l'élimination de tout désavantage d'information [1352]. Par conséquent, ces dispositions ne visent pas typiquement à permettre un contrôle ciblé de la gestion. Néanmoins, la publication de ces informations elle-même est censée discipliner les dirigeants et contribue ainsi à la prévention de préjudices à la société et aux actionnaires, au même titre que la responsabilité [1353].

555 En définitive, l'actionnaire d'une société ouverte au public, s'il veut être en mesure d'exercer son droit individuel d'agir en responsabilité, devra aussi avoir accès à des informations plus étendues que celles garanties par les règles relatives à la communication spontanée.

[1350] CR CO II-PAULI, art. 697*h* N 4. Voir le point suivant.

[1351] Relevons toutefois que le conseil d'administration de la société visée par une OPA pourrait théoriquement être tenu responsable des recommandations qu'il donne quant à l'acceptation ou non de l'offre, p. ex. s'il recommande le rejet d'une offre qui est dans l'intérêt des actionnaires (comp. WATTER 2002, p. 5).

[1352] MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 290 ss ; BÖCKLI 2009, § 7 N 86.

[1353] Comp. MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 295. Moins catégorique : NIKITINE 2007, p. 45. Notons que le non-respect des règles d'information applicables aux sociétés ouvertes au public peut mener à une responsabilité des dirigeants au titre du dommage direct ; voir à ce sujet les N 187 ss *supra*.

3. Information réactive (art. 697 CO)

L'actionnaire souhaitant obtenir un complément aux données fournies spontanément par la société, p. ex. parce qu'il soupçonne des irrégularités dans la gestion [1354], bénéficie de deux droits à une information réactive, prévus à l'art. 697 CO : la communication de renseignements (al. 1 et 2) et la consultation des livres et de la correspondance (al. 3). Il s'agit de droits individuels et autonomes de l'actionnaire [1355]. Leur mise en œuvre est garantie par une voie de droit (art. 697 al. 4 CO). 556

3.1. Droit aux renseignements (art. 697 al. 1 et 2 CO)

Lors de l'assemblée générale, tout actionnaire – disposant du droit de vote [1356] – peut demander des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société et à l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de sa vérification (art. 697 al. 1 CO). L'art. 697 al. 2 CO précise que les renseignements doivent être fournis dans la mesure où ils sont nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire. Ils peuvent être refusés lorsqu'ils compromettraient le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection. 557

3.1.1. Objet du droit aux renseignements

Les renseignements demandés au conseil d'administration peuvent porter sur « les affaires de la société » [1357]. L'acception est large : il peut globalement s'agir de n'importe quel fait en relation avec les affaires de la société [1358]. La loi prévoit en effet que les renseignements *doivent* être fournis, pour autant qu'il soient nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire. L'objet et l'étendue du droit aux renseignements s'apprécient donc à l'aune du droit dont l'exercice est envisagé [1359], sans être limités dans l'abstrait aux points inscrits à l'ordre du jour, à l'exercice sous revue ou aux aspects pouvant faire l'objet du rapport de gestion [1360]. 558

L'objet du droit aux renseignements envers l'organe de révision est plus restreint : il peut 559

[1354] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 9.

[1355] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 1 ; KUNZ 2001b, p. 884.

[1356] Voir art. 685*f* et 656*c* al. 3 CO ; les actionnaires sans droit de vote et les participants doivent déposer une requête écrite à l'assemblée générale.

[1357] art. 697 al. 1 CO.

[1358] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 13 ; BSK OR II-WEBER, art. 697 N 7 ; KUNZ 2001a, § 12 N 19 ; HORBER 1995a, N 489.

[1359] Voir ATF 109 II 47, consid. 3a, JdT 1984 I 52 : « *Der sachliche Umfang der Auskunftspflicht ergibt sich [...] aus dem Sinn und Zweck des art. 697 Abs. 3 OR, der dem Aktionär Anspruch auf sachdienliche Aufschlüsse gibt, damit er sein Kontrollrecht ausüben kann* ».

[1360] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 12 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 151b. En détail à ce sujet : KUNZ 2001b, p. 888 s. *Contra* : PraxKomm VR-KRNETA, N 580.

porter sur « l'exécution et le résultat de [la] vérification » par le réviseur. On peut imaginer que le réviseur soit par exemple appelé à fournir des détails lorsqu'il a émis des réserves dans sa recommandation relative à l'approbation des comptes [1361] ou lorsqu'il a mentionné des irrégularités dans son avis sur le résultat de la révision [1362].

3.1.2. Condition de nécessité pour l'exercice des droits de l'actionnaire

560 L'octroi de renseignements présuppose un intérêt digne de protection : les informations demandées doivent être nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire (art. 697 al. 2, 1ère phr. CO). Cette condition de nécessité s'apprécie de manière abstraite : si les renseignements sont nécessaires à un actionnaire moyen raisonnable, ils doivent être fournis [1363]. Si tel n'est pas le cas, le requérant doit justifier d'un intérêt particulier.

561 De manière générale, le droit à l'information doit être admis lorsque les faits demandés peuvent avoir une influence importante sur la situation financière et économique de la société ou visent des éléments permettant d'apprécier le respect de la loi ou d'autres règles par les organes [1364]. La mise en œuvre de la responsabilité est manifestement un droit pertinent pour apprécier le caractère nécessaire d'un renseignement [1365].

562 L'intérêt aux renseignements n'est en revanche pas digne de protection lorsque l'actionnaire agit, sous couvert de l'élucidation de certains faits, « de manière chicanière ou égoïste, contrairement à l'intérêt général de la société, en cherchant à satisfaire les intérêts de la concurrence ou à causer intentionnellement un dommage à la société » [1366].

563 L'étendue des informations que les organes doivent fournir dépend également du droit dont l'exercice est envisagé. Il faut dès lors admettre, comme le fait le Tribunal fédéral, que les renseignements ne sont pas limités à des informations de nature générale : lorsque l'exercice éclairé des droits de l'actionnaire en dépend, le droit aux renseignements peut concerner

[1361] Voir art. 728*b* al. 2 ch. 4 CO.

[1362] Voir art. 728*b* al. 2 ch. 1 et 729*b* al. 2 ch. 2 CO ; comp. CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 728*b* N 21 et 729*b* N 10 ss.

[1363] ATF 132 III 71, consid. 1.3, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.2.1 ; FORSTMOSER 1997, p. 93 s.

[1364] BÖCKLI 2009, § 12 N 152 ; en matière de groupes, les informations détaillées concernant des filiales peuvent être demandées dans la mesure où elles sont nécessaires à l'exercice des droits au sein de la société mère (ATF 132 III 71, consid. 1.3 ss, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.1 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 24.).

[1365] ATF 132 III 71, consid. 1.3, JdT 2006 I 543 ; 109 II 47, consid. 2, JdT 1984 I 52 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.2.1 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 152 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 27 ; HORBER 1995a, N 67.

[1366] TF 4A_36/2010 du 20 avril 2010, consid. 3 : droit à l'information exploité pour faire pression sur le conseil d'administration.

des faits précis, p. ex. un poste individuel des comptes [1367]. Ainsi, le conseil d'administration peut être appelé à s'expliquer en détail sur les faits indiquant d'éventuels manquements ou irrégularités dans la gestion [1368]. Puisque la jurisprudence retient – à juste titre [1369] – que le contenu matériel de décisions de gestion peut être revu par le juge, le droit des actionnaires à être renseignés doit également s'étendre aux motifs d'une décision prise par le conseil d'administration [1370]. À notre avis, le critère de nécessité couvre également les informations relatives à la couverture d'assurance des administrateurs, du moins lorsqu'elle est fournie par la société [1371]. Il s'agit en effet d'une information pertinente pour la préparation d'une action en responsabilité et donc pour l'exercice des droits de surveillance des actionnaires.

3.1.3. Limite du secret des affaires ou des autres intérêts sociaux dignes de protection

La limite à la communication de renseignements est le secret des affaires ou « d'autres intérêts sociaux dignes de protection » (art. 697 al. 1 i. f. CO). Si de tels intérêts risquent d'être compromis, les renseignements peuvent être refusés ; dans le cas inverse, ils doivent être délivrés. 564

Le secret des affaires concerne « tous les faits de la vie économique que l'intérêt légitime de la société commande de ne pas divulguer » [1372]. Cette définition est très large ; dès lors, les termes « autres intérêts dignes de protection » n'ont pas de contenu normatif propre [1373]. Pour apprécier la mise en danger des intérêts de la société, il conviendrait de manière générale de se mettre dans la position d'un actionnaire dont les intérêts divergent de ceux de la société ; lorsque la divulgation des informations peut permettre à un concurrent de nuire à la société, leur passage sous silence est digne de protection [1374]. En toute hypothèse, seule une mise en 565

[1367] Voir TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.1 et 4.2.3 ainsi que CJ GE, cité *in* HÉRITIER LACHAT 2006, p. 10 s. Dépassés : BSK OR II-WEBER, art. 697 N 6 ; FORSTMOSER 1997, p. 94 s.

[1368] Ces explications peuvent également être nécessaires pour que les faits considérés soient couverts par la décharge, voir N 393 ss *supra*.

[1369] N 103 *supra*.

[1370] Voir pourtant FORSTMOSER 1997, p. 95, qui se réfère à un arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève rendu sous l'ancien droit, retenant que l'actionnaire ne peut interroger le conseil d'administration sur la justification commerciale de ses décisions de gestion (arrêt du 23 janvier 1992, SJ 1992 338, consid. 4b).

[1371] Voir ég. PAULI 2004, p. 251 ; dans le même sens : BACHMANN 2014, p. E 47. *Contra* : SCHWARZENBACH 2003, p. 76).

[1372] ATF 82 II 216, consid. 2 avec réf. à l'ATF 65 I 330, consid. 4. En détail sur la notion de secret des affaires : MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 154 ss.

[1373] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 33.

[1374] BÖCKLI 2009, § 12 N 155. Voir ég. la définition proposée par LARISSA MAROLDA MARTÍNEZ : est un secret d'affaires toute information dont le maintien de la confidentialité a une certaine valeur économique (MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 154).

danger concrète des intérêts de la société peut justifier un refus de renseigner [1375].

566 On distingue deux types de secrets : ceux dont un tiers est maître, protégés de manière absolue (p. ex. les données relatives à l'identité de clients ou les secrets professionnels au sens de l'art. 321 CP), et ceux dont le maintien est exclusivement dans l'intérêt de la société, dont la protection est relative [1376].

567 Lorsque la société se prévaut d'un secret relatif, il convient de mettre en balance l'intérêt de l'actionnaire à être informé et celui de la société à préserver le secret [1377]. Si, compte tenu des circonstances concrètes, l'intérêt à la préservation du secret prévaut, le conseil d'administration a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées [1378]. Cette limite au droit aux renseignements a cependant un caractère exceptionnel ; le conseil d'administration ne pourra passer sous silence que les faits qui doivent véritablement être tenus secrets. S'il est en mesure de fournir une réponse tout en préservant les intérêts de la société, il est tenu de le faire [1379].

568 En cas de doute sur l'intérêt qui prévaut, il n'existe pas de critères de décision clairs. Il faut en toute hypothèse admettre qu'il n'existe pas de présomption en faveur de la supériorité de l'intérêt social [1380].

569 Pour apprécier le respect de leurs devoirs par les dirigeants, il peut être important d'être renseigné sur la rémunération et les prestations fournies par la société aux dirigeants et à leurs proches. Dans les sociétés ouvertes au public, cette problématique est réglée par les art. 14 ss ORAb, qui instituent une obligation de fournir un rapport de rémunération aux actionnaires [1381]. Ces normes devraient servir de référence au sein des sociétés privées également. Le conseil d'administration d'une société privée ne doit pas pouvoir se prévaloir d'un intérêt social prépondérant concernant des informations qu'une société ouverte au public devrait fournir spontanément [1382].

[1375] ATF 109 II 47, consid. 3b, JdT 1984 I 52 ; comp. HÉRITIER LACHAT 2006, p. 7. La mise en danger en elle-même doit être retenue de manière large, soit dès que la réalisation du risque n'apparaît pas exclue (KUNZ 2001a, § 12 N 25).

[1376] TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.3.3.1 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 31 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 156 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 40 N 176 ss. Sur la notion de secret d'affaires, voir CHAPPUIS 2004, p. 311 ss. Une clause de confidentialité conclue avec un tiers n'est pas opposable aux actionnaires si elle vise des informations auxquelles ils auraient droit par ailleurs, TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.3.3.2.

[1377] TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.3.3.1 ; FORSTMOSER 1997, p. 96. Sur le caractère aléatoire de cette pesée d'intérêts, voir KUNZ 2001b, p. 887 ; DRUEY 1993, p. 73. En détail : MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 165 ss ; GABRIELLI 1997, p. 32 ss.

[1378] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 9.

[1379] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 10 ; KUNZ 2001a, § 12 N 22 ; FORSTMOSER 1997, p. 96 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 156.

[1380] HÉRITIER LACHAT 2006, p. 7 s. ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 172 ; KUNZ 2001b, p. 887 ; BSK OR II-WEBER, art. 697 N 8. Voir cependant l'analyse de HORBER 1995a, N 815 ss.

[1381] N 553 *supra*.

[1382] WATTER 2003, p. 63. Dans le même sens, CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 36. Pour une information

3.1.4. Modalités de l'exercice du droit aux renseignements

a) En général

La loi prévoit que le droit aux renseignements doit s'exercer « lors de l'assemblée générale » (art. 697 al. 1 i. i. CO). L'actionnaire peut poser ses questions sans préavis, par oral [1383]. Il peut cependant être indiqué d'annoncer ses questions par écrit avant l'assemblée générale, en particulier si elles nécessitent des investigations de la part des dirigeants ou si le requérant souhaite poser de nombreuses questions [1384]. 570

Au cours de l'assemblée générale, le droit aux renseignements se concrétise par un dialogue entre le requérant et les destinataires des questions posées, qui opposera typiquement un actionnaire gourmand en précisions et un conseil d'administration avare en détails [1385]. Au cours de cet échange, l'actionnaire a le droit – voire l'incombance – de modifier et de compléter ses questions [1386]. L'étendue des renseignements qu'il peut demander reste déterminée par le critère de nécessité [1387]. 571

Confronté aux questions de l'actionnaire, le conseil d'administration a le choix de répondre ou de refuser intégralement ou partiellement l'octroi de renseignements. Tout refus doit être motivé ; le conseil d'administration doit exposer concrètement en quoi ses intérêts sont menacés et démontrer la vraisemblance de cette atteinte [1388]. Les demandes de renseignements et les réponses du conseil d'administration doivent être mentionnées au procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 2 ch. 3 CO) [1389]. 572

b) Préparation d'un contrôle spécial

Lorsque l'exercice du droit aux renseignements est envisagé comme une étape préalable à une éventuelle requête en contrôle spécial, la formulation de la demande de renseignements, jusqu'au libellé précis des questions posées, acquiert une grande importance [1390]. En effet, la recevabilité des questions posées dans le cadre du contrôle spécial dépend de leur connexité 573

limitée à la communication d'une somme globale ou des principes de rémunération : VON DER CRONE 2014, § 8 N 99 ; FORSTMOSER 1997, p. 105.

1383 KUNZ 2001b, p. 894 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 16.

1384 ATF 132 III 71, consid. 2.1, JdT 2006 I 543 ; TF 4A_319/2014 du 19 novembre 2014, consid. 2.2 non publié *in* ATF 140 III 610 ; TF 4C.64/2003 du 18 juillet 2003, consid. 5.3 ; FORSTMOSER 1997, p. 97 ; WATTER 2003, p. 37 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 16 ; voir ég. la recommandation I/6, 2e tiret, du CSBP.

1385 DRUEY 1993, p. 82.

1386 KUNZ 2001b, p. 894.

1387 N 560 *supra*.

1388 BÖCKLI 2009, § 12 N 155 ; BSK OR II-WEBER, art. 697 N 5.

1389 ATF 140 III 610, consid. 2.2, SJ 2015 I 272.

1390 BÖCKLI 2009, § 12 N 161 ; CASUTT/GRUN MEYER 2012, p. 594 ; JENNY 2013, p. 606.

matérielle avec celles posées à l'assemblée générale [1391]. La demande de renseignements (ou en consultation des pièces) détermine ainsi le cadre matériel du contrôle spécial, sans pour autant en fixer les limites extérieures [1392].

574 Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a énoncé quelques principes permettant d'apprécier la connexité matérielle entre la demande de renseignements et la requête de contrôle spécial. Ainsi, 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 [1393]. Le requérant doit faire preuve d'un certain soin dans la formulation de sa demande de renseignements et exprimer ses questions de manière aussi claire que possible compte tenu de l'état de ses connaissances [1394]. Dans l'abstrait, ces principes doivent permettre de tenir compte du fait que l'actionnaire exerçant son droit aux renseignements n'est par définition pas en mesure de poser les bonnes questions [1395].

575 Le soin attendu de l'actionnaire ne s'arrête cependant pas à la formulation de questions claires ; la jurisprudence admet que le requérant doit activement s'efforcer d'obtenir les renseignements dont il a besoin [1396]. Il doit en particulier poser des questions supplémentaires si nécessaire, à moins que le comportement du conseil d'administration ne laisse deviner que celui-ci ne fournira pas davantage d'informations [1397]. Les informations glanées au cours de l'échange avec le conseil d'administration peuvent faire l'objet de nouvelles demandes de renseignement et du contrôle spécial pour autant qu'elles visent essentiellement la même thématique que la demande originale [1398].

576 Pour sa part, le conseil d'administration confronté à une demande de renseignements peut s'en tenir au besoin en informations qu'il peut déduire de bonne foi de la question initiale posée à l'assemblée générale ; il ne lui est pas permis de se retrancher derrière une

[1391] Cette exigence de connexité matérielle découle du principe de subsidiarité du contrôle spécial, voir le N 646 *infra*.

[1392] CASUTT 1991, § 7 N 16 : « *denselben Gegenstand oder Fragenkomplex wie das Auskunfts- oder Einsichtsbegehren* ». Voir ég. BÖCKLI 2009, § 16 N 41 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 258 ; KUNZ 1996, p. 3. *Contra* : HORBER 1995a, p. 165 n. 6. En détail à ce sujet : GABRIELLI 1997, p. 160 ss.

[1393] ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 123 III 261, consid. 3a, JdT 1999 I 27 ; TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1 et 3.2.2 : différence entre les questions relatives à l'état actuel d'un poste et son évolution au cours de l'exercice. L'actionnaire est libre de 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).

[1394] ATF 123 III 261, consid. 3a, JdT 1999 I 27 (arrêt de principe) ; 140 III 610, consid. 2.2, SJ 2015 I 272 ; TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1.

[1395] DRUEY 1993, p. 76.

[1396] ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 133 III 453, consid. 7.5, JdT 2008 I 20 ; 133 III 133, consid. 3, JdT 2007 I 296 ; 123 III 261, consid. 3a, JdT 1999 I 27.

[1397] TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 4. Voir ég. ROTH PELLANDA 2007, p. 304 ; GABRIELLI 1997, p. 161.

[1398] KUNZ 1996, p. 3.

interprétation littérale des questions ou de ne répondre qu'aux questions expressément posées [1399].

Alors que ces principes semblent permettre une prise en compte de l'asymétrie de l'information dont souffre l'actionnaire, l'analyse de la jurisprudence révèle que la pratique des tribunaux est plutôt favorable aux organes de la société : l'exigence de connexité est interprétée de manière restrictive et une grande importance est accordée à la lettre des questions posées [1400]. À lire cette jurisprudence, l'actionnaire aurait donc intérêt à préparer des questions très précises, quitte à augmenter le nombre des questions posées [1401]. 577

Un encadrement aussi formaliste du dialogue entre actionnaires et conseil d'administration est toutefois peu opportun, car il rend la délimitation de l'objet de la demande de renseignements complexe et relativement hasardeuse pour l'actionnaire. Plutôt que la précision des questions, l'élément clé doit être la base de discussion que crée l'actionnaire, notamment en énonçant le motif pour lequel il entend élucider certains faits. Il doit aussi lui être permis de formuler des questions larges afin de ne pas restreindre l'objet potentiel du contrôle spécial qui suivra [1402]. L'actionnaire fournit ainsi la base du dialogue et réduit la marge de manœuvre d'un conseil d'administration qui souhaiterait se retrancher derrière « le besoin de renseignements déductible de bonne foi de la requête de l'actionnaire ». Ceci permet au premier nommé de préciser par la suite ses questions s'il l'estime opportun [1403]. Cette approche se concilie bien avec le but de la subsidiarité des droits à l'information, qui est de garantir que l'exercice des droits de contrôle passe d'abord par les voies internes à la société [1404]. 578

En lien avec la préparation d'un contrôle spécial, notons encore que le Tribunal fédéral a retenu, à juste titre selon nous, que le requérant à l'institution d'un contrôle spécial ne peut pas se contenter de rendre vraisemblable, mais doit prouver que le droit aux renseignements ou à consulter les pièces a été exercé pendant l'assemblée générale [1405]. En 579

[1399] ATF 123 III 261, consid. 3a, JdT 1999 I 27 (arrêt de principe) ; 140 III 610, consid. 2.2, SJ 2015 I 272 ; TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1. Principe approuvé par CASUTT 2012, p. 509, qui en critique cependant l'application dans l'ATF 123 III 261.

[1400] Voir HARI/HÄNNI 2014, N 105, avec des exemples ; CASUTT 1998, p. 111 et TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.3.2 ; 4A_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 3.2.

[1401] HARI/HÄNNI 2014, N 106 ; 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. 697*a* CO.

[1402] SCHWARZENBACH 2003, p. 76. Voir p. ex. l'arrêt OG ZH du 16 juillet 1996 (« BK Vision »), RSDA 1997 34, consid. III.d.1.c : modification des questions admise dans la mesure où elles s'inscrivaient dans la thématique générale reconnaissable dans la demande de renseignements.

[1403] CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 35 ; CASUTT 2012, p. 509. Pour une prise en compte du comportement du conseil d'administration dans l'examen du critère de subsidiarité : GABRIELLI 1997, p. 162.

[1404] GABRIELLI 1997, p. 162.

[1405] ATF 140 III 610, consid. 4, SJ 2015 I 272.

raison de l'exigence de connexité, cela signifie en particulier que le requérant devra prouver que les faits dont l'élucidation est requise par la voie du contrôle spécial sont couverts par la demande de renseignements ou de consultation des pièces. Le requérant veillera dès lors à ce que ses questions et les réponses données soient consignées fidèlement au procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 2 ch. 3 CO). Relevons que l'art. 702 al. 2 ch. 4 CO donne le droit de demander expressément l'inscription de certaines déclarations.

3.2. Droit à la consultation des livres et de la correspondance (art. 697 al. 3 CO)

580 Chaque actionnaire a le droit de demander à consulter les livres et la correspondance de la société (art. 697 al. 3 CO). Cette consultation nécessite une autorisation expresse de l'assemblée générale ou du conseil d'administration et est soumise à la limite du secret des affaires. Le droit à la consultation n'est pas subsidiaire au droit aux renseignements [1406].

3.2.1. Objet du droit à la consultation

a) En général

581 Les termes de « livres » et de « correspondance » doivent être compris largement ; ils visent tous les documents (physiques ou électroniques) en possession de la société qui peuvent être pertinents pour l'exercice des droits des actionnaires [1407]. À l'instar du droit aux renseignements, l'objet du droit à la consultation est large [1408] ; il n'est pas limité dans l'absolu à des domaines précis, p. ex. les points inscrits à l'ordre du jour ou les aspects faisant l'objet du rapport de gestion [1409].

b) Consultation du procès-verbal du conseil d'administration

582 Les procès-verbaux des délibérations et décisions du conseil d'administration, dont la tenue est prescrite à l'art. 713 al. 3 CO, sont des documents importants pour apprécier

[1406] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 16.

[1407] ATF 132 III 71, consid. 1.2, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 6.2. BSK OR II-WEBER, art. 697 N 16 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 58 ; KUNZ 2001a, § 12 N 28.

[1408] Voir le N 560 *supra*.

[1409] Une controverse doctrinale importante porte sur la consultation du registre des actions, une thématique moins pertinente pour la présente étude. Voir not. à ce sujet MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 183 ss ; KUNZ 2001b, p. 892 ; FORSTMOSER 1997, p. 102 ss ; HORBER 1995a, N 614 ss. L'accès au registre des actions permettrait cependant une meilleure coordination des actionnaires envisageant une action en responsabilité (BÄRTSCHI 2014, p. 84). Sur le droit spécifique à la remise du procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 3 CO), voir les N 712 ss *infra*.

la responsabilité des dirigeants [1410]. Témoins du traitement des affaires par le conseil d'administration, ils renferment des informations essentielles sur la qualité du processus décisionnel [1411]. Un actionnaire peut dès lors avoir un intérêt digne de protection à leur consultation. Leur mise à disposition peut cependant être particulièrement délicate, s'ils révèlent des irrégularités internes pouvant être exploitées dans le but de nuire à la société [1412].

3.2.2. Condition de l'intérêt juridiquement protégé

583 Bien que l'art. 697 al. 3 CO ne le mentionne pas explicitement, le droit à la consultation des livres et de la correspondance est admis pour autant qu'il soit nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire. L'examen de cette condition est soumis aux mêmes critères que dans le cadre du droit aux renseignements selon l'art. 697 al. 1 CO [1413].

584 Comme mentionné plus haut, l'évaluation de l'opportunité d'une action en responsabilité est un intérêt pertinent pour juger de la nécessité des informations demandées. Notons à cet égard que le Tribunal fédéral accorde aux dispositions relatives à la comptabilité un rôle central lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité des administrateurs et de la direction [1414]. Les comptes relatifs à des affaires déterminées peuvent représenter une base d'information essentielle pour l'exercice efficace des droits de surveillance des actionnaires. Le cas échéant, ils sont donc couverts par le critère de nécessité et leur consultation est admissible.

3.2.3. Pouvoir d'appréciation de l'assemblée générale et du conseil d'administration

585 À la différence de la demande de renseignements, l'accès de l'actionnaire aux livres et à la correspondance est soumis à la volonté de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, l'admission de la requête nécessitant une autorisation expresse de l'un de ces deux organes (art. 697 al. 3 CO) [1415].

586 L'assemblée générale et le conseil d'administration décident en principe librement d'octroyer ou non le droit de consulter les livres et la correspondance [1416]. Ces décisions restent cependant soumises aux principes d'égalité de traitement, de proportionnalité et d'interdiction de

[1410] PraxKomm VR-KRNETA, N 845.
[1411] Voir p. ex. l'arrêt HG ZH HG120149 du 26 janvier 2015, consid. 7.3 ss.
[1412] BÖCKLI 2009, § 13 N 154.
[1413] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 60.
[1414] ATF 133 III 453, consid. 7.2, JdT 2008 I 20.
[1415] Sur le partage de cette compétence décisionnelle, voir le N 589 *infra*.
[1416] ATF 132 III 71, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 6.3 ; BSK OR II-WEBER, art. 697 N 18 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 40 N 193 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 697 N 17. *Contra* : GABRIELLI 1997, p. 45 s.

l'arbitraire [1417]. En toute hypothèse, l'organe chargé de prendre cette décision n'est pas tenu de motiver un refus [1418].

3.2.4. Limite du secret des affaires

587 L'art. 697 al. 3 CO réserve explicitement le secret des affaires en matière de consultation des livres et de la correspondance [1419]. Celui-ci doit être préservé même si l'assemblée générale ou le conseil d'administration donnent leur accord à la consultation des pièces. La pesée entre l'intérêt de l'actionnaire à la consultation et celui de la société au maintien du secret obéit aux mêmes critères que dans le cadre d'une demande de renseignements [1420].

588 À l'instar de la fourniture de renseignements, seul l'accès aux pièces touchant véritablement les intérêts de la société doit être refusé ; le cas échéant, la société peut caviarder certaines pièces afin de préserver le secret des affaires [1421].

3.2.5. Modalités de l'exercice du droit à la consultation des livres et de la correspondance

589 L'actionnaire qui souhaite consulter les livres ou la correspondance peut en faire la demande en tout temps, alternativement au conseil d'administration ou à l'assemblée générale [1422]. Dans la seconde hypothèse, la requête ne doit pas être portée à l'ordre du jour [1423]. Si la requête est faite à l'assemblée générale, la doctrine considère que cet organe est seul compétent pour décider de l'accès ou non aux pièces [1424]. Le cas échéant, le conseil d'administration conserve cependant la faculté – voire l'obligation – de s'opposer à la consultation de pièces couvertes par le secret des affaires [1425]. Si la requête est faite hors d'une assemblée générale, le conseil d'administration décide seul [1426].

590 De manière générale, la société décide librement des modalités concrètes de la consulta-

[1417] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 64.

[1418] En détail : KUNZ 2001b, p. 892 s. ; FORSTMOSER 1997, p. 99. Critiques : BSK OR II-WEBER, art. 697 N 18 ; GABRIELLI 1997, p. 45 s. RITA TRIGO TRINDADE considère que la décision doit être motivée si elle a été prise par le CA (CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 65).

[1419] Sur la notion de secret, voir les N 564 ss *supra*.

[1420] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 19 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 205.

[1421] Voir WALDMANN 2009, p. 314 ; HORBER 1995a, N 676.

[1422] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 17 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 204.

[1423] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 62.

[1424] MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 202 ; FORSTMOSER 1997, p. 100.

[1425] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 19 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 203 ; FORSTMOSER 1997, p. 100. FELIX HORBER attribue au CA la compétence de préciser le contenu et les modalités de l'accès aux pièces (HORBER 1995a, N 670 ss).

[1426] MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 203.

tion [1427]. En principe, les pièces seront mises à disposition de l'actionnaire au siège de la société [1428]. Dans la mesure où la loi ne mentionne que la consultation, il faut partir du principe que l'actionnaire ne peut pas prétendre à recevoir des copies des documents [1429]. La mise à disposition de copies caviardées peut cependant être une modalité nécessaire pour sauvegarder les intérêts de la société [1430].

3.3. Action en fourniture des renseignements ou en consultation (art. 697 al. 4 CO)

3.3.1. Objet de l'action

Si les renseignements ou la consultation ont été refusés, l'actionnaire peut saisir le juge (art. 697 al. 4 CO). Il s'agit d'une action condamnatoire, soumise à la procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 7 CPC). 591

Sur le fond, la requête judiciaire tendant à la fourniture de renseignements ou à la consultation doit être admise si l'information a été refusée de manière injustifiée [1431]. Par refus, il faut entendre non seulement un refus explicite de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, mais aussi le non-traitement de la requête ou la communication d'informations imprécises, vagues ou lacunaires [1432]. Le refus est injustifié s'il ne repose ni sur le défaut d'intérêt digne de protection ni sur la mise en danger de secrets d'affaires [1433]. 592

À l'instar de l'action en contrôle spécial, l'action en exécution du devoir d'informer l'actionnaire est subsidiaire à l'exercice des droits aux renseignements et à la consultation des pièces ; elle doit donc avoir été précédée d'une demande dans ce sens [1434]. La subsidiarité implique également que la requête judiciaire ne peut pas porter sur la fourniture de renseignements si seule la consultation de documents a été demandée à la société [1435]. 593

[1427] HORBER 1995a, N 673. La préparation des pièces implique d'ailleurs un certain délai entre l'autorisation et la mise à disposition des documents *(ibidem)*.

[1428] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 70.

[1429] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 70 ; NÄNNI/VON DER CRONE 2006, p. 155 s.

[1430] HORBER 1995a, N 677.

[1431] Voir le texte allemand de l'art. 697 al. 4 CO, plus explicite : *« Wird die Auskunft oder die Einsicht ungerechtfertigterweise verweigert, so ordnet das Gericht sie auf Antrag an »*.

[1432] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 21 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 51 ; HORBER 1995a, N 725 ; VOCK 2000, p. 43.

[1433] Voir les N 560 ss et 564 ss *supra*.

[1434] HORBER 1995b, p. 166 ; BSK OR II-WEBER, art. 697 N 21 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 163 ; FORSTMOSER 1997, p. 109, n. 117.

[1435] ATF 132 III 71, consid. 2.1, JdT 2006 I 543.

3.3.2. Compétence locale

594 L'action doit être intentée au for du siège de la société (art. 10 al. 1 let. b CPC).

3.3.3. Qualité pour agir et pour défendre

595 L'action en délivrance de renseignements (ou en consultation des livres et de la correspondance) est une action individuelle, ouverte à tout actionnaire [1436] indépendamment de sa participation (art. 697 al. 1 et 4 CO). Plusieurs actionnaires peuvent agir ensemble en consorité simple (art. 71 al. 1 CPC). Il n'est pas nécessaire que la demande de renseignements ou en consultation et la requête judiciaire émanent de la même personne [1437]. Cet élargissement du cercle des personnes ayant qualité pour agir se justifie dans la mesure où il serait peu productif d'exiger qu'un autre actionnaire pose les mêmes questions à l'assemblée générale s'il envisage d'agir [1438]. Qui plus est, c'est l'intérêt de tous les actionnaires à être informés correctement qui est en jeu [1439].

596 L'action est dirigée contre la société [1440].

3.3.4. Délai

597 L'action en renseignements ou en consultation n'est soumise à aucun délai. L'écoulement d'un certain temps risque toutefois d'affaiblir l'intérêt digne de protection de l'actionnaire, la recevabilité de la requête étant soumise à l'interdiction générale de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) [1441]. Néanmoins, l'écoulement du temps à lui seul ne suffit pas à fonder une présomption de comportement abusif du requérant [1442].

[1436] Disposant du droit aux renseignements, voir le N 557 *supra*.

[1437] CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 43 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 221 ; KUNZ 2001b, p. 896 ; GABRIELLI 1997, p. 53 ; WYSS 1953, p. 229. *Contra*, sans développements : HORBER 1995a, N 730 ; WIDMER 1961, p. 52.

[1438] GABRIELLI 1997, p. 53 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 221 n. 1184.

[1439] MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 221 ; GABRIELLI 1997, p. 53.

[1440] Parmi d'autres : CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 44 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 214 ; HORBER 1995a, N 730.

[1441] TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 3.2 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 162 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 45 ; WATTER 2003, p. 38.

[1442] TF 4A_36/2010 du 20 avril 2010, consid. 3.1 ; 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 3.2 (intervalle de quelques mois entre le refus d'informer et le dépôt de la requête) ; plus généralement : ATF 95 II 109, consid. 4. Le Tribunal fédéral rejette ainsi explicitement, et à juste titre, la position de PETER V. KUNZ, qui considère abusif l'écoulement d'un délai supérieur à deux mois à partir de l'assemblée générale, KUNZ 2001a, § 12 N 32.

3.3.5. Fardeau de la preuve et moyens de preuve

En application des principes généraux, il revient à l'actionnaire requérant d'alléguer et de prouver les faits à l'appui de son droit aux renseignements ou à la consultation des pièces. Globalement, il s'agit de fournir au juge les éléments attestant du caractère indu du refus de renseigner. L'actionnaire doit ainsi parvenir à convaincre le juge que les informations qu'il demande sont « nécessaires pour se former une opinion éclairée sur la société et exercer les droits sociaux » [1443]. 598

L'actionnaire bénéficie d'un allègement quant à l'objet de la preuve lorsqu'il doit démontrer l'existence d'un intérêt digne de protection. Celui-ci s'apprécie en effet de façon abstraite : il suffit à l'actionnaire requérant d'apporter la preuve que l'information visée est nécessaire pour un actionnaire moyen [1444]. Ce n'est que si cette preuve n'est pas possible que le requérant devra fournir la preuve de son intérêt individuel sur la base de circonstances concrètes [1445]. Dans les deux cas, l'actionnaire ne peut cependant se contenter d'une simple vraisemblance ; le degré de preuve exigé semble rester celui de la preuve stricte [1446]. 599

Nonobstant cet allègement, il faut souligner l'importance de la motivation de la requête et de la réponse dans la procédure tendant à la fourniture d'informations. En effet, « tant l'actionnaire requérant que la société qui refuse un renseignement doivent soigneusement et concrètement motiver leurs positions [...] aucun juge, cantonal ou fédéral, ne se satisfait de justifications vagues » [1447]. Sous peine de vider le droit à l'information de son sens, on ne saurait toutefois exiger de l'actionnaire des allégations détaillées sur les informations dont il a besoin puisque c'est justement l'objet de sa requête devant le juge [1448]. S'il est manifeste que le requérant ne peut se borner à affirmer que l'octroi de renseignements ou l'accès aux pièces lui offrirait des informations supplémentaires [1449], une motivation basée sur des indices et une argumentation convaincants, vraisemblables et raisonnables devrait suffire [1450]. En toute hypothèse, il convient de tenir compte des moyens d'information que l'actionnaire a effectivement à sa disposition pour préparer une demande de renseignements. Ceux-ci se 600

[1443] HÉRITIER LACHAT 2006, p. 9 ; voir ég. ATF 132 III 71, consid. 1.3.1, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.2.2 ; BSK OR II-WEBER, art. 697 N 22 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 152 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 27 .

[1444] TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.2.2 : présomption réfragable en faveur de l'intérêt de l'actionnaire. Voir ég. CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 28.

[1445] ATF 132 III 71, consid. 1.3.1, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.2.2. Sur les risques et limites de cette approche : CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 29 ; NÄNNI/VON DER CRONE 2006, p. 157 ss.

[1446] ATF 132 III 71, consid. 1.3.1, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.2.2.

[1447] HÉRITIER LACHAT 2006, p. 12.

[1448] BÖCKLI 2009, § 12 N 164 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 218 ; DE BEER 2002, p. 437.

[1449] ATF 132 III 71, consid. 1.3.1, JdT 2006 I 543.

[1450] MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 220. Dans le même sens, CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 29 ; NÄNNI/VON DER CRONE 2006, p. 158.

réduisent théoriquement aux rapports de gestion et de révision (art. 696 CO) et aux procès-verbaux des assemblées générales précédentes (art. 702 al. 3 CO). Une interprétation souple de l'exigence de motivation permet, tout en éliminant les requêtes purement exploratoires, de garantir une certaine égalité des armes entre le requérant et le conseil d'administration, beaucoup mieux placé pour justifier et motiver le refus de la société [1451].

601 Pour sa défense, la société devra prouver soit que les renseignements demandés ont été fournis, soit que le refus de renseigner est justifié par le secret des affaires ou d'autres intérêts dignes de protection [1452].

602 Lorsque l'action tend à la délivrance de renseignements, la société doit apporter la preuve stricte de la mise en danger de ses intérêts [1453]. Qui plus est, la menace pesant sur les intérêts de la société doit être concrète [1454]. La société ne doit en revanche pas se trouver forcée de prouver ses motifs de refus d'une manière qui mènerait inévitablement à la divulgation des faits qui doivent être tenus secrets [1455]. La portée de cette restriction devrait être limitée dans la mesure où le juge peut ordonner les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte aux secrets d'affaires (art. 156 CPC). Dès lors, un allègement du fardeau de preuve au titre de la mise en danger de secrets d'affaires devrait n'être admis qu'à titre exceptionnel, lorsqu'aucune autre mesure ne permet de sauvegarder efficacement les intérêts de la société [1456].

603 Lorsque la requête tend à la consultation des livres et de la correspondance, le pouvoir d'examen du juge est limité à l'arbitraire si les conditions formelles d'un refus sont remplies [1457]. Le cas échéant, l'actionnaire qui conteste le refus devra prouver que le conseil d'administration s'est laissé guider par des réflexions qui n'ont aucune pertinence ou n'a pas tenu compte de circonstances qu'il s'imposait de prendre en compte [1458]. Des allégations motivées de la société sur les motifs de son refus suffiront cependant généralement à justifier celui-ci [1459].

604 L'action en délivrance de renseignements étant soumise à la procédure sommaire (art. 250

[1451] Comp. MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 214 s. ; DE BEER 2002, p. 441.

[1452] HÉRITIER LACHAT 2006, p. 9. Voir ég. TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.3.1.

[1453] TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.3.1. En détail sur le degré de preuve : MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 164 s. ; voir ég. CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 34 ; GABRIELLI 1997, p. 62. La vraisemblance ne suffit pas, contrairement à ce que retiennent la jurisprudence plus ancienne et une partie de la doctrine ; voir ATF 82 II 216, consid. 1b ; 109 II 47, consid. 3, JdT 1984 I 52 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 164 : *« Darlegungspflicht »* ; DE BEER 2002, p. 441.

[1454] BÖCKLI 2009, § 12 N 155 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 35 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 163.

[1455] TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.3.

[1456] Comp. GABRIELLI 1997, p. 62 ss ; cette interprétation doit être privilégiée par rapport au « faible allègement » du degré de preuve envisagé *in* MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 164.

[1457] ATF 132 III 71, consid. 1.3.2, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 6.3 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 165.

[1458] TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 6.4.2.

[1459] TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 6.4.2.

let. c ch. 7 CPC), la preuve est en principe rapportée par titres (art. 254 al. 1 CPC) ; d'autres moyens de preuve sont notamment admissibles si leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure ou si le but de la procédure l'exige (art. 254 al. 2 let. a et b CPC). Dans le contexte qui nous intéresse, il pourra ainsi se justifier d'auditionner les organes de la société [1460]. Des moyens de preuve qui ne sont pas immédiatement disponibles peuvent aussi être admis dans la mesure où l'action en délivrance de renseignements conduit à une décision définitive [1461]. Le cas échéant, il nous semble toutefois important de veiller à l'égalité des armes entre l'actionnaire, qui dispose d'un accès limité aux moyens de preuve à l'appui de sa requête, et la société.

3.3.6. Conclusions de la requête

L'actionnaire doit définir dans ses conclusions les renseignements qu'il souhaite obtenir ou les pièces auxquelles il souhaite avoir accès. La condition de nécessité interdit les requêtes purement exploratoires [1462]. 605

Les exigences quant à la précision de ces conclusions ne doivent cependant pas être trop sévères, sans quoi le droit à l'information serait vidé de son sens. Il serait excessif d'exiger de l'actionnaire qu'il désigne les informations visées comme s'il savait déjà ce qu'il souhaite élucider [1463]. Dès lors, une délimitation claire de l'objet des renseignements demandés doit suffire [1464]. 606

3.3.7. Effets de l'admission de la requête

Si le juge admet la requête, il condamne la société à fournir les renseignements ou mettre à disposition les documents demandés [1465]. Il doit veiller à ce que les secrets d'affaires dignes de protection soient préservés, p. ex. par la remise d'extraits des documents demandés [1466]. L'exécution du jugement obligeant la société à renseigner l'actionnaire est réglée par les art. 335 ss CPC [1467]. 607

[1460] Comp. CPC-BOHNET, art. 255 N 6.
[1461] ATF 120 II 352, consid. 2 ; CPC-BOHNET, art. 255 N 7.
[1462] BÖCKLI 2009, § 12 N 163.
[1463] BÖCKLI 2009, § 12 N 164 ; HORBER 1995a, p. 228.
[1464] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 21 ; BÖCKLI 2009, § 12 N 164 ; HORBER 1995a, p. 228.
[1465] Voir le texte allemand de l'art. 697 al. 4 CO : *« so ordnet das Gericht [die Auskunft oder die Einsicht] an »*.
[1466] BSK OR II-WEBER, art. 697 N 22. Voir ég. le Message 1983, p. 934.
[1467] Voir au sujet de l'exécution de jugements octroyant un accès aux renseignements WALDMANN 2009, p. 302 ss.

3.3.8. Frais

608 Le calcul des frais de l'action en délivrance d'informations dépend de sa valeur litigieuse. Conformément à l'art. 91 al. 1 CPC, celle-ci est déterminée par les conclusions. L'action en délivrance d'informations ne tendant pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, il convient d'estimer sa valeur en fonction de l'intérêt économique des parties [1468].

609 La jurisprudence a posé quelques principes relatifs à la requête en contrôle spécial, qui peuvent être mis à profit dans le contexte de l'action en délivrance d'informations. Lorsque celle-ci s'inscrit dans le cadre de l'examen de l'opportunité d'une action en responsabilité, elle a un caractère préparatoire [1469]. La valeur litigieuse doit dès lors être fixée en deux temps : s'il est approprié de se baser tout d'abord sur la valeur litigieuse d'une éventuelle action en responsabilité, il faut tenir compte du fait qu'au moment de l'introduction de l'action basée sur l'art. 697 al. 4 CO, l'actionnaire est encore dans le flou sur l'existence et le montant du dommage [1470]. Fixer la valeur litigieuse à un montant correspondant à peu près à celle de l'action en responsabilité serait dès lors abusif [1471]. Il existe par conséquent un intérêt à estimer à la baisse la valeur litigieuse ou du moins d'appliquer de manière avantageuse les règlements et tarifs cantonaux [1472].

610 Les frais sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Cette règle s'applique également à l'action en délivrance d'informations. Cependant, l'art. 107 CPC permet au juge de s'en écarter et de répartir les frais selon sa libre appréciation notamment lorsqu'une partie a intenté le procès de bonne foi (let. b) ou que des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable (let. f). La répartition en équité offre une marge d'appréciation au juge, qui lui permet de tenir compte des particularités du cas d'espèce [1473], notamment « 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 » [1474].

611 Sur la base de ces principes, exposés dans le contexte d'une action en annulation d'une décision de l'assemblée générale, mais selon nous applicables *mutatis mutandis* à l'action fondée sur l'art. 697 al. 4 CO, une répartition en équité doit notamment entrer en ligne de

[1468] BK ZPO I-STERCHI, art. 91 N 15 ; BOHNET 2014a, N 344.
[1469] Pour une application du même principe à l'action d'un créancier tendant à la remise de bilans sociaux, OG ZH LF 110118 du 20 janvier 2012, consid. 4.3.2.
[1470] ATF 123 III 261, consid. 4a, JdT 1999 I 27.
[1471] ATF 123 III 261, consid. 4a, JdT 1999 I 27.
[1472] Comp. OG ZH LF 110118 du 20 janvier 2012, consid. 4.3.2 ; question non examinée *in* ATF 123 III 261, consid. 4, JdT 1999 I 27, faute d'allégations suffisantes des recourants.
[1473] ATF 139 III 33, consid. 4.2.
[1474] TF 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7.

compte lorsque l'actionnaire se voit forcé à agir en raison d'une politique de communication particulièrement restrictive du conseil d'administration. Si la requête est rejetée pour des motifs que les organes auraient pu exposer dans le cadre de la demande de renseignements adressée à l'assemblée générale, il peut se justifier de mettre tout ou partie des frais à la charge de la société en application de l'art. 107 CPC. Il doit en aller de même lorsque l'actionnaire cherche à élucider des faits indiquant un manquement aux devoirs envers la société, son intérêt personnel passant alors au second plan. Dans ce cas, l'intérêt économique de l'actionnaire peut ne correspondre qu'à une fraction de la valeur litigieuse de l'action en responsabilité, qui est basée sur l'indemnité qu'un administrateur serait éventuellement amené à verser à la société [1475]. À l'inverse, la répartition des frais en équité n'entre pas en ligne de compte lorsque la participation de l'actionnaire demandeur est particulièrement importante [1476].

Relevons que la loi ne prévoyait pas de règle spécifique en matière de répartition des frais dans le contexte de l'art. 697 al. 4 CO avant l'introduction du CPC. L'entrée en vigueur de la procédure civile fédérale améliore donc au moins théoriquement les possibilités de mise en œuvre du droit à l'information des actionnaires. 612

3.4. Révision en cours

Conformément à son objectif général de renforcement des droits des actionnaires [1477], l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 prévoit quelques élargissements du droit à l'information. 613

Sur le plan formel, l'actionnaire d'une société non cotée en bourse pourra demander à être informé en tout temps par écrit sur les affaires de la société (art. 697 al. 2 AP-CO 2014). L'avant-projet oblige le conseil d'administration à répondre aux demandes de renseignements au moins deux fois par année, dont l'une peut coïncider avec l'assemblée générale ordinaire [1478]. Les réponses doivent être mises à disposition pour consultation lors de l'assemblée générale suivante ou sont immédiatement communiquées aux actionnaires. 614

Sur le plan matériel, l'avant-projet énonce clairement le principe de la pesée d'intérêts et fait un sort à toute velléité de donner la préséance aux intérêts sociaux (art. 697 al. 3 AP-CO 615

[1475] Comp. ATF 123 III 261 consid. 4a, JdT 1999 I 27.

[1476] Comp. en matière d'action en annulation de décisions de l'assemblée générale : TF 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7.

[1477] Rapport 2014, p. 193 ; voir ég. Message 2007, p. 1409.

[1478] Rapport 2014, p. 107. L'avant-projet s'écarte ici du projet de révision du droit de la société anonyme du 21 décembre 2007, qui prévoyait une information en tout temps, assortie d'un délai de réponse de 90 jours (art. 697 al. P-CO 2007), proposition qui avait été rejetée par le Conseil des États (BO CE 2009 655).

2014) [1479]. L'obligation de motiver tout refus de renseigner trouve également expression dans la loi (art. 697 al. 3 i. f. AP-CO 2014).

616 Alors que le projet de révision du 21 décembre 2007 prévoyait un droit d'être renseigné sur les indemnités et prêts accordés aux dirigeants à leurs proches dans les sociétés non cotées en bourse (art. 697^{quinquies} P-CO 2007 en relation avec l'art. 697^{quater} al. 1 et 4 P-CO 2007), l'Avant-projet 2014 prévoit que le conseil d'administration informe spontanément les actionnaires des indemnités, prêts et crédits accordés aux dirigeants et à leurs proches (art. 697 al. 4 AP-CO 2014). Malgré le refus du Conseil des États dans le cadre des débats relatifs au projet de 2007 [1480], le Conseil fédéral remet sur la table l'obligation de renseigner sur la rémunération des dirigeants, un point qui doit être salué du point de vue de la protection des actionnaires minoritaires [1481]. Nous considérons cependant qu'il existe déjà un droit à l'information réactive concernant les indemnités des dirigeants *de lege lata* [1482].

617 En matière de consultation des livres et de la correspondance, l'art. 697*a* al. 2 AP-CO 2014 prévoit désormais explicitement que la société peut opposer le secret d'affaires, mais aussi les autres intérêts sociaux prépondérants [1483]. On retrouve également dans cette disposition la notion de pesée d'intérêts. Une nouveauté concerne l'obligation de motiver par écrit tout refus d'octroyer l'accès aux livres et à la correspondance (art. 697*a* al. 2 AP-CO 2014) [1484].

3.5. Limites et potentiel de l'information réactive dans le contexte de l'action en responsabilité

618 Le droit à l'information réactive est un droit essentiel pour l'exercice éclairé des droits des actionnaires, en particulier pour l'actionnaire détenant moins de 10% du capital-actions, la voie du contrôle spécial lui étant fermée en cas de refus de l'assemblée générale (art. 697*b* al. 1 CO). Dans l'absolu, il s'agit d'un droit pertinent en lien avec la préparation d'actions en responsabilité contre les dirigeants, puisqu'il permet aux actionnaires d'être informés sur

[1479] Voir message 2007, p. 1490. Sur cette problématique, voir MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 230 ss ; GABRIELLI 1997, p. 38.

[1480] BO CE 2009 659.

[1481] BÖCKLI 2009, § 12 N 157d s. Voir p. ex. le Message 2007, p. 1492, qui mentionne notamment les cas où la société verse des dividendes faibles et des indemnités élevées, ce qui peut indiquer une thésaurisation nuisible aux actionnaires minoritaires (dans le même sens : Rapport 2014, p. 108).

[1482] Voir le N 569 *supra*.

[1483] Cette précision ne change rien à la portée matérielle de cette limitation (Rapport 2014, p. 108 ; voir ég. Message 2007, p. 1490 s. LAMBERT/SCHLEIFFER 2008, p. 100, n. 22).

[1484] Comp. la situation actuelle : N 586 *supra*.

des faits déterminés en lien la gestion de la société [1485] et d'accéder à des documents internes du conseil d'administration et des pièces comptables relatifs à des affaires précises [1486].

Ce droit se heurte cependant à un obstacle matériel de taille en la forme du secret des affaires et des autres intérêts dignes de protection [1487]. S'il est établi que cette barrière a un caractère exceptionnel, la pesée d'intérêts est faussée en raison de l'inégalité des armes entre les actionnaires et le conseil d'administration représentant la société : lorsqu'il s'agit d'alléguer leurs intérêts légitimes, les premiers sont réduits au tâtonnement alors que le second dispose de tous les renseignements nécessaires pour étayer son refus [1488]. Rien d'étonnant dès lors à ce que la balance penche plus facilement en faveur des intérêts sociaux [1489]. Que ce soit en matière de renseignements ou d'accès aux documents, le conseil d'administration reste donc investi d'un large pouvoir d'appréciation et la mise en œuvre judiciaire du droit à l'information reste hasardeuse [1490]. 619

Face à ce constat plutôt négatif, plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, la compréhension du droit à l'information souffre parfois encore d'une conception dépassée depuis la révision de 1992, soit celle de la primauté des intérêts sociaux, et d'une certaine méfiance envers les actionnaires, qui se traduit par une interprétation restrictive de l'ampleur des informations à fournir, mais aussi une application parcimonieuse des allègements procéduraux [1491]. Or le législateur a voulu accorder aux actionnaires des droits à l'information étendus et la loi doit être interprétée en conséquence [1492]. Sur le plan matériel, cela implique que le droit à l'information ne saurait être limité à des renseignements de nature générale [1493]. Sur le plan procédural, la *ratio* des droits à l'information impose de tenir compte de l'inégalité des armes entre le requérant et la société et de ne pas exiger de l'actionnaire des allégations détaillées sur les renseignements qu'il entend obtenir [1494]. 620

L'entrée en vigueur du code de procédure civile suisse apporte également des aspects positifs quant à l'amélioration de la mise en œuvre des droits à l'information. Ainsi, en matière de preuve, l'art. 156 CPC donne au juge un large pouvoir d'appréciation quant à la sauvegarde des intérêts dignes de protection ; il ne se justifie dès lors pas d'exiger une simple vraisemblance de la mise en danger des intérêts sociaux pour des motifs de protection du 621

[1485] N 560 s. *supra*.
[1486] N 582 et 584 *supra*
[1487] MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 230 ; SCHWARZENBACH 2003, p. 68 ; DRUEY 1993, p. 72.
[1488] MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 234 ; DE BEER 2002, p. 437.
[1489] MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 232.
[1490] Voir LAMBERT/SCHLEIFFER 2008, p. 102.
[1491] Du même avis : DE BEER 2002, p. 442
[1492] Voir DE BEER 2002, p. 459.
[1493] N 563 *supra*.
[1494] N 600 *supra*.

secret d'affaires [1495].

622 Le règlement des frais selon le CPC améliore aussi la situation de l'actionnaire agissant en délivrance de renseignements : la répartition des frais en équité selon l'art. 107 CPC s'applique également aux requêtes basées sur l'art. 697 al. 4 CO. Cette possibilité, ainsi que les principes relatifs à la valeur litigieuse développés en lien avec le contrôle spécial, qui doivent s'appliquer par analogie, améliorent quelque peu l'attractivité de la requête judiciaire en renseignements ou en consultation des pièces [1496]. Ceci permet de limiter la charge financière pour l'actionnaire qui voit sa requête rejetée, en particulier lorsqu'il s'est vu contraint d'agir en raison d'une politique de communication restrictive de la société ou lorsque la démarche est dans l'intérêt de tous les actionnaires.

623 L'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 offre également quelques améliorations [1497]. L'ancrage explicite des droits à l'information relatifs aux indemnités et transactions passées avec les dirigeants ou leurs proches constitue une évolution positive ; la protection des actionnaires minoritaires s'en voit améliorée [1498]. De manière générale, l'avant-projet vise à permettre une surveillance plus ciblée de la société [1499]. Par ailleurs, en soulignant le principe de la pesée d'intérêts et en exigeant clairement une prépondérance des intérêts dignes de protection de la société pour justifier un refus de renseigner, le projet consacre l'interprétation large du droit aux renseignements, ce qui permettra de l'affranchir des certaines conceptions dépassées.

624 On regrettera en revanche l'abandon de l'élargissement du droit de consultation aux documents des filiales d'une holding (art. 697bis al. 3 P-CO 2007) ; une disposition de ce type faciliterait grandement l'exercice des droits de surveillance dans les sociétés de participation et donc la protection des actionnaires minoritaires dans les groupes de sociétés [1500]. Dans un contexte où la séparation juridique entre les têtes de groupe de sociétés multinationales et leurs filiales est considérée comme problématique du point de vue de la responsabilité sociale et environnementale de ces groupes, une telle disposition pourrait également contribuer à la mise en œuvre de la responsabilité des sociétés mères pour les faits de leur filiales.

625 Au niveau formel, l'avant-projet du 28 novembre 2014 abandonne l'idée d'un droit à l'information écrite en tout temps, prévu dans le projet du 21 décembre 2007. Cette proposition avait suscité des réactions quelque peu négatives de la doctrine [1501] et a été refusée par le Conseil des États. L'abandon de cette proposition n'est pas forcément

[1495] Voir le N 601 *supra*.
[1496] Sur l'importance des règles en matière de frais, voir MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 225 s. ; DE BEER 2002, p. 437 s.
[1497] N 613 ss *supra*.
[1498] BÖCKLI 2009, § 12 N 157d s.
[1499] WEBER 2012, p. 210.
[1500] BÖCKLI 2009, § 12 N 157e.
[1501] BÖCKLI 2009, § 12 N 157e s. ; LAMBERT/SCHLEIFFER 2008, p. 102.

inopportun, dans la mesure où l'usage de la forme écrite peut faciliter les réponses formalistes et faire traîner en longueur le « dialogue » entre l'actionnaire et le conseil d'administration, ce qui se traduit par une perte de temps, voire d'intérêt pour le premier et un surcroît de travail pour le second. Le droit à l'information écrite en tout temps soulèverait d'ailleurs des questions délicates quant à la condition de subsidiarité d'un contrôle spécial qui ferait suite à des requêtes d'information écrites.

En définitive, les dispositions relatives au droit aux renseignements et à la consultation des pièces devraient sans doute pouvoir être exploitées avec un certain profit en vue de la préparation d'un procès en responsabilité. L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions législatives relatives au droit à l'information améliorera encore la situation. Ces aménagements ne seront toutefois véritablement efficaces que si le rôle légitime de l'actionnaire comme surveillant des organes de gestion est reconnu, aussi bien au niveau législatif que dans la mise en œuvre du droit. 626

Nonobstant ces réflexions, l'outil de prédilection pour élucider les affaires internes de la société reste le contrôle spécial, dans la mesure où celui-ci permet de surmonter l'obstacle que représente le secret des affaires et d'avoir un accès étendu aux informations pertinentes. Dans cette optique, on retiendra avant tout de cette section l'importance de pouvoir définir largement le cadre matériel d'un éventuel contrôle spécial par une interprétation souple de la connexité matérielle entre la demande de renseignements et la requête d'institution d'un contrôle spécial [1502]. 627

4. Contrôle spécial

4.1. Introduction

Pour résoudre le conflit entre l'intérêt des actionnaires à surveiller l'activité des organes et celui de la société à préserver le secret sur ses affaires internes, le législateur a introduit en 1992 la procédure du contrôle spécial (art. 697*a* ss CO) [1503]. Ce processus tend à la nomination d'un chargé d'enquête indépendant dont la fonction est d'obtenir les réponses à des questions posées à la société par l'actionnaire. L'introduction du contrôle spécial avait pour but explicite de faciliter la collecte d'informations en vue d'apprécier l'opportunité d'actions en responsabilité ou en annulation tout en ménageant les intérêts de la société [1504]. 628

[1502] Voir N 573 ss *supra*.

[1503] RO 1992 733 ss.

[1504] Message 1983, p. 854 s. BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 11 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 294 ; MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 250 ; CASUTT 2012, p. 506. On admettra que le contrôle spécial vise plus généralement à permettre aux actionnaires d'exercer efficacement leurs droits de surveillance, mais aussi leurs autres droits sociaux et patrimoniaux (KILLIAS/BERTHOLET 2005, p. 245 s).

Le contrôle spécial occupe ainsi la fonction de « charnière » ou de « sas » entre les actionnaires et les affaires internes de la société [1505].

629 Dans le contexte de la responsabilité des dirigeants, le contrôle spécial doit non seulement donner à l'actionnaire les moyens de se décider de manière éclairée sur l'introduction d'une action, mais aussi d'accéder aux informations nécessaires pour répondre aux exigences de motivation d'une demande [1506]. Il va donc sans dire que l'efficacité du contrôle spécial a une influence déterminante sur l'amélioration de la mise en œuvre de la responsabilité.

630 Après avoir défini le cadre et l'objet du contrôle spécial (N 631 ss et 634 ss *infra*), ainsi que les conditions de sa mise en œuvre (N 638 ss *infra*), nous exposerons la procédure d'instauration du contrôle spécial (N 658 ss *infra*) et le déroulement de celui-ci (N 680 ss *infra*). Les dispositions concernant le contrôle spécial font l'objet de quelques adaptations dans le cadre de l'actuel projet de révision du droit de la société anonyme, qu'il conviendra également d'aborder (N 697 ss *infra*). La dernière partie de la présente section offrira une appréciation de la portée et de l'importance de cette institution, en particulier pour l'action en responsabilité (N 702 ss *infra*).

4.2. Cadre du contrôle spécial

631 Le contrôle spécial s'inscrit dans le même cadre général que le droit aux renseignements et à la consultation des pièces : il doit porter sur les affaires de la société. Son objet s'étend dès lors à toutes les affaires de la société influant sur sa situation économique et financière [1507]. Cette délimitation a pour effet d'exclure du champ du contrôle spécial les activités purement privées des dirigeants et les faits étrangers à la société, p. ex. l'état général du marché dans un secteur économique donné [1508].

632 En revanche, les relations entre la société et des tiers peuvent faire l'objet du contrôle spécial dans la mesure où cet examen est important pour l'exercice des droits de l'actionnaire. Il est donc admissible de vérifier dans le cadre du contrôle spécial si la société poursuit des buts contraires à la loi ou aux statuts en concluant un acte juridique avec un tiers [1509].

633 Le cadre général du contrôle spécial peut être difficile à déterminer dans les groupes de sociétés, p. ex. lorsque la requête porte sur des informations relatives à une filiale. De manière

[1505] BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 12 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 295 ; CASUTT 2012, p. 506.

[1506] ROTH PELLANDA 2007, p. 294.

[1507] BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 26 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 303 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 10, 34 ; HORBER 1995a, N 489 ss. Voir p. ex. ATF 123 III 261, consid. 2, JdT 1999 I 27.

[1508] ATF 123 III 261, consid. 2a, JdT 1999 I 27. Plus généralement : PAULI 2004, p. 228 s. ; HORBER 1995a, N 491 s. ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 10.

[1509] TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.2.2 ; 4A_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1. CASUTT 1991, § 6 N 15.

générale, toute information pertinente pour l'exercice des droits de l'actionnaire de la société mère peut faire l'objet du contrôle spécial [1510].

4.3. Objet du contrôle spécial

L'art. 697*a* al. 1 CO prévoit que le contrôle spécial est institué « afin d'élucider des faits déterminés ». 634

4.3.1. Des faits ...

Le contrôle spécial ne peut porter que sur des faits concrets ; l'examen de la licéité ou de l'opportunité est exclu [1511]. En pratique, la délimitation entre ce qui relève du fait ou du jugement de valeur n'est pas toujours simple. La distinction doit s'opérer en regard du but de cette restriction, qui est d'éviter que le contrôleur spécial ne se mette à la place du juge en ce qui concerne l'appréciation juridique des actes [1512]. Le contrôle spécial doit en revanche fournir à l'actionnaire tous les éléments factuels qui lui permettront d'apprécier l'opportunité d'une action en responsabilité [1513]. Ainsi, s'il est manifeste que le contrôleur spécial ne peut fournir de qualification juridique dans son rapport [1514], il faut admettre qu'il peut notamment présenter les relations entre différents faits [1515], élucider – sans leur porter de jugement de valeur – les motifs à la base d'une décision [1516], voire émettre des hypothèses sur une base factuelle suffisante [1517]. 635

4.3.2. ... déterminés

Le contrôle spécial vise à élucider des faits *déterminés* : il ne saurait être exploité pour contrô- 636

[1510] ATF 132 III 71, consid. 1.3 ss, JdT 2006 I 543 ; TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.1 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 18 ; PAULI 2004, p. 268. La question des rapports de groupe devient plus délicate lorsqu'il s'agit de définir les modalités d'exécution du contrôle et les prérogatives de l'expert envers les filiales (voir N 682 *infra*).

[1511] ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 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 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 16 s. ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 9 ; CASUTT 2012, p. 509. Voir les exemples chez SCHWARZENBACH 2003, p. 73 ss.

[1512] Message 1983, p. 855 ; CASUTT 1991, § 6 N 17 ; SCHWARZENBACH 2003, p. 77. L'examen de l'opportunité, lorsqu'il est ouvert, est aussi réservé au juge (CASUTT 1991, § 6 N 17).

[1513] BÖCKLI 2009, § 16 N 53 ; CASUTT 2012, p. 509 ; HARI/HÄNNI 2014, p. 132 s.

[1514] À cet égard, il est permis de se rattacher à la distinction entre faits et droit propre à la procédure civile (CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 9 ; CASUTT 1991, § 6 N 22).

[1515] BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 16 ; CASUTT 2012, p. 509.

[1516] Comp. TF 4A_129 du 20 juin 2013, consid. 7.1.2, approuvé par JENNY 2013, p. 605.

[1517] Comp. OG ZG du 20 mars, ch. 1.4 du dispositif restitué *in* TF 4A_260/2013 du 6 août 2013, B. Plus restrictifs : CR CO II-PAULI, art. 697 N 9 ; SCHWARZENBACH 2003, p. 77.

ler la gestion ou la comptabilité dans son ensemble, ni à des fins purement exploratoires, « dans l'espoir de découvrir des irrégularités dont le requérant ne sait rien » [1518].

637 L'exigence de détermination des faits à élucider trouve sa limite dans l'asymétrie de l'information : l'actionnaire requérant agit justement sans savoir exactement ce qui s'est passé [1519]. Dès lors, la requête doit pouvoir viser de nombreux faits, pour autant que son objet soit délimité matériellement et temporellement de manière suffisamment claire [1520].

4.4. Conditions d'admissibilité du contrôle spécial

638 Selon l'art. 697*a* al. 1 CO, le contrôle spécial peut être institué si cela est « nécessaire » à l'exercice des droits de l'actionnaire et si l'actionnaire « a déjà usé de son droit à être renseigné ou à consulter les pièces ». L'admission du contrôle spécial dépend donc d'exigences de nécessité et de subsidiarité.

639 Dans l'hypothèse où l'assemblée générale refuse d'instituer un contrôle spécial (art. 697*b* CO), le requérant doit encore être en mesure de rendre vraisemblable l'existence d'une violation, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Le secret des affaires, qui est une limite au droit aux renseignements ou à la consultation des pièces (art. 697 al. 2 et 3 CO), ne joue en revanche aucun rôle dans le cadre d'une requête en contrôle spécial. Les intérêts de la société seront pris en compte au moment de la rédaction du rapport de contrôle spécial (art. 697*e* al. 1 et 2 CO) [1521].

4.4.1. Nécessité

640 L'institution d'un contrôle spécial est admissible s'il est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire (art. 697*a* al. 1 i. m. CO). Selon la jurisprudence, la nécessité doit être admise dès que l'élucidation des faits est utile à l'exercice des droits de l'actionnaire, que ce soit en vue d'une action en responsabilité ou de l'exercice d'autres droits [1522]. Conformément à ce

[1518] 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 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 53 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 23 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 10 ; DRUEY 1997, p. 39. Voir p. ex. 4C.353/2006 du 28 février 2007 : refus d'examiner l'ensemble de la rémunération des dirigeants faute d'indices d'abus ; dans le même sens, TF 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.2.2. Voir encore TC NE du 24 juin 2014, RJN 2014 175, consid. 5c ; KG ZG du 23 juin 2000, ZGGVP 2000 132, consid. 5.3.1.

[1519] BÖCKLI 2009, § 16 N 43.

[1520] TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.4.1 ; 4C.190/2005 du 6 septembre 2005, consid. 3.2 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 43 ; DRUEY 1997, p. 39.

[1521] Voir le N 687 *infra*.

[1522] ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 123 III 261, consid. 4a, JdT 1999 I 27 ; TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.2 ; 4A_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 2.2 et 3.4 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 25 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 15 ; CASUTT 2012, p. 509 ; CASUTT 1998, p. 111.

qui prévaut en matière de droit à l'information réactive (art. 697 CO), un intérêt digne de protection suffit [1523]. Ainsi, à notre sens, les informations sur la couverture d'assurance des administrateurs, du moins lorsqu'elle est fournie par la société, sont pertinentes en lien avec la préparation d'une action en responsabilité et peuvent donc être couvertes par le critère de nécessité [1524].

Le contrôle spécial ne peut pas porter sur des faits connus de l'actionnaire [1525]. De même, l'intérêt digne de protection doit être nié lorsque le droit dont l'exercice est envisagé est prescrit ou périmé [1526]. Enfin, comme en matière de droit aux renseignements, le droit au contrôle spécial est soumis à l'interdiction de l'abus de droit : une requête tendant à satisfaire la curiosité d'un concurrent ou nuire à la société visée serait inadmissible [1527]. 641

Concrètement, l'actionnaire qui souhaite voir un contrôleur spécial nommé doit avoir des raisons sérieuses de douter du caractère complet et exact des réponses données par le conseil d'administration aux questions posées à l'assemblée générale ou de la sincérité des motifs avancés pour justifier un refus de renseigner [1528]. Le requérant doit dès lors rendre vraisemblable que des doutes subsistent par rapport aux informations fournies par le conseil d'administration [1529] et qu'il n'arrive pas à se faire une idée suffisamment claire des circonstances, c'est-à-dire que les informations dont il dispose sont insuffisamment déterminées pour exercer ses droits [1530]. C'est une question que le juge apprécie en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce [1531]. À cet égard, deux éléments peuvent avoir une importance particulière : le premier est niveau de détail des réponses données par le conseil d'administration. En effet, le contrôle spécial vise explicitement à élucider des faits déterminés, ce qui exprime non seulement une limite, mais aussi le fait que l'actionnaire peut, selon les circonstances, avoir besoin d'informations plus détaillées que 642

[1523] TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 5 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 25 ; JENNY 2013, p. 604 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 35 N 29 ; GABRIELLI 1997, p. 96. Pour une interprétation plus stricte du critère de nécessité : KUNZ 2001a, § 12 N 73. Voir N 561 *supra*.

[1524] Dans le même sens, PAULI 2004, p. 251. *Contra* : SCHWARZENBACH 2003, p. 76.

[1525] CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 16 ; CASUTT 2012, p. 509 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 25. Voir p. ex. TF 4A_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 3.6 et TC JU du 4 octobre 2013, RJJ 2013 114 ss, *passim*.

[1526] TF 4C.190/2005 du 6 septembre 2006, consid. 3.2 ; 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 5.3 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 49, n. 101 ; JENNY 2013, p. 604.

[1527] TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.2.2 ; 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 5.3 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 25. Comp. les N 561 ss *supra*.

[1528] SCHWARZENBACH 2003, p. 75 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 42 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 12. Voir p. ex. ATF 123 III 261, consid. 3b, JdT 1999 I 27 (doutes insuffisants sur les réponses concernant les prix de transfert) ; TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 5.2 ; 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.1 ; ZR 2002 n° 9, consid. V.1.3 : doutes admis par la société elle-même.

[1529] TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1 ; 4C.64/2003 du 18 juillet 2002, consid. 5.4 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 42 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 12 ; CASUTT 1998, p. 111. En faveur d'une interprétation large du caractère vraisemblable : PAULI 2004, p. 136 s.

[1530] Comp. ROTH PELLANDA 2007, p. 301. 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.

[1531] TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.1.2.

les réponses générales données à l'assemblée générale [1532]. Le second élément important est le motif fourni pour justifier le refus d'informer : en effet, le secret des affaires au sens de l'art. 697 al. 2 et 3 CO n'est pas opposable à ce stade de la requête en institution du contrôle spécial.

4.4.2. Subsidiarité

643 Le droit de proposer l'institution d'un contrôle spécial est subordonné à l'exercice préalable des droits à l'information pendant l'assemblée générale (art. 697*a* al. 1 i. f. CO). Cette subsidiarité revêt une dimension formelle et une dimension matérielle.

a) Subsidiarité formelle

644 Du point de vue formel, la proposition d'instituer un contrôle spécial doit faire suite à une demande de renseignements ou de consultation (art. 697*a* al. 1) [1533] ; la demande de renseignements doit être formellement séparée de la proposition d'instituer un contrôle spécial au sens de l'art. 697*a* al. 1 CO [1534]. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'actionnaire ait saisi le juge sur la base de l'art. 697 al. 4 CO [1535]. De même, l'actionnaire qui est en même temps administrateur ne doit pas avoir fait valoir son droit au renseignement selon l'art. 715*a* CO au préalable [1536].

645 Le requérant doit apporter la preuve stricte qu'il a formellement exercé son droit aux renseignements à l'assemblée générale ; un allègement des exigences en matière de preuve ne se justifie pas compte tenu de l'obligation de consigner les demandes de renseignements et les réponses du conseil d'administration au procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 2 ch. 3 CO) [1537].

[1532] Voir TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.2.2 et JENNY 2013, p. 606.

[1533] ATF 133 III 133, consid. 3.2, JdT 2007 I 296 ; 123 III 261, consid. 3a, JdT 1999 I 27 ; TF 4A_319/2014 du 19 novembre 2014, consid. 5.3.1 non publié *in* ATF 140 III 610 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 30 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 33.

[1534] TF 4A_319/2014 du 19 novembre 2014, consid. 5.3.1 non publié *in* ATF 140 III 610. *Contra :* PAULI 2004, p. 213.

[1535] ATF 133 III 133, consid. 3.2, JdT 2007 I 296 (arrêt de principe) ; voir ég. ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 138 III 246, consid. 3.3, SJ 2013 I 154 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 41 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 301. Cela se justifie au vu des difficultés inhérentes à l'action en délivrance des informations, voir *supra* les N 618 ss.

[1536] ATF 133 III 133, consid. 3.3, JdT 2007 I 296. D'un autre avis, apparemment, CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 12 ; on pourra cependant imputer à l'actionnaire les éléments dont il a eu connaissance en sa qualité d'administrateur sous l'angle du critère de nécessité (TC JU du 4 octobre 2013, RJJ 2013 114 ss).

[1537] ATF 140 III 610, consid. 4.3, SJ 2015 I 272 ; voir ég. GABRIELLI 1997, p. 42 ; KUNZ 1996, p. 5.

b) Subsidiarité matérielle

L'exigence de subsidiarité implique une connexité matérielle entre l'objet de la demande de renseignements et celui du contrôle spécial [1538]. Nous avons exposé plus haut les exigences en matière de formulation de la demande de renseignements en vue d'un contrôle spécial [1539] ; il s'agit d'étudier ici dans quelle mesure l'actionnaire peut préciser ses questions ou poser des questions supplémentaires dans le cadre de la proposition et de la requête d'instituer un contrôle spécial. 646

La controverse relative au degré de connexité entre la demande de renseignements et la proposition d'instituer un contrôle spécial a été tranchée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 123 III 261. Selon cette décision, confirmée depuis [1540], la connexité matérielle s'apprécie en fonction du besoin en renseignements que le conseil d'administration peut déduire de bonne foi de la demande de renseignements initiale faite à l'assemblée générale [1541]. Ainsi, des questions complémentaires ou plus précises sont admissibles pour autant que le conseil d'administration pouvait s'attendre de bonne foi à ce type de questions au vu de la demande de renseignements initiale. Dès lors, le principe de subsidiarité n'interdit pas les questions supplémentaires et le cadre du contrôle spécial n'est pas automatiquement réduit par rapport à celui de la demande de renseignements [1542]. Si la thématique sous-jacente aux questions posées à l'assemblée générale ressort suffisamment clairement de la demande de renseignements, la société ne pourra pas ensuite s'opposer à des questions plus précises ou à des questions supplémentaires s'inscrivant dans le même objet [1543]. L'actionnaire pourra, aux mêmes conditions, intégrer à sa requête les informations obtenues dans le cadre de l'exercice du droit aux renseignements ou pendant le délai d'introduction de la requête [1544], voire actualiser les questions posées [1545]. Cette interprétation s'impose en raison de l'asymétrie de 647

[1538] ATF 140 III 610, consid. 2.2, SJ 2015 I 272 : *« thematisch [...] gedeckt »* ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 34 ; SCHWARZENBACH 2003, p. 72 ; CASUTT 2012, p. 508 ; GABRIELLI 1997, p. 160 ss.

[1539] Voir les N 573 ss *supra*.

[1540] Voir not. ATF 140 III 610, consid. 2.2, SJ 2015 I 272 ; TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1 ; 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 3.3.

[1541] ATF 123 III 261, consid. 3a, JdT 1999 I 27. Le Tribunal fédéral utilise une formulation apparemment plus restrictive dans le seul arrêt publié en français sur cette question (4A_215/2010 du 27 juillet 2010) et réduit l'objet du contrôle spécial aux « informations déjà visées par la demande de renseignements » (consid. 3.1.), une formulation qui ne se retrouve pas dans les arrêts rédigés en allemand (comp. ATF 123 III 261, consid. 3a, JdT 1999 I 27 et TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 3.3).

[1542] Voir ég. GABRIELLI 1997, p. 162 ; KUNZ 1996, p. 3. *Contra* : HORBER 1995a, p. 227.

[1543] Voir p. ex. OG ZH du 16 juillet 1996 (« BK Vision »), RSDA 1997 34, consid. III.d.1.c ; ZR 2002 nº 9, consid. V.1.2. En détail au sujet des questions supplémentaires : PAULI 2004, p. 219 s. Dans le même sens, CASUTT 2012, p. 509 ; KUNZ 1996, p. 3 ; DRUEY 1997, p. 40. Plus restrictifs : SCHWARZENBACH 2003, p. 71 ; HORBER 1995a, p. 227.

[1544] CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 35. Dans le même sens, apparemment, BÖCKLI 2009, § 16 N 41, qui souligne que l'actionnaire a besoin de temps pour reconnaître les éventuels manques dans les réponses du conseil d'administration.

[1545] TC NE du 24 juin 2014, RJN 2014 175, consid. 5.

l'information – l'actionnaire étant rarement en mesure de poser des questions précises *ab initio* –, mais aussi pour garantir l'économie de procédure et l'efficacité du contrôle spécial comme outil servant à élucider des faits déterminés [1546].

648 En toute hypothèse, l'actionnaire est libre de restreindre l'objet du contrôle spécial par rapport à sa demande de renseignements ou en consultation [1547].

4.4.3. Vraisemblance d'une violation dommageable

649 Si l'assemblée générale refuse de donner suite à la proposition d'instituer un contrôle spécial, l'actionnaire doit rendre vraisemblable face au juge 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 actionnaires (art. 697*b* al. 2 CO). En termes juridiques l'art. 697*b* al. 2 CO exige ainsi la vraisemblance de trois éléments cumulatifs : une violation du droit, un préjudice et un lien de causalité [1548]. Globalement, le requérant doit s'attacher à rendre vraisemblable un complexe de *faits* indiquant une *violation du droit* ayant causé un *préjudice* à la société ou aux actionnaires [1549].

650 Cette problématique constitue le cœur du système du contrôle spécial, car elle détermine l'efficacité de cette institution : des exigences trop sévères quant à la vraisemblance risquent de barrer l'accès au contrôle spécial ; à l'inverse, celui-ci ne doit pas être admis à la légère en raison de la charge qu'il représente pour la société et du risque de voir s'accumuler les requêtes abusives [1550].

a) Violation de la loi ou des statuts

651 Concernant la première des conditions, le requérant doit alléguer qu'un organe a eu un comportement contraire à la loi ou aux statuts ; la violation d'une directive, d'une règle de *soft law* ou d'une obligation contractuelle ne suffirait pas [1551]. Face à cette jurisprudence relativement péremptoire du Tribunal fédéral, il faut relever que le non-respect de directives et de règlements internes ou externes peut indiquer une violation du devoir de diligence, constituant un manquement au sens de l'art. 754 CO. De tels éléments devraient également être pris en compte dans l'examen de la vraisemblance d'une violation du droit au sens de

[1546] ZR 2002 nº 9, consid. V.1.2.
[1547] CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 35 ; CASUTT 1991, § 7 N 16. Voir p. ex. TF 4C.165/2004, consid. 3.4.
[1548] BSK OR II-WEBER, art. 697*b* N 5 ; GABRIELLI 1997, p. 112 ss.
[1549] BÖCKLI 2009, § 16 N 45.
[1550] ATF 120 II 393, consid. 4c, JdT 1995 I 571 ; TF 4A_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2 ; HIRSCH 1993, p. 418 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 24.
[1551] ATF 138 III 252, consid. 3.2 ; TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.3. Voir ég. la liste exemplative *in* BSK OR II-WEBER, art. 697*b* N 6.

l'art. 697*b* al. 2 CO [1552]. En revanche, un comportement simplement inopportun ne devrait pas suffire à rendre vraisemblable un manquement [1553]. On peut voir là une dimension de la protection offerte par la *business judgment rule* : faute d'indices d'une violation des obligations procédurales des dirigeants, l'inopportunité d'une décision – qui serait revue avec retenue par le juge dans un procès au fond – ne saurait justifier un contrôle spécial [1554].

Selon la jurisprudence, la vraisemblance des faits à la base d'un manquement est établie lorsque le comportement exposé présente un certain degré de probabilité, même si le juge compte encore avec la possibilité que les choses se soient déroulées autrement [1555]. De manière générale, on pourra retenir que le critère de vraisemblance est rempli lorsque les faits rendus vraisemblables éveillent un soupçon légitime, sans que la responsabilité doive déjà être établie [1556]. Alors qu'il serait excessif d'exiger du requérant la preuve stricte des faits que le contrôle spécial doit élucider, il est permis d'attendre de lui qu'il offre au moins des indices du comportement allégué et ne se contente pas de soupçons ou d'affirmations sans fondement [1557]. PETER BÖCKLI retient ainsi que l'actionnaire devra au moins être en mesure de présenter des documents à l'appui de ses allégations [1558]. 652

Pour illustrer la distinction entre des indices suffisants et un soupçon trop vague, on pourra se référer à deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral en 2013, concernant tous deux une situation de conflit d'intérêts [1559]. Dans le premier arrêt, les indices d'un comportement constitutif de conflit d'intérêts avaient été suffisamment établis, le requérant ayant rendu vraisemblable qu'une transaction avait été conclue avec une société proche à des conditions qui ne correspondaient pas à celles du marché. Dans le second, le requérant a pu établir qu'un administrateur siégeait dans deux sociétés proches ; ce seul fait, qui est en soi licite, 653

[1552] CASUTT/GRUN MEYER 2012, p. 592 s.

[1553] CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 14. Voir p. ex. ATF 138 III 215, 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 ; voir ég. TF 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.3. D'un autre avis, HIRSCH 1993, p. 418, qui retient qu'« une gestion objectivement mauvaise constitue en principe une violation de la loi », repris *in* TF 4C.64/2003 du 18 juillet 2003, consid. 5.4.

[1554] La vraisemblance d'une violation des règles de compétence suffirait en revanche (ATF 120 II 393, consid. 4c/aa, JdT 1995 I 571).

[1555] TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.1.

[1556] TF 4C.64/2003 du 18 juillet 2003, consid. 5.3 ; Comp. DRUEY 1997, p. 40 : « *man wird noch fragen dürfen* ». Selon ANDREAS CASUTT, l'existence de pertes importantes inexpliquées offrirait la base de tels soupçons (CASUTT 2012, p. 510 ; CASUTT/GRUN MEYER 2012, p. 593).

[1557] ATF 138 III 252, consid. 3.1. Vraisemblance admise in : ATF 120 II 393, consid. 4c, JdT 1995 I 571 ; 4A_129/2013 du 20 juin 2013 ; TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 2 (réf. à l'arrêt cantonal) ; niée *in* ATF 138 III 252, consid. 3.2 ; TF 4A_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.3 ; 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.2.4 ; 4C.64/2003 du 18 juillet 2003, consid. 5.4 ; KG ZG du 23 juin 2000, ZGGVP 2000 132, consid. 6.2 ; TC NE du 24 juin 2014, RJN 2014 175, consid. 5b.

[1558] BÖCKLI 2009, § 16 N 47.

[1559] TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013 et 4A_260/2013 du 6 août 2013.

ne suffit pas à rendre vraisemblable une violation du droit en l'absence d'interactions entre les deux sociétés [1560].

654 Outre les faits constitutifs d'un manquement aux devoirs, le requérant doit également rendre vraisemblable leur qualification juridique [1561]. Pour reprendre la définition générale du manquement aux devoirs, il s'agit donc d'indiquer en quoi les faits allégués s'écartent du comportement d'un administrateur diligent [1562]. Ce manquement doit présenter un lien avec l'état de fait censé faire l'objet du contrôle spécial [1563].

655 La qualification juridique est rendue vraisemblable lorsqu'un examen sommaire des motifs allégués fait apparaître certaines chances de succès ou qu'ils sont au moins défendables [1564]. On ne saurait interpréter trop strictement l'exigence d'indiquer précisément « quelle est la violation soupçonnée » [1565], puisque le contrôle spécial est justement censé offrir les éléments permettant d'apprécier juridiquement le comportement des dirigeants [1566]. Il faut au moins permettre au requérant d'émettre différentes violations possibles, pour autant qu'elles n'apparaissent pas comme des reproches adressés au hasard [1567].

b) Dommage

656 Le requérant doit également rendre vraisemblable la survenance d'un dommage (art. 697*b* al. 2 CO). Celui-ci sera défini conformément à la théorie de la différence [1568] : il s'agit de rendre vraisemblable une différence entre l'état actuel du patrimoine social ou du patrimoine personnel du requérant et l'état hypothétique de ce patrimoine en cas de comportement des organes conforme à leurs devoirs [1569]. En l'état actuel du droit, la diminution du patrimoine doit donc être effective ; un dommage futur ou imminent ne suffirait pas [1570]. Le dommage

[1560] TF 4A_160/2013 du 6 août 2013, consid. 4.3. Ce jugement peut paraître sévère (RAPP 2014, p. 131 ; JENNY 2013, p. 606).

[1561] ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 120 II 393, consid. 4c, JdT 1995 I 571 ; TF 4A_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2 ; 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1 ; 4C.64/2003 du 18 juillet 2003, consid. 5.3.

[1562] CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 14.

[1563] ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; TF 4A_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1 ; 4C.190/2005 du 6 septembre 2006, consid. 3.2. Voir ég. ROTH PELLANDA 2007, p. 305.

[1564] ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 120 II 393, consid. 4c, JdT 1995 I 571 ; TF 4A_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2 ; 4C.64/2003 du 18 juillet 2003, consid. 5.3.

[1565] Formulation utilisée *in* ATF 138 III 252 consid. 3.2.

[1566] TF 4C.64/2003 du 18 juillet 2003, consid. 5.3 ; GABRIELLI 1997, p. 117.

[1567] Comp. ATF 138 III 252 consid. 3.2.

[1568] TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 6.2.

[1569] HARI/HÄNNI 2014, p. 147 ; JENNY 2013, p. 600.

[1570] BSK OR II-WEBER, art. 697*b* N 7 ; CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 15. L'art. 697*d* al. 3 AP-CO 2014 assouplit cette exigence, voir les N 700 ss *infra*.

allégué n'a toutefois pas à être chiffré [1571].

c) Causalité

Enfin, le dommage allégué doit être la conséquence vraisemblable de la violation invo- 657
quée [1572]. Il faut au moins que les indices fournis par le requérant indiquent avec un certain degré de vraisemblance que les actes ou omissions de l'organe peuvent effectivement avoir causé un dommage [1573].

4.5. Procédure au sein de la société

La nomination d'un contrôleur spécial se déroule en deux étapes : tout d'abord, le contrôle 658
spécial doit être proposé à l'assemblée générale (art. 697*a* al. 1 CO). Cette phase sociale est suivie d'une procédure judiciaire, que la proposition d'instituer un contrôle spécial soit acceptée par l'assemblée générale (art. 697*a* al. 2 CO) ou pas (art. 697*b* al. 1 CO).

Dans un premier temps, un actionnaire doit proposer à l'assemblée générale l'institution 659
d'un contrôle spécial. Cette proposition ne doit pas nécessairement être portée à l'ordre du jour (art. 700 al. 3 CO) [1574]. Lorsqu'il propose d'instituer le contrôle spécial, l'actionnaire doit indiquer les questions – ayant déjà fait l'objet d'une demande de renseignements – qui devront être posées dans le cadre du contrôle [1575]. Les exigences quant à l'objet et à la formulation des questions ont été exposées plus haut [1576].

Une fois la proposition émise, elle doit obligatoirement être soumise au vote de l'assemblée 660
générale [1577]. La décision d'instituer un contrôle spécial se prend à la majorité absolue des

[1571] JENNY 2013, p. 600 ; CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 15 ; comp. TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 1.4 ; TC JU du 4 octobre 2013, RJJ 2013 114 ss, consid. 2.3.

[1572] ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; TF 4A_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1. CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 15 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 305.

[1573] TF 4A_260/2013 du 6 août 2013 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*c* N 3 et les réf. citées. Comp. BÖCKLI 2009, § 16 N 46 : lien de causalité plausible selon l'expérience générale de la vie. Sur la notion de causalité, voir les N 248 ss *supra*.

[1574] En dérogation à l'art. 699 al. 3 CO, l'inscription du contrôle spécial à l'ordre du jour peut être requise par un actionnaire ne détenant pas 10% des actions ou des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs (ROTH PELLANDA 2007, p. 300).

[1575] CASUTT 2012, p. 508. Voir ég. TC NE du 24 juin 2014, RJN 2014 175, consid. 3.

[1576] Voir les N 573 ss et 646 s. *supra*.

[1577] BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 31 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 29 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 22. Un refus de procéder au vote est assimilé à une décision négative ; le cas échéant, l'actionnaire pourra directement s'adresser au juge (BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 31 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 38). Est également assimilé au refus de l'assemblée générale au sens de l'art. 697*b* al. 1 CO un accord de principe, mais un désaccord sur l'objet du contrôle, TC NE du 24 juin 2014, RJN 2014 175, consid. 3.

voix représentées (Art. 703 CO) [1578]. L'art. 693 al. 3 ch. 3 CO prévoit que le privilège des actions à droit de vote privilégié ne s'applique pas lors du vote relatif à l'institution d'un contrôle spécial. Les organes de gestion ne sont pas exclus du vote (pas d'application par analogie de l'art. 695 al. 1 CO) [1579]. Une requête d'institution d'un contrôle spécial adressée au juge sans proposition préalable à l'assemblée générale doit être rejetée, même si le conseil d'administration refuse de convoquer une assemblée générale extraordinaire à la demande d'un actionnaire [1580].

661 Relevons que l'institution d'un contrôle spécial sera rarement acceptée par la société, pour les mêmes raisons qui font que l'assemblée générale est généralement peu encline à introduire une action en responsabilité contre les dirigeants [1581]. La situation sera généralement plus propice à l'institution d'un contrôle spécial avec l'approbation de l'assemblée générale après un changement de contrôle ou un remplacement en bloc du conseil d'administration [1582].

4.6. Procédure judiciaire

662 Si l'assemblée générale accepte la proposition d'instituer un contrôle spécial, la société ou chaque actionnaire peut, dans le délai de 30 jours, demander au juge de désigner un contrôleur spécial (art. 697*a* al. 1 CO). Si l'assemblée générale refuse, des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs peuvent, dans les trois mois, demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial (art. 697*b* al. 1 CO). Dans la mesure où la plupart des procédures font suite à un refus de l'assemblée générale, la présente section sera traitée essentiellement sous cet angle-là.

663 La requête en institution d'un contrôleur spécial s'inscrit dans le cadre d'une action formatrice (art. 87 CPC) ; elle est soumise à la procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 8 CPC) [1583]. Lorsque la requête fait suite au refus de l'assemblée générale, le différend est contentieux [1584].

[1578] Cette majorité ne peut pas être modifiée statutairement, car cela constituerait une restriction aux droits des actionnaires frappée de nullité au sens de l'art. 706*b* al. 1 ch. 1 et 2 CO, voir BÖCKLI 2009, § 16 N 36 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 300. Contra : BSK OR II-WEBER, art. 697*b* N 32.

[1579] BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 32 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 36 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 23.

[1580] ATF 138 III 246, consid. 4, SJ 2013 I 154 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 30. Critiques : CASUTT/GRUN MEYER 2012, p. 591. Il semble s'agir ici d'une condition de droit matériel, non d'ordre procédural ; si l'actionnaire requiert le contrôle spécial sans passage préalable par l'assemblée générale, sa requête est mal fondée et non irrecevable.

[1581] Voir les N 838 s. *infra*.

[1582] Voir p. ex. la procédure entamée par SAirGroup SA en 2001, peu avant sa mise en liquidation concordataire (CASUTT 2012, p. 510 et ZR 2002 n° 9).

[1583] Message 2007, p. 1494.

[1584] ATF 129 III 301, consid. 1.2.2, JdT 2003 I 231 ; 120 II 393, consid. 2, JdT 1995 I 571. En cas d'approbation de l'assemblée générale, la doctrine semble s'accorder sur le caractère gracieux du différend, voir BSK OR

4.6.1. Compétence

En cas de requête au sens de l'art. 697*b* al. 1 CO, le juge du siège de la société est compétent pour la requête en institution d'un contrôle spécial (art. 10 let. b CPC) [1585]. 664

Concernant la compétence à raison de la matière, le CPC impose une instance cantonale unique pour les litiges concernant la désignation d'un contrôleur spécial (art. 5 al. 1 let. g CPC), afin de garantir la célérité de la procédure [1586]. 665

4.6.2. Qualité pour agir et pour défendre

En cas de refus de l'assemblée générale, la requête doit être introduite par des actionnaires – ou des participants [1587] – représentant au moins 10% du capital-actions ou totalisant une valeur nominale de 2 millions de francs (art. 697*b* al. 1 CO) [1588]. Ces seuils doivent être maintenus au moins jusqu'à la nomination du contrôleur spécial [1589]. Il n'est pas nécessaire que le requérant soit l'auteur de la proposition à l'assemblée générale, ni même qu'il ait participé à l'assemblée lors de laquelle la question du contrôle spécial a été débattue [1590]. 666

Si la requête fait suite à un refus de l'assemblée générale, la qualité pour défendre appartient à la société [1591]. 667

En toute hypothèse, le juge entend la société et la personne qui a requis le contrôle spécial à l'assemblée générale (art. 697*c* al. 1 CO) [1592]. 668

II-WEBER, art. 697*c* N 4 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 299, 303 ; CASUTT 1991, § 8 N 15 ; voir ég. ZR 2002 n° 9, consid. II.2.

1585 Lorsque la requête fait suite à l'approbation de l'assemblée générale, le for sera celui du demandeur (for de la juridiction gracieuse ; art. 19 CPC). Une décision zurichoise rendue sous l'empire de la LFors a toutefois admis un for alternatif au siège de la société (ZR 2002 n° 9, consid. II.2.5).

1586 Rapport BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 132 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 21 ; WEBER 2012, p. 210.

1587 CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 8.

1588 Le seuil en pourcentage est calculé sur la base du montant agrégé du capital-actions et du capital-participation, art. 656*b* al. 3 CO ; CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 7. Preuve de la qualité d'actionnaires non apportée *in* TF 4C.412/2005 du 23 février 2006, consid. 3.2.

1589 ATF 133 III 180, consid. 3 ss, JdT 2010 I 239, qui relève qu'il s'agit là d'une condition de droit matériel et non de procédure. *Contra :* ROTH PELLANDA 2007, p. 303, qui relève que cela revient à donner à un actionnaire seul la possibilité de rendre caduque la procédure de nomination d'un contrôleur spécial.

1590 ATF 133 III 133, consid. 3.2, JdT 2007 I 296 (arrêt de principe) ; 140 III 610, consid. 2.2, SJ 2015 I 272 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 40 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*b* N 2 ; CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 6.

1591 ATF 129 III 301, consid. 1.2.2, JdT 2003 I 231 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 33.

1592 Au sujet du droit d'être entendu institué à l'art. 697*c* al. 1 CO, voir TF 4C.412/2005 du 23 février 2006, consid. 2.

4.6.3. Délai

669 En cas de refus de l'assemblée générale, la requête d'institution d'un contrôle spécial doit être introduite dans le délai – de déchéance – de trois mois après la décision de l'assemblée générale (art. 697*b* al. 1 CO) [1593].

4.6.4. Conclusions de la requête

670 La requête tend à la nomination d'un contrôleur spécial. Elle doit formuler les questions auxquelles le contrôleur spécial sera appelé à répondre [1594]. Celles-ci délimitent le cadre du contrôle spécial qui sera éventuellement ordonné par le juge (art. 697*c* al. 2 CO) [1595]. Compte tenu du fait que l'objet du contrôle spécial est en définitive déterminé par le juge, une certaine souplesse dans la formulation des conclusions doit être admise, pour autant qu'elles soient suffisamment claires pour déterminer cet objet [1596].

4.6.5. Effet de l'admission de la requête

671 Si le juge agrée la requête, il rend un jugement constitutif par lequel il définit l'objet du contrôle dans les limites de la requête et charge un expert indépendant de l'exécution du contrôle (art. 697*c* al. 2 CO) [1597].

672 Le juge définit l'objet du contrôle en tenant compte des principes de subsidiarité et de nécessité, ainsi que de l'obligation d'élucider des faits déterminés [1598]. L'objet ainsi défini doit permettre au contrôleur spécial d'élucider tous les faits qui permettront ensuite au requérant d'apprécier juridiquement les faits à l'origine du contrôle spécial [1599].

673 Le juge choisit un (ou plusieurs) expert(s) indépendant(s) et compétent(s) compte tenu de l'objet du contrôle [1600]. Les parties sont entendues sur l'identité de l'expert, mais le juge

[1593] ROTH PELLANDA 2007, p. 302 ; CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 1. En cas d'acceptation de l'assemblée générale, le délai est de 30 jours (art. 697*a* al. 2 CO).

[1594] HARI/HÄNNI 2014, p. 149. Sur l'objet du contrôle spécial, voir les N 634 ss *supra*.

[1595] BÖCKLI 2009, § 16 N 55.

[1596] BÖCKLI 2009, § 16 N 54 ; voir p. ex. dispositif de l'OG ZH restitué *in* TF 4A_319/2014 du 19 novembre 2014, non publié *in* ATF 140 III 610 et l'arrêt TC NE du 24 juin 2014, RJN 2014 175, consid. 5 : « Évaluer l'engagement de [...] au sein de la société ».

[1597] BÖCKLI 2009, § 16 N 55.

[1598] HARI/HÄNNI 2014, p. 149. Le critère de nécessité comprendrait ainsi deux dimensions : celle de l'intérêt digne de protection, dont le défaut est sanctionné par l'irrecevabilité de la requête et celle d'une nécessité au sens strict, sanctionnée par l'admission ou pas de la requête au fond (voir JENNY 2013, p. 604).

[1599] HARI/HÄNNI 2014, p. 149 s. ; BÖCKLI 2009, § 16 N 54 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*c* N 5.

[1600] BSK OR II-WEBER, art. 697*c* N 7 ; CR CO II-PAULI, art. 697*c* N 5.

n'est pas lié par les propositions de celles-ci [1601]. L'indépendance du contrôleur doit être garantie non seulement face à la société et à ses organes, mais aussi face aux actionnaires et à l'organe de révision [1602]. Le critère d'indépendance pourra être précisé en se référant aux règles de récusation prévues à l'art. 47 al. 1 CPC, applicables à l'expert judiciaire par renvoi de l'art. 183 al. 2 CPC ; en particulier, l'expert ne devra pas avoir d'intérêt personnel dans l'affaire, ni être un proche de l'une des parties concernées [1603].

4.6.6. Valeur litigieuse et frais

La base de calcul de la valeur litigieuse de la requête en institution du contrôle spécial est le dommage allégué par le requérant [1604]. Les frais calculés sur cette base devront cependant être inférieurs aux frais éventuels d'une action en responsabilité reposant sur les mêmes faits, l'actionnaire étant encore dans le flou sur l'existence et le montant du dommage [1605]. Dès lors, il convient d'estimer la valeur litigieuse à la baisse ou d'appliquer de manière avantageuse les règlements et tarifs cantonaux [1606]. 674

Les frais liés à la procédure judiciaire – à ne pas confondre avec les frais du contrôle lui-même, visés par l'art. 697*g* CO – sont répartis conformément aux art. 106 ss CPC [1607]. La répartition des frais en équité selon l'art. 107 CPC entre cependant en ligne de compte dans le contexte du contrôle spécial. Dans ce cadre, le juge peut répartir les frais selon sa libre appréciation notamment lorsqu'une partie a intenté le procès de bonne foi (let. b) ou que des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable (let. f). La répartition en équité offre une marge d'appréciation au juge, qui lui permet de tenir compte des particularités du cas d'espèce [1608], notamment « 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 675

[1601] BÖCKLI 2009, § 16 N 58 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 305.
[1602] BSK OR II-WEBER, art. 697*c* N 7 ; CR CO II-PAULI, art. 697*c* N 5.
[1603] Comp. CASUTT 1991, § 11 N 14 ss. ANDREAS CASUTT admet qu'un petit actionnaire puisse être nommé contrôleur spécial (*contra* : CR CO II-PAULI, art. 697*c* N 5).
[1604] ATF 123 III 261, consid. 4a, JdT 1999 I 27 ; 120 II 393, consid. 2, JdT 1995 I 571 ; TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 1.1 ; 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 1.4. Voir ég. TC NE du 24 juin 2014, RJN 2014 175, consid. 1. S'il allègue un dommage non chiffré (N 656), le requérant doit indiquer une valeur litigieuse minimale (art. 85 al. 1 CPC).
[1605] ATF 123 III 261, consid. 4a, JdT 1999 I 27 ; 120 II 393, JdT 1995 I 571. Voir ég. OG ZH LF110118 du 20 janvier 2012, consid. 4.3.2. Comp. N 608 ss *supra* concernant l'action en délivrance de renseignements.
[1606] Comp. OG ZH LF1101118 du 20 janvier 2012, consid. 4.3.2. Question non examinée *in* ATF 123 III 261, consid. 4b, JdT 1999 I 27, faute d'allégations suffisantes. Application par analogie de ce principe en matière de droit des successions : TF 5A_695 du 25 juillet 2014, consid. 7.2
[1607] BSK OR II-WEBER, art. 697*g* N 2. Comp. TF 4C.190/2005 du 6 septembre 2006, consid. 4.
[1608] ATF 139 III 33, consid. 4.2.

auxquelles il pouvait accéder, et aussi l'intérêt de l'action pour des tiers tels que d'autres actionnaires dans la même situation »[1609].

676 Ces principes valent également dans le contexte d'une requête en contrôle spécial ; le juge pourra notamment tenir compte du comportement de la société dans le traitement de la requête d'information et d'institution du contrôle spécial et de l'intérêt personnel du requérant à l'élucidation des faits, compte tenu de sa participation[1610].

677 La possibilité d'une répartition en équité dans le cadre de l'action en institution d'un contrôle spécial est une nouveauté introduite par le CPC, qui améliore théoriquement sa mise en œuvre par un actionnaire minoritaire.

4.6.7. Voies de recours

678 Le CPC prévoit une instance cantonale unique pour les litiges relatifs à la désignation d'un contrôleur spécial[1611]. Dès lors, le recours en matière civile au Tribunal est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF)[1612]. Le recours au Tribunal fédéral devrait avoir un effet suspensif (art. 103 al. 2 let. a LTF).

679 Du point de vue stratégique, il faut relever que les recours au Tribunal fédéral contre des décisions d'octroyer ou non un contrôle spécial sont rarement couronnés de succès, ce qui peut s'expliquer par le pouvoir d'examen limité du Tribunal fédéral en matière d'établissement des faits et d'appréciation des preuves[1613].

4.7. Déroulement du contrôle spécial

4.7.1. Attributions du contrôleur spécial

680 La relation entre le contrôleur spécial et la société est une relation *sui generis* fondée sur la loi, qui se rapproche du mandat[1614]. Elle se distingue cependant du mandat dans la mesure où le contrôleur spécial n'est pas assujetti aux instructions de la société et ne peut pas être révoqué en tout temps par celle-ci[1615]. On notera que l'art. 697*d* al. 4 CO soumet explicitement le

[1609] TF 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7. Voir ég. Message CPC, p. 6908.
[1610] Comp. ATF 123 III 261, consid. 4a, JdT 1999 I 27. Voir ég. le N 611 *supra*.
[1611] art. 5 al. 1 let. g CPC.
[1612] TF 4A_319/2014 du 11 novembre 2014, consid. 1 non publié *in* ATF 140 III 610.
[1613] JENNY 2013, p. 605. Cet auteur relève l'ATF 133 III 133 comme unique exemple de recours admis par le Tribunal fédéral (n. 93). Plus récemment, un recours contre l'admission d'une requête d'institution d'un contrôle spécial a été admis par le Tribunal fédéral (ATF 140 III 610).
[1614] BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 3 ; CR CO II-PAULI, art. 697*c* N 2 ss.
[1615] BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 3.

contrôleur spécial à un devoir de discrétion. Le contrôleur spécial ne saurait être considéré comme un organe de la société anonyme ; la responsabilité des organes prévue aux art. 754 s. CO ne s'applique pas à lui [1616].

4.7.2. Exécution du contrôle spécial

Le contrôleur spécial dispose d'un droit de regard étendu sur les affaires internes de la société ; il entre dans la sphère du secret social, mais uniquement dans le cadre défini par le juge [1617]. Il peut ainsi auditionner les fondateurs, les organes, les mandataires, les travailleurs, les curateurs et les liquidateurs sur les faits importants pour le contrôle (art. 697*d* al. 2 CO). Le secret professionnel n'est pas opposable au contrôleur spécial [1618]. Dans la mesure exigée par la mission fixée par le juge, la société doit également permettre au contrôleur de consulter tous les documents nécessaires [1619]. 681

Le contrôle spécial peut porter sur des faits concernant des filiales ou d'autres sociétés du groupe, pour autant qu'ils soient pertinents pour l'exercice des droits au sein de la société visée par le contrôle spécial [1620]. Cependant, le contrôleur ne peut pas directement auditionner les organes des filiales ou enquêter dans ces sociétés [1621]. Les prérogatives du contrôleur spécial s'arrêtent donc aux canaux d'information concernant la filiale qu'il peut exploiter au sein de la société visée par le contrôle [1622]. 682

En cas de refus indu de collaborer de la société, le contrôleur spécial peut saisir le juge (art. 697*d* al. 2 CO). Le juge compétent est celui qui a ordonné le contrôle spécial [1623]. Cette action est également ouverte à la société si le contrôleur excède ses prérogatives [1624]. 683

Le contrôle spécial doit être effectué dans un délai utile sans perturber inutilement la marche des affaires (art. 697*d* al. 1 CO). La durée de ce délai dépend de la nature des faits à élucider, de leur complexité et de l'accessibilité des moyens de preuve [1625]. Une échéance de référence pourrait être la date de la prochaine assemblée générale [1626]. 684

[1616] BÖCKLI 2009, § 16 N 87.
[1617] BÖCKLI 2009, § 16 N 61 s. ; CR CO II-PAULI, art. 697*c* N 1.
[1618] CR CO II-PAULI, art. 697*d* N 11 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 61.
[1619] CR CO II-PAULI, art. 697*d* N 8 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 11 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 61 s.
[1620] ATF 132 III 71, consid. 1.3.1, JdT 2006 I 543.
[1621] BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 8 ; CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 19. PETER BÖCKLI considère que les organes de la société visée par le contrôle spécial sont tenus de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour permettre au contrôleur de procéder à des vérifications au sein d'une filiale (BÖCKLI 2009, § 16 N 12).
[1622] CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 18 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 8 ; CASUTT 1991, § 12 N 94.
[1623] BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 12.
[1624] MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2014, p. 515.
[1625] CR CO II-PAULI, art. 697*d* N 5.
[1626] BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 6.

4.7.3. Rédaction et mise à disposition du rapport

685 Après avoir enquêté, le contrôleur communique le résultat du contrôle à la société, qui doit être entendue sur ce point (art. 697*d* al. 3 CO). Cette étape doit permettre d'éliminer les éventuels malentendus sur le résultat du contrôle [1627].

686 Ensuite, le contrôleur spécial rend compte du résultat de son contrôle de manière détaillée et présente son rapport au juge (art. 697*e* al. 1 CO). Le rapport du contrôleur est un rapport explicatif fouillé, basé sur les faits, qui doit permettre aux actionnaires d'apprécier de manière correcte les circonstances en question [1628]. L'exposé doit également contenir des explications sur l'exécution du contrôle et mentionner les sources sur lesquelles le rapport se base [1629].

687 Le rapport du contrôleur spécial doit sauvegarder le secret des affaires (art. 697*e* al. 1 CO) ; cette disposition ne peut cependant pas faire obstacle à l'inclusion d'informations sensibles lorsque cela est nécessaire pour répondre de manière pertinente aux questions posées à l'expert. Elle rappelle simplement que le contrôleur spécial ne doit pas violer le secret des affaire si cela n'est pas nécessaire [1630]. C'est en définitive le juge qui décide quels passages doivent être retirés du rapport, après avoir entendu la société (art. 697*e* al. 2 CO) [1631]. Ce faisant, le juge doit déterminer si l'intérêt au maintien du secret des affaires l'emporte sur l'intérêt des actionnaires à exercer leurs droits de manière éclairée [1632]. À cet égard, le but du contrôle spécial ne doit pas être prétérité au motif qu'il faudrait ménager les intérêts de la société : les informations importantes doivent être incluses même si leur divulgation peut porter préjudice à la société [1633]. On réservera toutefois les informations très sensibles, qui peuvent causer un préjudice grave et durable à la société [1634]. Par ailleurs, le rapport ne peut pas mentionner les faits découverts pendant le contrôle et qui n'entrent pas dans l'objet du contrôle défini par le juge [1635].

688 Une fois le rapport épuré par le juge, il est communiqué à la société et aux requérants afin qu'ils puissent prendre position et poser des questions supplémentaires (art. 697*e* al. 3 CO). Les questions supplémentaires doivent respecter l'objet du contrôle spécial [1636]. Après cet ultime aller-retour, le conseil d'administration soumet le rapport final et les prises de position à l'assemblée générale suivante (art. 697*f* al. 1 CO). Tout actionnaire peut, dans l'année qui

[1627] BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 13.
[1628] BÖCKLI 2009, § 16 N 73 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 16 ; CR CO II-PAULI, art. 697*e* N 3 ; GABRIELLI 1997, p. 133. Voir ég. Message 1983, p. 937.
[1629] BSK OR II-WEBER, art. 697a N 16 ; CASUTT 1991, § 13 N 36.
[1630] CASUTT 1991, § 13 N 35 ; GABRIELLI 1997, p. 134. Plus restrictif : BÖCKLI 2009, § 16 N 68.
[1631] CR CO II-PAULI, art. 697*e* N 7, 11.
[1632] CR CO II-PAULI, art. 697*e* N 7.
[1633] BSK OR II-WEBER, art. 697*e* N 7. En détail, CASUTT 1991, § 13 N 55.
[1634] CASUTT 1991, § 13 N 52. Voir ég. CR CO II-PAULI, art. 697*e* N 9 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 68 s.
[1635] BÖCKLI 2009, § 16 N 64 ; 133 BSK OR II-WEBER, art. 697*e* N 3 ; GABRIELLI 1997. D'un autre avis : SCHWARZENBACH 2003, p. 78.
[1636] BSK OR II-WEBER, art. 697*e* N 9 ; CR CO II-PAULI, art. 697*e* N 13 ; CASUTT 1991, § 14 N 9.

suit l'assemblée générale, exiger de la société un exemplaire du rapport et des prises de position (art. 697*f* al. 2 CO).

4.7.4. Frais du contrôle spécial

Les frais du contrôle spécial sont réglés à l'art. 697*g* CO, qui prévoit que le juge met l'avance et les frais à la charge de la société si la requête est admise (al. 1). Si des circonstances particulières le justifient, il peut mettre tout ou partie des frais à la charge des requérants (al. 1 i. f.) [1637]. Il est toutefois difficile d'imaginer que le juge accepte la nomination d'un contrôleur spécial pour des motifs nuisibles à la société [1638]. 689

4.8. Force probante du rapport de contrôle spécial

La loi n'indique pas quelle valeur probante doit être accordée au rapport du contrôleur spécial dans la cadre d'une éventuelle action en responsabilité subséquente. Le message du Conseil fédéral relatif à la révision du droit de la société anonyme du 23 février 1983 n'est pas plus explicite : il retient certes que le contrôle spécial est destiné à « clarifier l'état des choses », mais ne dit pas s'il est destiné à prouver les faits qu'il constate [1639]. Cette question nécessite dès lors une interprétation. Relevons en préambule que le tribunal ne saurait tenir pour établis les faits contenus dans le rapport de contrôle spécial [1640]. Ceci contreviendrait au principe de la libre appréciation des preuves (art. 157 CPC). 690

La valeur probante du rapport de contrôle spécial a été analysée en détail par ANDREAS CASUTT. Cet auteur relève que le rapport ne constate pas les faits faisant l'objet du contrôle, mais consigne les connaissances de l'expert. Dès lors, le rapport de contrôle spécial doit être qualifié de titre probatoire *(Zeugnisurkunde)* [1641]. Sous l'empire des droits cantonaux, la valeur probante de ces documents était généralement niée [1642]. En revanche, sous la procédure civile fédérale, le titre probatoire tombe sous la définition large du 691

[1637] Si l'assemblée générale a consenti au contrôle spécial, la société en supporte de toute façon les frais (art. 697*g* al. 2 CO).

[1638] CR CO II-PAULI, art. 697*g* N 5.

[1639] Message 1983, p. 855

[1640] BSK OR II-WEBER, art. 697*f* N 4 ; CR CO II-PAULI, art. 697*f* N 8 ; CASUTT 1991, § 14 N 20 ; BINDER 1987, p. 276 s.

[1641] CASUTT 1991, § 14 N 22 ; dans le même sens : BÖCKLI 2009, § 16 N 74 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*f* N 4. Pour la terminologie française : HOHL 2001, N 1012.

[1642] TF 5P.489/2006 du 21 février 2007, consid. 2.2.1 ; GULDENER 1979, p. 332 ; CASUTT 1991, § 14 N 22. Voir cependant HOHL 2001, N 1012 ; HABSCHEID 1981, p. 447 avec réf. à l'art. 229 al. 1 CPC/FR, qui soumettait les écrits non signés à la libre appréciation du juge.

titre retenue à l'art. 177 CPC [1643]. Dans le cadre de la libre appréciation des preuves, son poids restera cependant faible, voire inexistant [1644]. Dans le contexte qui nous intéresse, on peut éventuellement considérer que l'indépendance du contrôleur spécial est gage d'une crédibilité accrue [1645]. Un témoignage du contrôleur spécial peut toutefois s'avérer indispensable pour juger de la qualité du contrôle et de la validité des affirmations contenues dans le rapport [1646].

692 Dans la mesure où le contrôle spécial se rapproche d'une expertise privée [1647], sa valeur probante devrait même être considérée comme nulle. En effet, le Tribunal fédéral retient qu'une expertise produite par une des parties n'est pas un moyen de preuve ; elle n'entre pas dans le *numerus clausus* des moyens de preuve prévu à l'art. 168 al. 1 CPC [1648]. Selon cette jurisprudence, l'expertise privée peut uniquement servir de base à des allégations détaillées de la partie qui s'en prévaut [1649]. Dès lors, la production d'un rapport de contrôle spécial pourrait au moins forcer l'autre partie à fournir des contestations motivées sur les points qu'il constate [1650]. Si les faits tirés du rapport sont suffisamment contestés, la partie qui s'en prévaut devra offrir à titre de preuve, dans sa demande, les sources (p. ex. des pièces comptables ou des procès-verbaux du conseil d'administration) que le contrôleur spécial a utilisées pour la rédaction de son rapport [1651].

693 Si l'on s'en tenait à ce qui précède, la force probante du rapport de contrôle spécial serait donc, au mieux, douteuse. Ce résultat est toutefois insatisfaisant. En particulier, il n'est pas adéquat d'assimiler le rapport rendu par le contrôleur spécial à une expertise privée. En effet, contrairement à l'expert mandaté par l'une des parties, le contrôleur spécial est nommé par le juge, compte tenu notamment du critère d'indépendance (art. 697*c* al. 2 CO) [1652]. On ajoutera que, contrairement à l'expertise privée, l'objet du contrôle spécial est déterminé

[1643] BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 77 N 11 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 177 N 9 ; ZPO Komm-Schulthess-WEIBEL, art. 177 N 15. Le rapport de contrôle spécial ne peut pas être qualifié de témoignage au sens des art. 169 ss CPC, celui-ci impliquant la présence physique du témoin (art. 170 CPC). De plus, le témoignage n'est valable que si le témoin a été exhorté à répondre conformément à la vérité (art. 171 al. 1 CO).

[1644] BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 177 N 18 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 177 N 12.

[1645] Fondamentalement : CASUTT 1991, § 14 N 23. Voir ég. BÖCKLI 2009, § 16 N 74 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*f* N 4 ; CR CO II-PAULI, art. 697*f* N 8.

[1646] CASUTT 1991, § 14 N 28 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 74 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*f* N 4 ; CR CO II-PAULI, art. 697*f* N 9. De manière générale, le titre probatoire ne saurait remplacer le témoignage de la personne qui l'a créé (BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 77 N 11 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 177 N 12 ; GULDENER 1979, p. 332).

[1647] Dans ce sens : CR CO II-PAULI, art. 697*f* N 8 ; HARI/HÄNNI 2014, N 169.

[1648] ATF 141 III 433, consid. 2.6 ; voir ég. TF 4_255/2013 ; 4A_286/2011 du 30 août 2011, consid. 4 ; Message CPC, p. 6933. Dans l'ATF 141 III 433, le Tribunal fédéral désavoue explicitement la doctrine qui se prononce en faveur de la valeur probante de l'expertise privée (voir not. BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 157 N 26 ; BOHNET 2014a, N 1226, FRANCESCO TREZZINI, note relative à l'arrêt 5P.217/2004 du 1er novembre 2004, RSPC 2005 267 ss).

[1649] ATF 141 III 433, consid. 2.6.

[1650] ATF 141 III 433, consid. 2.6.

[1651] CASUTT 1991, § 14 N 22 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 297 n. 27 ; DÜGGELIN 1977, p. 135.

[1652] N 673 *supra*.

par le juge (art. 697 al. 2 CO). Qui plus est, le contrôleur spécial est tenu à un impératif de véracité [1653] ; enfin, les intérêts de la société en tant que partie contre qui le contrôle est requis sont protégés (art. 697*d* al. 3, 697*e* al. 1 à 3 CO). Ces éléments rapprochent en réalité le contrôle spécial de l'expertise judiciaire, qui prévoit également une indépendance de l'expert (art. 183 al. 2 CPC) et l'instruction de celui-ci par le tribunal (art. 185 al. 1 CPC), l'obligation de répondre conformément à la vérité (art. 184 al. 1 CPC) et l'égalité des armes entre les parties [1654]. Pour ces raisons, la qualification de titre probatoire ou d'expertise privée ne rend pas justice à l'institution du contrôle spécial. La valeur probante du rapport rendu par le contrôleur spécial est au contraire incontestable. Dans le *numerus clausus* des moyens de preuve, le rapport doit être qualifié de titre, puisqu'il s'agit d'un écrit propre à prouver des faits pertinents (art. 177 CPC).

En réalité, prise dans son ensemble, la procédure judiciaire de nomination d'un contrôleur spécial présente de fortes similitudes avec une procédure de preuve à futur qui déboucherait sur la nomination d'un expert judiciaire (art. 158 CPC). En effet, les deux institutions ont notamment pour but d'évaluer les chances de succès d'un procès [1655]. En outre, dans les deux cas, l'admission de la requête est soumise à la vraisemblance de l'existence d'une prétention ; cette condition, explicitement prévue pour le contrôle spécial (art. 697*b* al. 2 CO) est également exigée en lien avec la démonstration de l'intérêt digne de protection au sens de l'art. 158 al. 2 let. b CPC [1656]. 694

En définitive, la conclusion suivante s'impose : la procédure de contrôle spécial est *un type particulier de preuve à futur, réglé dans le code des obligations* [1657]. Son existence est justifiée par la nature singulière de la relation entre les actionnaires et la société, caractérisée par un conflit entre l'intérêt des premiers à être informés en vue d'exercer leurs droits de manière éclairée et la préoccupation pour la seconde de préserver ses secrets d'affaires. Pour cette raison, le contrôle spécial présente certaines différences avec l'expertise judiciaire ordonnée par voie de preuve à futur. Ainsi, le contrôleur spécial dispose de prérogatives étendues en matière d'investigation au sein de la société (art. 697*d* al. 1 CO) ; celles-ci sont plus larges que celles attribuées à l'expert nommé par le juge en application des art. 183 ss CPC. Ce dernier peut, avec l'autorisation du juge procéder personnellement à des investigations (art. 186 al. 1 CPC), ce qui lui permet de mener des entretiens et de procéder à une vision locale [1658]. 695

[1653] CASUTT 1991, § 13 N 12 ; CR CO II-PAULI, art. 697*e* N 3.

[1654] BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 22.

[1655] Message 1983, p. 855 : « Le projet conçoit le contrôle spécial uniquement comme un moyen permettant au requérant d'établir les risques qu'il court en intentant action. » Message CPC, p. 6925 : « elle peut servir aussi à *l'évaluation des chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve* » (mise en évidence dans le texte original).

[1656] Voir en détail les N 1157 ss *infra*.

[1657] *Contra* : CASUTT 1991, § 14 n. 1337 ; FREY 1983, p. 51 ; ces auteurs se réfèrent toutefois au § 231 ZPO/ZH, qui n'admettait la preuve à futur que lorsqu'une disposition de droit matériel donnait droit à la constatation rapide d'un fait ou en cas de mise en danger des preuves.

[1658] Message CPC, p. 6933 ; CPC-SCHWEIZER, art. 186 N 3.

Toutefois, il doit veiller à respecter les droits des parties et des tiers, notamment celui de refuser de collaborer (art. 163 s. et 165 ss CPC). Or face au contrôleur spécial, les organes, les mandataires, les travailleurs, les curateurs et les liquidateurs sont tenus de fournir des renseignements sur les faits importants, sans pouvoir opposer le secret des affaires ni d'autres secrets protégés par le droit civil ou pénal (art. 697*d* al. 2 CPC) [1659]. En outre, l'expert chargé de mener le contrôle spécial a le droit de consulter toutes les pièces pertinentes en lien avec son mandat [1660].

696 La qualification de la procédure de contrôle spécial à laquelle nous parvenons est intéressante non seulement du point de vue dogmatique, mais nous permettra aussi d'alimenter la réflexion relative à l'amélioration de cette institution [1661].

4.9. Révision en cours

697 Conscient des difficultés pratiques que pose le contrôle spécial, le législateur a inclus une refonte de cette institution dans le cadre de la révision en cours du droit de la société anonyme. Sur le plan terminologique, le code des obligations utilisera désormais les termes d'« examen spécial », afin de mieux distinguer cette procédure de l'activité de l'organe de révision [1662]. De manière générale, il faut noter que l'examen spécial reste l'instrument destiné à réduire l'asymétrie de l'information des actionnaires minoritaires en vue d'un procès en responsabilité : l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 ne prévoit pas de règles spécifiques en matière de fardeau de la preuve ou d'accès aux informations internes de la société en lien avec la nouvelle procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO 2014).

698 Sur le plan formel, l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 revoit à la baisse le seuil pour requérir du juge la nomination d'un expert en cas de refus de l'assemblée générale dans les sociétés cotées ; selon l'art. 697*d* al. 1 ch. 1 AP-CO 2014, il suffira désormais de rassembler 3% du capital-actions ou des voix [1663]. Selon le rapport du Conseil fédéral, cet abaissement des seuils devrait favoriser l'introduction de requêtes en examen spécial dans les sociétés cotées en bourse [1664]. Le seuil n'est en revanche maintenu à 10% pour les sociétés non cotées en bourse. Ce maintien est regrettable du point de vue de la mise en œuvre des droits des

[1659] Message 1983, p. 856 s. ; BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 10 ; CR CO II-PAULI, art. 697*d* N 11 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 62 ; CASUTT 1991, p. 161 s.

[1660] Message 1983, p. 856 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*d* N 11 ; CR CO II-PAULI, art. 697*d* N 9 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 62 ; CASUTT 1991, p. 161 s.

[1661] Voir N 705 *infra*.

[1662] Rapport 2014, p. 109 ; Message 2007, p. 1492. Voir ég. ROTH PELLANDA 2007, p. 297.

[1663] L'avant-projet 2014 intègre ainsi la modification votée par le conseil des États, alors que l'art. 697*b* al. 1 ch. 1 let. a P-CO 2007 prévoyait un seuil de 0.5% (BO CE 2009 661).

[1664] Rapport 2014, p. 109 ; comp. WEBER/FERCSIK SCHNYDER 2008, p. 116.

actionnaires minoritaires [1665] ; le Conseil fédéral a ici choisi de suivre la décision du Conseil des États, qui a refusé la disposition correspondante du projet de révision du 21 décembre 2007, qui prévoyait un seuil de 5% pour les société dont les actions ne sont pas cotées en bourse (art. 697*b* al. 1 let. a P-CO 2007) [1666]. Le texte légal prévoit un rattachement alternatif au nombre de voix dans tous les types de société (art. 697*d* al. 1 ch. 1 et 2 AP-CO 2014), ce qui peut être avantageux pour les titulaires d'actions à droit de vote privilégié [1667]. L'avant-projet renonce en revanche au critère alternatif de la valeur nominale minimale (comp. art. 697*b* al. 1 CO).

Sur le plan matériel, l'art. 697*d* al. 2 AP-CO précise que la requête demandant l'institution d'un contrôle spécial peut porter sur toute question qui peut faire l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation ou qui a été soulevée durant les débats de l'assemblée générale concernant la proposition d'institution d'un examen spécial, dans la mesure où la réponse est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire. Cette clarification améliore la sécurité juridique quant à la définition de l'objet du contrôle spécial [1668]. Par ailleurs, celui-ci n'est plus délimité par le libellé de la demande de renseignements originale adressée à l'assemblée générale, ce qui assouplit en apparence l'exigence de subsidiarité matérielle [1669]. 699

L'avant-projet allège également les conditions en matière de vraisemblance d'une violation dommageable : selon l'art. 697*d* al. 3 AP-CO, l'examen spécial est accordé si les requérants rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont enfreint les dispositions de la loi ou des statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires. Le projet apporte un allègement dans la mesure où il n'est plus nécessaire de rendre vraisemblable l'existence d'un préjudice, mais simplement la possibilité qu'il puisse survenir. Cette disposition doit être comprise dans le sens qu'elle permet un contrôle spécial même si un dommage n'est pas encore survenu ; dans le résultat, le contrôle spécial devra également être admis si l'actionnaire n'est pas en mesure de rendre vraisemblable un dommage déjà survenu. Il s'agit là aussi d'une amélioration en vue de la mise en œuvre des droits à l'information des actionnaires [1670]. 700

Concernant les frais de l'examen spécial, l'avant-projet abandonne la possibilité de faire supporter les frais de l'examen spécial au requérant (art. 697*h* AP-CO). Cette clarification améliore quelque peu la sécurité juridique quant aux frais du contrôle spécial. Il sera toujours 701

[1665] Comp. BÖCKLI 2009, § 16 N 24.
[1666] BO CE 2009 662.
[1667] Rapport 2014, p. 109 ; Message 2007, p. 1493.
[1668] WEBER/FERCSIK SCHNYDER 2008, p. 116.
[1669] Cela correspond à l'interprétation souple du critère de subsidiarité matérielle que nous défendons ci-dessus (N 646 ss *supra*).
[1670] CHABLOZ 2015, N 13.

possible de faire supporter les frais du contrôle spécial par le requérant en cas d'action abusive, sur la base de l'art. 2 al. 2 CC [1671].

4.10. Limites et potentiel du contrôle spécial

702 Le constat général relatif au contrôle spécial est que sa mise en œuvre présente d'importantes difficultés, mais qu'il a néanmoins amélioré la protection des actionnaires minoritaires [1672]. En effet, selon la doctrine, il a au moins des vertus préventives : suite à l'introduction des art. 697*a* ss CO les conseils d'administration seraient plus enclins à partager des informations avec les actionnaires minoritaires et plus généralement à avoir une politique de communication plus ouverte dans le but d'éviter une procédure tendant à l'institution d'un contrôle spécial. Cette évolution est généralement saluée [1673]. Cependant, le contrôle spécial était à l'origine conçu pour faciliter la préparation d'actions en responsabilité ; or cette fonction ne s'est que peu concrétisée en pratique [1674]. Divers facteurs contribuent à cette importance limitée [1675].

4.10.1. Limites matérielles

a) Conditions matérielles

703 Sur le plan matériel, on reproche souvent aux tribunaux d'interpréter de manière trop sévère les critères matériels de la subsidiarité et de la vraisemblance d'une violation dommageable [1676]. Puisqu'il peut difficilement se faire une idée suffisamment précise des circonstances au sein de la société, l'actionnaire s'expose déjà à de grandes difficultés pour motiver sa requête [1677]. On constatera toutefois une tendance plus favorable aux requêtes des actionnaires dans la jurisprudence récente [1678].

704 L'accès au contrôle spécial serait sans doute facilité si la disposition prévue à l'art. 697*d* al. 3 AP-CO 2014 entrait en vigueur ; aux termes de celle-ci, les requérants n'ont plus à rendre

[1671] Rapport 2014, p. 110 s.
[1672] BÖCKLI 2009, § 16 N 4.
[1673] BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 13 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 15 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 35 N 118 ; CASUTT 2012, p. 511.
[1674] DE BEER 2002, p. 453 s.
[1675] Voir en général GELTER 2012, p. 874 s.
[1676] Rapport BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 131. BÄRTSCHI 2014, p. 52 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 56 ss ; DE BEER 2002, p. 451 s. BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 13 ; SCHWARZENBACH 2003, p. 71, 76.
[1677] CR CO II-PAULI, art. 697*a* N 14.
[1678] Comp. BÖCKLI 2009, § 16 N 57b ; JENNY 2013, p. 606. KATJA ROTH PELLANDA constate également une recrudescence de cas, mais l'attribue à un activisme croissant des actionnaires (ROTH PELLANDA 2007, p. 296).

vraisemblable l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité ; il leur suffit de rendre vraisemblable que la violation de la loi ou des statuts est « de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires ». Selon le Rapport BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, un grand nombre de requêtes échouerait en pratique en raison de cette condition. D'un point de vue théorique, on peut toutefois se demander si cette modification législative ne manque pas sa cible. il peut certes être difficile de rendre vraisemblable un préjudice, mais les moyens de preuve attestant de l'existence d'un manquement aux devoirs se trouveront généralement dans la sphère de la société, en particulier lorsque l'on cherche à remettre en question un processus décisionnel (procès-verbaux de séances du conseil d'administration, communications internes, rapports d'experts externes etc.). Dès lors, l'actionnaire qui requiert l'institution d'un contrôle spécial va aussi au-devant de difficultés importantes pour rendre vraisemblable une violation de la loi ou des statuts. Ceci est corroboré par la jurisprudence : dans les procès où la vraisemblance des conditions de la responsabilité a joué un rôle, un certain nombre de requêtes ont été rejetées parce la violation de la loi ou des statuts n'avait pas été suffisamment rendue vraisemblable [1679]. Dès lors, pour réellement faciliter l'accès au contrôle spécial, il faudrait aussi assouplir la condition de la vraisemblance d'un manquement à la loi ou aux statuts.

Pour ce faire, il faut à notre avis s'inspirer de l'institution de la preuve à futur prévue dans le CPC. L'art. 158 al. 1 let. b CPC, qui prévoit que la preuve à futur est administrée lorsqu'un intérêt digne de protection du requérant le justifie, permet notamment d'administrer une preuve à futur dans le but d'apprécier les chances de succès d'une procédure [1680]. Dans ce contexte, l'admission de la requête dépend de l'existence d'un intérêt digne de protection, que le requérant doit démontrer en établissant un lien entre la preuve à administrer une prétention matérielle concrète rendue vraisemblable. Cependant, la jurisprudence admet que le but de l'art. 158 al. 1 let. b CPC serait prétérité s'il fallait rendre vraisemblables les faits que le requérant entend établir à l'aide de la preuve requise. Dès lors, si celle-ci constitue l'unique moyen pour le requérant de prouver sa prétention, il peut se borner à alléguer de manière circonstanciée l'existence des faits fondant sa prétention [1681]. 705

Interprétée de cette manière, la condition d'un intérêt digne de protection permet de mieux tenir compte de l'asymétrie de l'information, puisqu'elle admet des allègements à la condition de la vraisemblance justement là où la preuve requise est nécessaire. Dans le contexte qui nous intéresse, cela signifie en particulier qu'un requérant peut être dispensé de rendre vraisemblable un manquement qui ne peut être attesté que par des moyens de preuve dont la société est maître et auxquels il n'a pas accès. Dans l'intérêt d'une meilleure mise en œuvre des droits de surveillance des actionnaires, il se justifie dès lors de transposer aux 706

[1679] ATF 138 III 252, consid. 3.2 ; TF 4A_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.3 (la condition du manquement aux devoirs est au premier plan) ; 4A_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.2.4 ; 4C.64/2003 du 18 juillet 2003, consid. 5.4 ; TC NE du 24 juin 2014, RJN 2014 175, consid. 5b.

[1680] ATF 140 III 16, consid. 2.2.1. Voir ég. à ce sujet les N 1157 ss *infra*.

[1681] ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; 138 III 76, consid. 2.4.2 ; TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1.

art. 697*a* ss CO la condition de vraisemblance d'un intérêt digne de protection et de renoncer à exiger du requérant qu'il rende vraisemblable en toutes circonstances un manquement aux devoirs et un préjudice. On peut craindre que cet assouplissement ouvre la voie aux abus. À notre sens, cette préoccupation est suffisamment prise en compte par la nécessité d'établir un lien avec une prétention concrète, qui permet d'éliminer les requêtes purement exploratoires et le processus d'épuration du rapport de contrôle spécial (art. 697*e* CO), qui permet de tenir compte des intérêts de la société.

b) Seuils pour l'accès au contrôle spécial

707 Un autre obstacle à l'efficacité du contrôle est le seuil pour introduire l'action fixé à l'art. 697*b* al. 1 CO. Celui-ci barre l'accès à la procédure judiciaire aux minorités qui ne sont pas suffisamment conséquentes [1682]. Il est certes légitime d'imposer à l'actionnaire qui envisage d'agir en justice pour obtenir la nomination d'un contrôleur spécial contre l'avis de l'assemblée générale de convaincre au moins une minorité représentative du bien-fondé de sa tentative [1683]. Les seuils actuels sont toutefois prohibitifs [1684]. Les minorités prévues à l'art. 697*d* al. 1 AP-CO 2014 restent aussi beaucoup trop élevées pour transformer le contrôle spécial en un véritable outil de gouvernance [1685]. Afin de ne pas créer des obstacles trop élevés, il serait dès lors plus adéquat d'introduire les seuils prévus à l'art. 697*b* al. 1 P-CO 2007, soit 0.5% du capital-actions ou des voix dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse (ch. 1 let. a) et 5% du capital-actions ou des voix dans les sociétés non cotées (ch. 2 let. a) ; dans l'intérêt de la protection des actionnaires de très grandes sociétés, il serait également indiqué de maintenir le rattachement alternatif à la détention d'actions représentant une certaine valeur nominale ; là encore, il est permis de se référer à l'art. 697*b* al. 1 P-CO 2007, qui prévoit un seuil de 1 million de francs dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse (ch. 1 let. b) et 250 000 francs dans les sociétés non cotées ((ch. 2 let. b). Un abaissement des seuils s'accompagnera inévitablement d'inquiétudes quant aux dérives possibles, alors même que les craintes émises au moment de l'introduction du contrôle spécial dans la loi ne se sont pas du tout concrétisées [1686]. Face à ces préoccupations, il faut rappeler deux choses : d'une part, les conditions matérielles à l'admission du contrôle spécial sont suffisamment sévères pour filtrer les requêtes abusives, même compte tenu de l'allégement que nous défendons au paragraphe qui précède ; d'autre part, la procédure

[1682] BÄRTSCHI 2014, p. 51 ; ROTH PELLANDA 2007, p. 296, 302 ; GLANZMANN 2000, p. 175 ; Rapport BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 131. De manière générale, les limites en pourcentage constituent des obstacles importants à la mise en œuvre des droits des actionnaires (GELTER 2012, p. 875).

[1683] BÖCKLI 2009, § 16 N 26.

[1684] BÄRTSCHI 2014, p. 51 ; GELTER 2012, p. 875.

[1685] Dans le même sens, CHABLOZ 2015, N 13 ; pour une analyse économique de l'effet des seuils sur la mise en œuvre du droit : GRECHENIG/SEKYRA 2011, p. 16 ss.

[1686] BÖCKLI 2009, 16 N 95.

prévue par la loi permet d'opérer une juste pesée d'intérêts entre l'intérêt de la société au secret et l'intérêt des actionnaires à être informés de manière à pouvoir exercer leurs droits de manière éclairée. De toute manière, l'intérêt économique que peut avoir le contrôle spécial pour une minorité sera généralement très limité, ce qui réduit encore le risque qu'un petit nombre d'actionnaires abusent de cette institution.

4.10.2. Limites procédurales

Même lorsque le requérant parvient à franchir les obstacles de droit matériel, la mise en œuvre du contrôle spécial demeure difficile. Premièrement, le règlement des coûts de la procédure judiciaire est considéré comme problématique [1687]. On notera toutefois que le Tribunal fédéral a posé les bases d'une appréciation à la baisse de la valeur litigieuse et que l'art. 107 CPC, qui permet une répartition des frais en équité, peut s'appliquer à la procédure d'institution d'un contrôle spécial [1688]. Cette disposition devrait notamment être envisagée lorsque les actionnaires n'ont pas d'autre choix que d'emprunter la voie du contrôle spécial en raison d'une communication particulièrement restrictive de la société. 708

Deuxièmement, la durée de la procédure est considérée comme trop longue en regard des délais que la loi impose à l'actionnaire pour exercer ses droits de protection [1689]. La situation s'est quelque peu améliorée dans ce domaine avec l'introduction de l'instance cantonale unique selon l'art. 5 let. g CPC [1690]. Les procédures restent relativement longues, mais leur durée devient acceptable eu égard au délai de prescription de cinq ans prévu par l'art. 760 al. 1 CO. Une problématique qui reste en suspens est celle de la durée du contrôle spécial en lui-même ; la doctrine donne un cadre de référence de 12 mois pour l'exécution du contrôle, ce qui semble acceptable. Néanmoins, la procédure d'épuration du rapport de contrôle semble excessivement lourde, avec une triple consultation de la société avant la soumission à l'assemblée générale. On pourrait envisager une radiation de l'art. 697*d* al. 3 CO, puisque le respect des intérêts de la société est garanti par le devoir du contrôleur spécial de sauvegarder 709

[1687] Rapport BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 133 ; WEBER/FERCSIK SCHNYDER 2008, p. 113 ; GLANZMANN 2000, p. 175 s.

[1688] Voir les N 675 ss *supra*.

[1689] ROTH PELLANDA 2007, p. 297 ; DE BEER 2002, p. 453 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 16 ; GLANZMANN 2000, p. 175 s. Plus mesuré : BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 14 : *« vermag der Sonderprüfungsbericht aber durchaus eine brauchbare Materialsammlung z.B. für eine spätere Verantwortlichkeitsklage [...] abzugeben »*. Sous les procédures cantonales, il s'écoulait typiquement plus d'une vingtaine de mois entre la décision de l'assemblée générale et le jugement dernière instance de recours (comp. ATF 138 III 252 ; 133 III 180 ; 133 III 133 ; 123 III 261 ; 120 II 393).

[1690] Comp. WEBER 2012, p. 210 ; les procédures postérieures à l'entrée en vigueur du CPC ont pris 11 (TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013), 16 (ATF 140 III 610) et 26 mois (TF 4A_260/2013 du 6 août 2013) ; dans cette dernière affaire, la procédure devant l'instance cantonale unique a cependant pris 20 mois à elle seule.

le secret des affaires (art. 697*e* al. 1 CO) et la consultation de la société après la remise du rapport au juge (art. 697*e* al. 2 CO).

710 En définitive, il faut retenir que les obstacles procéduraux au contrôle spécial ne sont pas rédhibitoires ; même sans la modification proposée au paragraphe qui précède, l'assouplissement des conditions matérielles que nous défendons plus haut (N 705 *supra*) devrait suffire à rendre le contrôle spécial attrayant.

4.10.3. Relation entre contrôle spécial et décharge

711 Selon la doctrine consacrée, la durée de la procédure deviendrait en revanche insoutenable lorsque l'assemblée générale a accordé la décharge aux administrateurs (art. 758 al. 1 CO) [1691]. Nous avons démontré ci-dessus que le délai de déchéance de six mois imposé aux actionnaires ayant voté contre la décharge ne saurait s'appliquer aux faits pour lesquels un contrôle spécial est admis, faute d'être révélés au sens de l'art. 758 al. 1 CO [1692]. En toute hypothèse, le requérant peut introduire une action en responsabilité avant l'échéance du délai et demander sa suspension ; dans les cantons où une conciliation intervient dans le cadre de l'action en responsabilité des organes – c'est-à-dire dans les cantons n'ayant pas institué de juridiction commerciale [1693] –, le risque financier que représente une telle action échelonnée improprement dite sera très limité [1694].

5. Autres droits à l'information des actionnaires

5.1. Consultation du procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 3 CO)

712 L'art. 702 al. 3 CO accorde aux actionnaires le droit de consulter le procès-verbal de l'assemblée générale. Ce droit, introduit dans la loi en 1992 [1695], est important dans la mesure où le procès-verbal consigne notamment les demandes de renseignements et les réponses données (art. 702 al. 2 ch. 3 CO) ainsi que les déclarations dont les actionnaires demandent l'inscription (art. 702 al. 2 ch. 4 CO). Il offre donc à l'actionnaire souhaitant exercer ses droits

[1691] BÖCKLI 2009, § 16 N 97 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*a* N 13 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 35 N 113.

[1692] N 397 *supra*.

[1693] Dans les cantons dotés d'une juridiction commerciale, l'action en responsabilité des organes est en principe soumise à la compétence des tribunaux de commerce (St-Gall : art. 11 al. 1 let. b EG-ZPO/SG ; Argovie : § 12 al. let. a EG ZPO/AG ; Berne : art. 7 al. 2 LiCPM/BE ; [pour autant que la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs] ; Zurich : § 44 let. b. GOG/ZH [pour autant que la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs]).

[1694] N 416 *supra*.

[1695] Déjà admis auparavant, voir ZK-BÜRGI, art. 702 N 31. Le Message 1983 semble partir de l'idée que ce droit n'existait pas auparavant (p. 942).

de contrôle une trace écrite des informations nécessaires pour motiver et prouver le bien-fondé d'une action en délivrance de renseignements, en institution d'un contrôle spécial ou directement en responsabilité contre les dirigeants [1696]. Le procès-verbal de l'assemblée générale est un titre au sens de l'art. 177 CPC [1697].

À première vue, la mise en œuvre du droit prévu à l'art. 702 al. 3 CO est problématique dans la mesure où il n'est question que de « consulter » le procès-verbal de l'assemblée générale ; l'actionnaire ne peut pas prétendre à la remise d'une copie de celui-ci [1698]. À notre avis, cet alinéa doit être interprété dans le sens que la société n'a pas à envoyer un exemplaire du procès-verbal de l'assemblée générale à chaque actionnaire. En revanche, lorsqu'un actionnaire se rend dans les locaux de la société pour consulter ce document, il ne devrait pas être possible de lui refuser la réalisation de copies [1699]. On voit par ailleurs mal à quelle sanction s'exposerait l'actionnaire qui copierait ou enregistrerait le contenu du procès-verbal, p. ex. à l'aide d'un scanner ou d'un appareil photo [1700]. Notons que l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 prévoit explicitement une mise à disposition par la voie électronique ou l'envoi gratuit à l'actionnaire qui en fait la demande (art. 702 al. 3 AP-CO 2014). 713

La loi ne dispose pas de délai pour la mise à disposition du procès-verbal, ce qui conduit à des retards conséquents en pratique [1701]. La doctrine admet généralement qu'un actionnaire peut prétendre à une consultation dans un délai utile pour préparer correctement une action en annulation, en contrôle spécial ou en responsabilité ; le délai recommandé est de deux semaines à 20 jours [1702]. En l'absence de précision de la loi, il faut admettre *de lege lata*, par analogie avec l'art. 697 al. 3 CO, que l'actionnaire peut demander la consultation du procès-verbal de l'assemblée générale en tout temps, moyennant un délai adapté pour la préparation du document ; 20 jours à compter de l'assemblée générale semblent suffisants à cet égard [1703]. 714

[1696] WATTER 2003, p. 38 ; DE BEER 2002, p. 445. Voir p. ex. ATF 140 III 610 : requête en institution d'un contrôle spécial rejetée, faute d'indices de l'exercice du droit aux renseignements dans le procès-verbal de l'assemblée générale. Un procès-verbal d'assemblée générale imprécis ou incomplet pourrait cependant affaiblir la position de la société et de ses organes en matière de preuves, dans la mesure où ceux-ci répondent de la rédaction et de sa conservation du procès-verbal (MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2014, p. 505 s).

[1697] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 23 N 119 ; ZK-TANNER, art. 703 N 235. La présomption prévue à l'art. 9 CC s'applique lorsque le procès-verbal est dressé en la forme authentique.

[1698] BÖCKLI 2009, § 12 N 196 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 702 N 38 ; ZK-TANNER, art. 702 N 247 ; KUNZ 2001b, p. 896.

[1699] PETER BÖCKLI retient qu'il doit être possible d'obtenir des copies certifiées des passages qui peuvent faire l'objet d'une action en justice (BÖCKLI 2009, § 12 N 196) ; FRITZ VON STEIGER admet un droit à obtenir des copies des passages contenant les déclarations du requérant (VON STEIGER 1966, p. 189 n. 49). Comp. en matière de droit public ATF 131 V 35, consid. 4.2 : le droit de consulter son dossier découlant du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) comprend le droit de faire des photocopies des pièces.

[1700] On peut difficilement imaginer que l'actionnaire porte par là atteinte aux droits de la personnalité de la société ou d'un tiers (art. 28 al. 2 CC ; comp. CPC-SCHWEIZER, art. 152 N 22) ou se rende coupable d'une infraction contre le patrimoine (art. 137 ss CP) ou d'une atteinte à la sphère privée (en part. art. 179^{quater} CP).

[1701] BÖCKLI 2009, § 12 N 165.

[1702] BÖCKLI 2009, § 12 N 196 ; PraxKomm VR-KRNETA, N 616 ; DE BEER 2002, p. 445.

[1703] Comp. BÖCKLI 2009, § 12 N 196. Un délai de trois semaines était également prévu par le CSBP du 25 mars

Passé ce délai, la société ne dispose d'aucun motif pour justifier un refus et l'actionnaire doit être en mesure de faire valoir son droit à la consultation par la voie judiciaire ; cette action peut à notre avis passer par la procédure de cas clair (art. 257 CPC) [1704]. On notera que l'avant-projet du 28 novembre 2014 prévoit d'introduire le délai de 20 jours dans la loi (art. 702 al. 3 AP-CO 2014) ; pour les sociétés cotées en bourse, le délai pour la mise à disposition électronique sera de deux jours (art. 702 al. 4 AP-CO 2014).

5.2. Information sur l'organisation de la gestion (art. 716*b* al. 2 i. f. CO)

5.2.1. Importance

715 L'art. 716*b* al. 2, 2e phr. CO dispose : « À la requête d'actionnaires ou de créanciers de la société qui rendent vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection, le conseil d'administration les informe par écrit au sujet de l'organisation de la gestion. » Dans le contexte de l'action en responsabilité, cette disposition permet à l'actionnaire de déterminer l'attribution des compétences à l'intérieur de la direction, ce qui lui sera utile lorsque plusieurs dirigeants sont impliqués, en lui permettant de savoir contre qui agir [1705]. Cette information est importante pour l'actionnaire dans la mesure où la jurisprudence a tendance à relativiser le principe du procès unique (art. 759 al. 2 CO) en distinguant des groupes de responsables d'après leurs fonctions [1706] ; pour limiter son risque de frais, l'actionnaire a dès lors intérêt à préciser les manquements de chaque cercle de responsables.

5.2.2. Modalités

716 L'actionnaire a le droit de requérir des renseignements sur l'organisation de la gestion en tout temps, sans devoir justifier spécialement d'un intérêt digne de protection [1707]. En toute hypothèse, l'intérêt à la consultation doit être admis en lien avec la préparation d'un procès

2002 (recommandation 6, 3e tiret) ; le code actuel réduit la durée à une semaine, mais ne mentionne que la mise à disposition des résultats des votes (recommandation 6, 3e tiret).

[1704] La société qui s'exécute après l'introduction d'une requête tendant à la mise à disposition du procès-verbal de l'assemblée générale s'expose à devoir supporter les frais causés par la procédure devenue sans objet (art. 107 al. 1 let. e CPC).

[1705] Voir Message 1983, p. 784 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 716*b* N 34 ; DE BEER 2002, p. 448.

[1706] Voir à ce sujet les N 1209 ss *infra*.

[1707] BÖCKLI 2009, § 13 N 333 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 716*b* N 35 ; DE BEER 2002, p. 449 ; dans le résultat : VON DER CRONE 2014, N 184.

en responsabilité [1708]. L'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) est réservé [1709]. L'actionnaire a droit à une réponse écrite dans un délai bref [1710].

En cas de refus du conseil d'administration, l'actionnaire peut saisir le juge en délivrance des renseignements (art. 697 al. 4 CO par analogie) [1711]. Il faut assimiler au refus le non-traitement de la requête dans un délai bref. La requête judiciaire doit être admise si l'information a été refusée ou si le requérant parvient à rendre vraisemblables des circonstances plausibles laissant apparaître l'information de la société comme incomplète ou inexacte [1712]. 717

5.2.3. Portée du droit à être renseigné sur l'organisation de la gestion

L'importance pratique de l'art. 716*b* al. 2 CO est considérée comme faible [1713], un constat qui est attribué au manque de précision de sa formulation. En effet, la loi ne donne aucune indication sur la portée de l'information qui doit être fournie. On admettra simplement sur la base du texte légal que le conseil d'administration ne doit pas délivrer le règlement d'organisation ou une copie de celui-ci ; il lui suffit « d'informer adéquatement » le requérant [1714]. L'étendue des informations se détermine d'après le but de la demande [1715]. À notre sens, cette disposition doit également être interprétée conformément au régime général du droit à l'information réactive (art. 697 CO) : si l'information est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire, elle doit être fournie [1716]. La protection des intérêts dignes de protection doit être garantie, étant entendu qu'il nous paraît difficile de justifier le maintien du secret sur les détails de l'organisation pour des motifs relatifs à l'intérêt social. Dans le contexte de l'action en responsabilité, il faut rappeler qu'une communication claire sur l'organisation de la gestion peut aussi avoir un effet positif sur les dirigeants dont le rôle était secondaire ou ceux qui doivent prouver qu'il ont fait preuve de soin dans la surveillance des personnes chargées de la gestion [1717]. Dans le contexte qui nous intéresse, il faut dès lors admettre que l'actionnaire peut prétendre à la communication des noms et des fonctions 718

[1708] PraxKomm VR-KRNETA, N 1761 ; BERTSCHINGER 1997, p. 187 avec réf. au Message 1983, p. 783.
[1709] Voir BERTSCHINGER 1997, p. 187.
[1710] BÖCKLI 2009, § 13 N 334.
[1711] BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716*b* N 30 ; BERTSCHINGER 1997, p. 189 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 335.
[1712] BERTSCHINGER 1997, p. 189.
[1713] BÖCKLI 2009, § 13 N 335.
[1714] CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 716*b* N 36. Voir ég. BÖCKLI 2009, § 13 N 333.
[1715] CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 716*b* N 36.
[1716] Dans le même sens, CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 716*b* N 36.
[1717] DE BEER 2002, p. 449. Voir ég. Message 1983, p. 870 : « un partage des pouvoirs n'entraîne une limitation de la responsabilité que si l'organisation qui régit ce partage est connue des tiers ».

effectives des personnes responsables [1718].

719 Si l'information fournie par la société n'est pas suffisante pour distinguer les fonctions de chacun, il faut à notre avis admettre une application large du principe du procès unique prévu à l'art. 759 al. 2 CO. le demandeur ne doit différencier ses prétentions que dans la mesure où il peut avoir connaissance d'un partage des tâches [1719].

720 L'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 maintient le principe de l'information réactive, mais règle plus explicitement l'étendue des informations à fournir. Il prévoit que l'actionnaire et le créancier n'auront désormais droit qu'à être informés des faits devant impérativement être décrits dans le règlement d'organisation (art. 716*b* al. 4 AP-CO 2014). Conformément à l'art. 716*b* al. 2 AP-CO 2014, celui qui en fait la requête pourra dès lors être informé : sur l'organisation interne et, le cas échéant, les comités du conseil d'administration (ch. 1) ; sur l'organisation de la gestion, la dénomination des postes de gestion et les tâches attachées à ces postes (ch. 2) ; sur les règles d'établissement des rapports (ch. 3) et sur les actes importants nécessitant l'approbation du conseil d'administration (ch. 4). Ces règles donnent des indications importantes notamment sur l'organisation de la surveillance et la répartition des compétences. Les informations dont la communication est prescrite devraient être suffisamment précises pour permettre au demandeur d'alléguer les manquements conformément aux principes découlant de l'art. 759 al. 2 CO en cas d'action dirigée contre plusieurs défendeurs [1720].

6. Conclusion intermédiaire

721 Les difficultés auxquelles l'actionnaire est confronté lorsqu'il s'agit de collecter des informations en vue d'un procès en responsabilité deviennent patentes lorsque le système des droits de l'actionnaire à être informé est considéré dans son ensemble.

722 *A priori*, les art. 696 ss CO permettent aux actionnaires, lorsque l'exercice de leurs droits le nécessite, d'être renseignés sur des affaires précises, qui pourraient soulever des questions de responsabilité. Cependant, chaque étape du processus menant à la requête d'institution d'un contrôle spécial est caractérisée par des exigences de recevabilité et de motivation parfois interprétées de manière excessivement sévère. Or, tout au début de la démarche, avant l'assemblée générale, l'actionnaire ne dispose en théorie que des rapports de gestion et de révision ; on voudrait qu'il soit en mesure, sur cette base, d'anticiper quelles questions précises devront être élucidées à l'aide d'un contrôle spécial et préparer en conséquence

[1718] BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716*b* N 28 ; BERTSCHINGER 1997, p. 188 ; DE BEER 2002, p. 450. *Contra :* MEIER-SCHATZ 1995, p. 828 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2014, p. 509, pour qui la communication d'un organigramme suffit.

[1719] Voir à ce sujet le N 1058 *infra*.

[1720] Voir à ce sujet les N 1045 ss *infra*.

sa demande de renseignements ou en consultation. Dans ces circonstances, il devient manifeste que les exigences en matière de détermination des demandes de renseignements et de connexité matérielle entre celles-ci et les requêtes en contrôle spécial doivent être interprétées de manière souple. Dans le cadre de l'exercice du droit aux renseignements (art. 697 al. 1 CO), il devrait suffire à l'actionnaire de créer une base de discussion claire en exposant les motifs de sa demande.

Les exigences strictes en matière de détermination de l'objet du processus d'information sont justifiées par le risque d'abus par les actionnaires, qui pourraient exploiter les renseignements glanés à des fins personnelles, potentiellement nuisibles à la société. Cette méfiance est fondée dans une certaine mesure ; elle ne justifie cependant pas que l'on prête, par défaut, à l'actionnaire de mauvaises intentions [1721]. La fonction de surveillance assumée par les actionnaires est au contraire légitime et nécessaire pour le bon fonctionnement de la société [1722]. Lorsque le désir d'en savoir plus est fondé sur des motifs qui ne sont pas manifestement en contradiction avec les intérêts de la société, il n'y a pas lieu d'interpréter de manière rigide chaque condition formelle ou matérielle des droits aux renseignements et au contrôle spécial, rendant au final leur exercice illusoire [1723]. L'institution du contrôle spécial a certes pour fonction de limiter les requêtes abusives, mais son objet premier est de permettre aux actionnaires d'être renseignés. 723

La valeur probante du rapport de contrôle spécial dans une procédure subséquente est généralement mise en doute. Nous considérons au contraire qu'en raison des garanties qu'offre la procédure de contrôle spécial quant à l'indépendance de l'expert, à la surveillance du juge sur l'objet du contrôle, à la préservation des intérêts de la société et à l'obligation de rendre rapport de manière conforme à la vérité, le contrôle spécial se rapproche de l'expertise judiciaire et la valeur probante du rapport rendu par le contrôleur spécial est incontestable. En réalité, la procédure de contrôle spécial est un type particulier de preuve à futur, réglé dans le code des obligations, dont l'existence est justifiée par la relation particulière entre les actionnaires et la société. Le contrôleur spécial dispose ainsi de prérogatives d'enquête plus étendues qu'un expert judiciaire. 724

L'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 apporte certaines améliorations. En ce qui concerne le droit aux renseignements, on notera en particulier le droit de demander des renseignements par écrit et la codification de l'obligation de renseigner les actionnaires sur les indemnités des dirigeants. Quant au contrôle spécial, les conditions matérielles d'admission sont assouplies dans la mesure où il ne serait plus 725

[1721] DE BEER 2002, p. 459.

[1722] DE BEER 2002, p. 459 ; voir ég. Message 1983, p. 855 : « aussi, le renforcement du contrôle exercé sur le conseil d'administration répond-il aujourd'hui à une impérieuse nécessité que rien ne peut démentir, pas même le risque de violation du secret des affaires que d'aucuns font valoir pour s'opposer à un renforcement ».

[1723] HIRSCH 1967, p. 269 n. 23.

nécessaire de rendre vraisemblable la survenance d'un dommage ; la relation avec le droit aux renseignements est également clarifiée.

726 Nous regrettons toutefois que le Conseil fédéral ait renoncé à abaisser le pourcentage d'actions nécessaire pour requérir un contrôle spécial dans une société non cotée ; de même, le seuil de 3% prévu pour les sociétés cotées est trop élevé. Surtout, il est essentiel d'assouplir les conditions matérielles à l'admission de la requête en institution d'un contrôle spécial. Plutôt que d'exiger la vraisemblance d'une violation de la loi ou des statuts « de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires » (art. 697*d* al. 3 AP-CO 2014). Il conviendrait de s'inspirer de l'institution de preuve à futur (art. 158 CPC) et d'exiger simplement la vraisemblance d'un intérêt digne de protection à l'élucidation des faits visés par le contrôle spécial ; ceci dispenserait le requérant de devoir rendre vraisemblable des faits qui ne peuvent être prouvés qu'à l'aide de moyens de preuve auxquels il n'a pas accès. Cette condition permettrait de mieux tenir compte de l'asymétrie de l'information qui frappe les actionnaires. Les abus seraient exclus puisque le requérant devra être en mesure de démontrer que les faits à élucider présentent un lien avec une prétention concrète.

727 Le régime judiciaire des droits des actionnaires à l'information a changé avec l'introduction du CPC. En effet, la requête en délivrance de renseignements et celle en institution d'un contrôle spécial peuvent typiquement bénéficier d'une répartition des frais en équité au sens de l'art. 107 CPC. On notera par ailleurs qu'il convient de faire preuve de souplesse dans l'estimation de la valeur litigieuse. Enfin, la procédure judiciaire en institution d'un contrôle spécial est soumise à une instance cantonale unique, ce qui contribue à une mise en œuvre plus rapide de ce droit. Cependant, dans l'intérêt de la célérité de l'exécution du contrôle spécial, il faudrait encore abroger l'art. 697*d* al. 3 CO qui prévoit que la société est entendue sur le résultat du contrôle spécial, les intérêts de la société étant déjà suffisamment garantis par la communication du rapport du contrôle spécial prévue à l'art. 697*e* al. 2 CO.

728 Nous avons établi ci-dessus que la décharge ne saurait couvrir les faits devant faire l'objet d'un contrôle spécial ; ceux-ci resteront soumis aux délais de prescription prévus à l'art. 760 CO [1724]. Cette interprétation restant controversée, une alternative viable serait d'introduire l'action en responsabilité dans le délai de six mois à un for où elle est soumise à la procédure de conciliation et de demander sa suspension à ce stade dans l'attente des résultats du contrôle spécial ; le cas échéant, le requérant n'est pas encore tenu de motiver son action et son risque financier se limite provisoirement au montant de l'émolument forfaitaire de conciliation.

[1724] N 397 ss *supra*.

Chapitre 12

Collecte d'informations par la société

1. Introduction

La collecte d'informations par la société fait également l'objet de diverses réglementations dans le droit de la société anonyme. Si l'accès de la société aux informations pertinentes semble *a priori* moins problématique que celui de l'actionnaire, il appelle néanmoins quelques développements. 729

Le contrôle spécial, dont la tenue peut également être requise par la société avec l'accord de l'assemblée générale (art. 697*a* al. 2 CO), a été développé dans le cadre des droits à l'information des actionnaires. Dans la mesure où les modalités d'exécution du contrôle spécial ne diffèrent pas fondamentalement lorsqu'il est requis par la société, nous nous permettons de renvoyer aux développements ci-dessus (N 628 ss *supra*). Il convient en revanche de s'intéresser ici à l'institution relativement peu étudiée du contrôle de gestion, dont nous définirons les contours et le rôle qu'il peut jouer dans le contexte de la préparation d'une action en responsabilité (N 731 ss *infra*). Nous évoquerons ensuite la question d'un éventuel devoir des administrateurs de rendre compte de leur activité à la société (N 742 ss *infra*). Nous consacrerons enfin quelques lignes aux modalités d'une enquête mandatée par le conseil d'administration (N 744 ss *infra*). 730

2. Contrôle de gestion

2.1. Fondements

L'art. 731*a* al. 3 CO prévoit que l'assemblée générale peut nommer des experts pour contrôler l'ensemble ou une partie de la gestion. Dans les rares cas où l'assemblée générale envisagerait d'introduire une action en responsabilité contre un dirigeant, cette institution pourrait ainsi 731

être mise à profit afin de collecter les informations nécessaires pour évaluer l'opportunité d'une action en responsabilité et motiver une demande.

732 Malgré une dénomination similaire, cette institution se démarque du contrôle spécial à plusieurs égards. Tout d'abord, elle n'est pas soumise à des conditions de subsidiarité ou de nécessité [1725]. L'introduction d'un contrôle de gestion ne nécessite pas de motivation particulière. Dans la mesure où celui-ci permet d'examiner la gestion dans son ensemble (art. 731*a* al. 3 CO), il est également permis de partir du principe que le contrôleur de gestion ne doit pas se restreindre à l'examen de faits déterminés et pourrait également être appelé à se prononcer sur l'opportunité des faits élucidés [1726]. Les dispositions relatives au contrôle spécial peuvent cependant servir de référence pour l'interprétation de l'art. 731*a* al. 3 CO, dans la mesure où il s'agit également d'un instrument de contrôle à destination des actionnaires [1727].

2.2. Nomination de l'expert chargé de contrôler la gestion

733 L'expert est nommé par une décision de l'assemblée générale prise à la majorité absolue des voix représentées (art. 703 al. 1 CO) ; cet objet ne doit pas être porté à l'ordre du jour [1728]. Les statuts ne sauraient durcir excessivement les règles de majorité applicables à la désignation des experts [1729]. Le privilège des actions à droit de vote privilégié ne s'applique pas (art. 693 al. 3 ch. 2 CO). Contrairement au contrôle spécial, la décision de l'assemblée générale ne doit pas faire suite à l'exercice du droit aux renseignements ou à la consultation par un actionnaire [1730]. Le juge n'intervient pas dans la procédure de nomination du contrôleur de gestion, à moins que la décision de l'assemblée générale fasse l'objet d'une action en annulation (art. 706 CO) [1731]. Dans la mesure où cette dernière peut également être intentée par le conseil d'administration (art. 706 al. 1 CO), cible potentielle du contrôle de gestion, il s'agira d'être particulièrement attentif à un éventuel abus de droit.

734 La loi est muette sur les qualités de l'expert chargé d'examiner la gestion ; cette question est à notre avis du ressort de l'assemblée générale, qui choisira cette personne en fonction des compétences nécessaires pour analyser les aspects de la gestion visés. Elle veillera également à nommer une personne offrant les garanties d'une certaine indépendance face à la société et aux organes [1732]. Contrairement à ce que laisse supposer l'intégration de l'art. 731

[1725] BÖCKLI 2009, § 15 N 757 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 731*a* N 15.
[1726] TRUFFER 2008, p. 419 ; BÖCKLI 2009, § 15 N 757.
[1727] En général sur la pertinence d'une application par analogie des règles relatives au contrôle spécial : TRUFFER 2008, p. 412 s.
[1728] TRUFFER 2008, p. 415 s.
[1729] HARI/HÄNNI 2014, p. 152 ; TRUFFER 2008, p. 416.
[1730] TRUFFER 2008, p. 415.
[1731] HARI/HÄNNI 2014, N 140.
[1732] HARI/HÄNNI 2014, N 143.

al. 3 CO au chapitre consacré à l'organe de révision, l'activité de contrôle de gestion n'est pas réservée aux personnes chargées de la révision [1733]. La place de cette disposition a des motifs historiques. Elle a été introduite au moment où le législateur a fait le choix d'instituer un organe de surveillance dont les attributions étaient limitées au contrôle des comptes (organe de révision) plutôt qu'un organe de surveillance du type de l'*Aufsichtsrat* ; par l'introduction de cette disposition, on a réservé à l'assemblée générale la faculté d'instituer un contrôle de la gestion [1734].

Le contrôleur de gestion n'est pas un organe de la société [1735]. Sa relation avec celle-ci repose plutôt sur le droit du mandat [1736]. En dérogation à l'art. 726 al. 2 CO, le conseil d'administration n'a cependant pas le pouvoir de révoquer en tout temps l'expert nommé par l'assemblée générale [1737]. 735

2.3. Objet et exécution du contrôle de gestion

L'objet du contrôle de gestion est déterminé par l'assemblée générale. Selon l'art. 731*a* al. 3 CO, il peut porter sur tout ou partie de la gestion. L'assemblée générale dispose dès lors d'une grande liberté dans la détermination de l'objet du contrôle de gestion ; on pourra dire, par analogie avec l'objet du droit de l'actionnaire aux renseignements, que le contrôle de gestion peut viser n'importe quel fait ou complexe de faits en relation avec les affaires de la société [1738]. Il s'agit dès lors d'un instrument tout à fait approprié pour examiner un ou plusieurs actes de gestion paraissant soulever des questions de responsabilité. 736

Dans l'intérêt d'un contrôle véritablement efficace, l'expert doit disposer de larges prérogatives d'enquête. Leur étendue peut être déterminée par référence à l'art. 697*d* al. 2 CO : ainsi, les fondateurs, les organes, les mandataires, les travailleurs, les curateurs et les liquidateurs sont tenus de renseigner le contrôleur de gestion et lui octroyer l'accès aux documents pertinents [1739]. On pourra également établir un parallèle avec les prérogatives de l'organe de révision prévues à l'art. 730*b* al. 1 CO, qui prévoit que le conseil d'administration remet tous les documents à l'organe de révision et lui communique tous les renseignements dont il a besoin pour s'acquitter de ses tâches. En toute hypothèse, le secret des affaires n'est pas opposable au contrôleur de gestion [1740]. 737

[1733] HARI/HÄNNI 2014, p. 142.
[1734] TRUFFER 2008, p. 408.
[1735] HARI/HÄNNI 2014, N 148 ; BÖCKLI 2009, § 15 N 757 ; ZK-BÜRGI,art. 731 N 8.
[1736] HARI/HÄNNI 2014, N 149 ; BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731*a* N 16.
[1737] BÖCKLI 2009, § 15 N 756 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 731*a* N 14 ; TRUFFER 2008, p. 420.
[1738] N 558 *supra*. Voir ég. HARI/HÄNNI 2014, N 162 : le contrôle de gestion peut couvrir l'exercice de toutes les attributions du conseil d'administration, qu'elles soient basées sur la prérogative de gestion générale ou une disposition légale particulière.
[1739] HARI/HÄNNI 2014, N 164 ; TRUFFER 2008, p. 421.
[1740] TRUFFER 2008, p. 422.

2.4. Rapport de l'expert chargé de contrôler la gestion

2.4.1. Remise du rapport

738 Dans la mesure où il est mandaté par l'assemblée générale, c'est à elle que le contrôleur de gestion fait rapport [1741] ; on attendra de l'expert qu'il remette un rapport écrit et soit présent à l'assemblée générale afin de répondre à d'éventuelles questions [1742]. En l'absence de processus d'épuration analogue à l'art. 697*e* al. 2 CO, il faut retenir que le maintien du secret des affaires est garanti par une application par analogie de l'art. 730*b* al. 2 CO : il incombe à l'expert chargé de contrôler la gestion de préserver le secret des affaires lorsqu'il établit son rapport et répond aux questions lors de l'assemblée générale [1743]. La loi ne prévoit pas non plus de droit de la société d'être entendue sur le résultat du rapport (comp. art. 697*d* al. 3 CO) ; il serait cependant dans l'intérêt d'une procédure équitable d'offrir aux personnes visées par le contrôle de prendre position avant la communication du rapport à l'assemblée générale [1744].

2.4.2. Force probante du rapport de l'expert chargé de contrôler la gestion

739 Lorsque le contrôle de gestion est envisagé en lien avec l'introduction d'une action en responsabilité, il faut se demander dans quelle mesure le rapport rendu peut être produit comme moyen de preuve dans une procédure. Il faut à notre avis retenir que le rapport de contrôle de gestion constitue une forme d'expertise privée [1745]. Selon le Tribunal fédéral, ce type de document n'a pas de valeur probante ; il contient uniquement des allégations de la partie qui produit l'expertise [1746]. Dans la mesure où la procédure menant à la nomination de l'expert chargé de contrôler la gestion offre moins de garanties quant à son indépendance, il n'y pas lieu de faire valoir ici les arguments qui nous poussent à redéfinir la nature du rapport de contrôle spécial [1747]. La valeur du rapport de gestion n'est pas nulle pour autant : selon le Tribunal fédéral, les allégations basées sur une expertise privées seront souvent motivées en détail, ce qui implique que l'autre partie devra fournir une contestation motivée [1748].

[1741] BÖCKLI 2009, § 15 N 755.
[1742] TRUFFER 2008, p. 423.
[1743] HARI/HÄNNI 2014, N 165 s.
[1744] TRUFFER 2008, p. 423 ; BÖCKLI 2009, § 15 N 755.
[1745] HARI/HÄNNI 2014, N 169.
[1746] ATF 141 III 433, consid. 2.6.
[1747] Comp. N 690 *supra*.
[1748] ATF 141 III 433, consid. 2.6.

2.5. Importance

La désignation d'un expert chargé de contrôler la gestion est un événement particulièrement rare [1749]. L'institution d'un tel contrôle est en effet considérée comme une mesure extraordinaire, à considérer en cas de rupture totale du lien de confiance ou d'indices sérieux de carences particulièrement graves, bordant au chaos, au sein de l'organe de gestion [1750]. Cette conception ne rend cependant pas entièrement justice aux possibilités offertes par le contrôle de gestion. Du fait de sa souplesse, le contrôle de gestion peut aussi bien servir d'alternative moins drastique à une révocation du conseil d'administration et contribuer à rétablir la confiance envers les dirigeants [1751] que permettre de conduire une enquête de plus grande envergure qu'un contrôle spécial [1752]. Ajoutée à la rapidité de la procédure de nomination d'un expert, cette flexibilité devrait faire du contrôle de gestion le moyen d'enquête de prédilection pour l'assemblée générale [1753]. 740

En lien avec la préparation d'une action en responsabilité, il faut cependant relever un défaut de taille du contrôle de gestion. Conformément à la jurisprudence relative aux expertises privées, le rapport rendu par l'expert chargé de contrôler la gestion ne devrait pas avoir de force probante. Elle sera en toute hypothèse moindre à celle d'un rapport de contrôle spécial, faute de garantie d'indépendance de l'expert chargé de contrôler la gestion. À notre avis, l'art. 731*a* al. 3 CO pourra avant tout être mis à profit si l'assemblée générale décide d'entamer une action en responsabilité contre un organe et charge un représentant indépendant de la conduite de la procédure [1754]. Celui-ci pourra ainsi être investi de toutes les prérogatives nécessaires à la collecte des informations permettant de préparer et de motiver une action en responsabilité. Cette fonction se laisse concilier avec la jurisprudence rendue en matière d'expertise privée, qui qualifie ces documents d'allégations des parties [1755]. 741

3. Reddition de comptes par l'administrateur ?

Dans l'hypothèse où la société envisage une action en responsabilité dirigée contre un ancien administrateur, il est permis de se demander dans quelle mesure celui-ci pourrait être tenu, sur la base du droit matériel, de rendre compte de son activité et, partant, d'informer la 742

[1749] BÖCKLI 2009, § 15 N 754 ; TRUFFER 2008, p. 406, avec un exemple.
[1750] BÖCKLI 2009, § 15 N 754 : *« heilloses Durcheinander »*.
[1751] TRUFFER 2008, p. 427 ; voir p. ex. la nominations d'experts au sens de l'art. 731*a* al. 3 CO au sein de la société Sika SA suite au conflit opposant les dirigeants de celles-ci à Schenker-Winkler Holding AG (procès-verbal de l'assemblée générale de Sika SA du 14 avril 2015, p. 33 ss, disponible sur www.sika.com [dernière visite le 21 septembre 2016]).
[1752] Voir ég. les cas de figure évoqués *in* HARI/HÄNNI 2014, N 151.
[1753] TRUFFER 2008, p. 427 ; voir ég. HORBER 1995a, N 566 n. 915a.
[1754] N 836 *infra*.
[1755] ATF 141 III 433, consid. 2.6.

société ou de lui octroyer l'accès à des documents qu'il a conservés. Dans la mesure où la relation entre l'administrateur et la société présente des similarités avec le mandat, on pourrait ainsi envisager une application par analogie de l'art. 400 al. 1 CO.

743 Un arrêt récent du Tribunal fédéral, rendu dans le contexte du droit de la Sàrl, répond à cette question. Selon cette décision, la relation entre gérant et société s'apparente certes à un mandat, mais doit être qualifiée de rapport *sui generis*. Dans cette relation, la communication est strictement codifiée ; ainsi, les devoirs de renseigner l'assemblée des associés sont explicitement réglés dans la loi (art. 802 CO) ; il n'y a donc pas de place pour un devoir de rendre compte plus étendu que ce que prévoit la loi [1756]. Dans la mesure où le droit de la société anonyme codifie également la communication avec l'assemblée générale et les actionnaires aux art. 696 ss CO, il faut admettre que cette jurisprudence est également valable en ce qui concerne l'existence d'un éventuel devoir de reddition de comptes de l'administrateur [1757]. Notons cependant que la relation entre le dirigeant et la société peut être double, s'il est encore lié à celle-ci par un contrat de travail ou de mandat ; le cas échéant, le devoir de faire rapport devra également être examiné sous l'angle de cette relation.

4. Enquête mandatée par le conseil d'administration

744 L'introduction d'une action en responsabilité peut être décidée par l'assemblée générale, mais elle ressort par défaut aux attributions du conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO) ; dans le cadre de son attribution de haute surveillance des personnes chargées de la gestion, le conseil d'administration a par ailleurs l'obligation d'élucider les irrégularités constatées dans la gestion (art. 716*a* al. 1 ch. 5 CO) [1758]. Le cas échéant, le conseil d'administration a également la faculté de charger un ou plusieurs de ses membres ou mandater un tiers indépendant afin d'élucider des actes de gestion [1759].

745 Lorsque l'enquête est confiée à un membre du conseil d'administration ou à un comité, leurs prérogatives en matière de renseignements et de consultation seront déterminées sur la base de l'art. 715*a* CO. Cette disposition précise que chaque membre du conseil d'administration a le droit d'obtenir des renseignements sur toutes les affaires de la société (art. 715*a* al. 1 CO). Pendant les séances du conseil d'administration, chaque membre peut ainsi exiger des renseignements des autres membres ainsi que des personnes chargées de la gestion (art. 715*a* al. 2 CO). En dehors des séances, ce qui est la situation qui nous intéresse dans l'hypothèse d'une enquête menée par un administrateur ou un comité, des renseignements sur des

[1756] TF 4A_93/2014 du 4 juillet 2014, consid. 3.2.2.

[1757] D'un autre avis, ZK-HOMBURGER, art. 717 N 844 ss, qui admet un devoir de l'administrateur de restituer les documents à la fin de son mandat en cas de risque de violation d'un devoir de confidentialité.

[1758] ATF 97 II 403, consid. 5b, JdT 1973 I 66. Dans le contexte de l'art. 52 LAVS : ATF 114 V 219, consid. 4a.

[1759] HARI/HÄNNI 2014, p. 138.

affaires déterminées ne peuvent être exigés des personnes chargées de la gestion qu'avec l'autorisation du président du conseil d'administration (art. 715*a* al. 3 i. f. CO). Celle-ci est également nécessaire pour la consultation des livres ou des dossiers (art. 715*a* al. 4 CO). Avec l'accord du président du conseil, éventuellement assorti de conditions, le membre individuel est également autorisé à réaliser des copies des documents pertinents [1760]. Dans l'hypothèse d'une enquête mandatée par le conseil d'administration, l'obtention d'une autorisation du président du conseil ne devrait pas être problématique.

Il est admis que le conseil d'administration doit octroyer au membre individuel l'accès aux secrets d'affaires lorsque cela est nécessaire à l'exécution d'une tâche [1761]. Ceux-ci ne seront dès lors pas opposables à l'organe chargé d'enquêter dans la mesure où l'accès aux informations confidentielles est nécessaire pour apprécier la qualité de la gestion du ou des membres visés par l'enquête. 746

La nécessité de rétablir la relation de confiance entre l'actionnariat et le conseil d'administration peut également commander la conduite d'une enquête par un tiers indépendant. L'engagement d'un expert peut même s'imposer pour élucider des irrégularités dans la gestion ou la comptabilité [1762]. Il est permis aux membres du conseil d'administration d'accorder l'accès aux données internes de la société par des experts externes, moyennant l'accord du président du conseil d'administration [1763]. Les personnes qui ont mandaté le tiers devront veiller à ce que celui-ci s'engage à préserver le secret des affaires [1764]. 747

5. Conclusion intermédiaire

La société dispose de différents moyens de collecte d'informations. On peut distinguer la situation où une action en responsabilité est envisagée par l'assemblée générale et celle où le conseil d'administration prend lui-même les choses en main. 748

Dans le premier cas, les moyens les plus importants à disposition de l'assemblée générale sont le contrôle spécial et le contrôle de gestion. Si le second offre plus de flexibilité dans les modalités d'exécution et est sans doute plus rapide puisqu'il permet de s'épargner une procédure judiciaire de nomination de l'expert, il présente un désavantage dans la mesure où la force probante du rapport de l'expert chargé de contrôler la gestion est douteuse. L'art. 731*a* al. 3 CO pourrait cependant être mis à profit pour attribuer à un mandataire 749

[1760] BÖCKLI 2009, § 13 N 219.
[1761] BÖCKLI 2009, § 13 N 174 ; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 715*a* N 5.
[1762] ATF 97 II 403, consid. 6b, JdT 1973 I 66.
[1763] BÖCKLI 2009, § 13 N 219a.
[1764] BÖCKLI 2009, § 13 N 219a.

indépendant, chargé par l'assemblée générale de préparer et de conduire une action en responsabilité, les prérogatives nécessaires à l'exécution efficace de son mandat.

750 Dans le second cas, le conseil d'administration peut charger un ou plusieurs de ses membres ou un tiers de mener une enquête sur les éventuelles irrégularités constatées ; avec l'accord du président du conseil d'administration, il est possible aux administrateurs individuels d'exiger des renseignements sur des affaires déterminées, d'accéder aux documents pertinents et d'en faire des copies. Le président du conseil d'administration peut également accorder l'accès aux données internes à un tiers. Les personnes qui mandatent un tiers externe veilleront à ce que celui-ci préserve le secret des affaires.

Chapitre 13

Droit à l'information de l'administrateur

1. Problématique

La préparation du procès en responsabilité est également une problématique sensible du point de vue du défendeur potentiel. Être membre du conseil d'administration ne signifie pas nécessairement avoir accès à toutes les informations relatives aux affaires de la société [1765]. Nous avons examiné ci-dessus le droit à l'information des membres du conseil d'administration lorsqu'il s'agit, avec l'aval de ce dernier, d'élucider des affaires déterminées (N 744 ss *supra*). Le présent chapitre s'intéresse à la situation où un administrateur doit préparer sa défense à une action en responsabilité et devra éventuellement faire face à un refus de la société de lui donner accès aux pièces pertinentes. Nous traiterons également de la situation juridique des anciens administrateurs, puisqu'un certain nombre de cas de responsabilité hors faillite concerne des personnes qui ne font plus partie du conseil d'administration (N 751 ss *infra*). 751

2. Étendue et modalités du droit aux renseignements de l'administrateur

L'art. 715*a* al. 1 CO prévoit que chaque membre du conseil d'administration a le droit d'obtenir des renseignements sur toutes les affaires de la société. Cette disposition s'applique uniquement aux administrateurs ; les tiers auxquels ont été confiées des tâches de gestion ne peuvent pas s'en prévaloir [1766]. Le droit des administrateurs à être renseigné est un droit individuel de chaque administrateur et constitue une contrepartie à la responsabilité sévère 752

[1765] BSK OR II-Wernli/Rizzi, art. 715*a* N 3.
[1766] BSK OR II-Wernli/Rizzi, art. 715*a* N 4.

à laquelle il est soumis [1767]. Il doit permettre aux membres du conseil d'administration d'exercer correctement leurs attributions dans l'intérêt de la société [1768].

753 Comme le droit à l'information de l'actionnaire, le droit à l'information de l'administrateur comporte deux volets : la fourniture de renseignements (art. 715*a* al. 2 et 3 CO) et la consultation des livres ou des dossiers (art. 715*a* al. 4 CO). Les débiteurs du droit aux renseignements sont, pendant les séances du conseil d'administration, les autres membres du conseil ainsi que les personnes chargées de la gestion (art. 715*a* al. 2 CO). Hors des séances, ce sont les personnes chargées de la gestion (art. 715*a* al. 2 CO).

754 Dans l'abstrait, le droit aux renseignements s'étend à toutes les affaires de la société (art. 715*a* al. 1 CO). Il est cependant admis qu'il ne s'étend qu'aux informations nécessaires pour l'exercice des attributions des administrateurs [1769].

755 En ce qui concerne l'objet du droit à la consultation, il faut retenir, comme en matière de droit des actionnaires à la consultation, que les termes de « livres » et de « dossiers » doivent être compris largement [1770]. Ce droit est explicitement soumis à la condition de nécessité à l'accomplissement des tâches de l'administrateur (art. 715*a* al. 4 CO). Bien que cela ne ressorte pas explicitement de la formulation de la loi, la défense contre une action en responsabilité est une justification légitime pour l'exercice du droit à la consultation [1771]. On retiendra par ailleurs que l'administrateur a en principe le droit de conserver chez lui la documentation qui lui a été fournie en vue d'une séance du conseil d'administration ainsi que les procès-verbaux des séances [1772].

756 Lorsqu'il s'agit d'obtenir des informations sur des affaires déterminées en dehors des séances du conseil d'administration, l'administrateur doit obtenir une autorisation du président du conseil d'administration (art. 715*a* al. 3 CO). Celle-ci est également nécessaire pour accéder aux livres ou dossiers de la société (art. 715*a* al. 3 CO).

3. Voies de droit

757 Lorsque le président refuse à l'administrateur individuel l'audition des personnes chargées de la gestion ou la consultation de pièces, la loi prévoit que la question est tranchée par le conseil d'administration. La décision est prise selon les modalités prévues à l'art. 713 CO, soit

[1767] BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 715*a* N 3 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 163.
[1768] ATF 129 III 499, consid. 3.3, JdT 2003 I 632 ; TF 4C.7/2003 du 26 mai 2003, consid. 3, 6.5.
[1769] BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 715*a* N 4 et les réf. ; BÖCKLI 2009, § 13 N 170.
[1770] Comp. N 581 *supra*. Voir ég. ZK-HOMBURGER, art. 715*a* N 456.
[1771] BÖCKLI 2009, § 13 N 214 ; voir ég. ATF 129 III 499, consid. 3, JdT 2003 I 632 ; TF 4C.7/2003 du 26 mai 2003, consid. 6.2, qui concernent le cas d'un administrateur révoqué.
[1772] BÖCKLI 2009, § 13 N 214 s. Le président peut interdire une telle conservation pour des motifs prépondérants liés à l'intérêt de la société, p. ex. un souci accru de confidentialité.

à la majorité des voix émises. La loi ne prévoit pas de recours contre une décision négative du conseil d'administration. Il faut en particulier retenir que cette décision ne pourrait pas être renversée par l'assemblée générale [1773].

La question d'une mise en œuvre judiciaire est indécise. Elle n'a pas été tranchée explici- 758
tement par le Tribunal fédéral [1774] ; un arrêt de la Cour de justice de Genève retient que le législateur a consciemment renoncé à une action en délivrance de renseignements [1775]. La doctrine est partagée sur la question [1776]. Les détracteurs d'un moyen d'action judiciaire partent du principe que l'art. 714 CO présente la seule possibilité de contestation des décisions du conseil d'administration et retiennent un silence qualifié du législateur puisqu'il a explicitement octroyé à l'actionnaire une action en délivrance d'informations (art. 697 al. 4 CO), mais opté pour une procédure interne en ce qui concerne les renseignements fournis à l'administrateur (art. 715*a* al. 5 CO) [1777]. Les autres relèvent qu'une action en délivrance d'informations ne constituerait pas une immixtion du juge dans la gestion de la société et qu'un droit est en principe assorti d'une action, même si elle n'est pas explicitement mentionnée dans la loi [1778]. Nous nous rallions à la seconde opinion ; il n'existe à notre avis pas de motif impérieux justifiant d'exclure une action judiciaire tendant à la remise d'informations à l'administrateur individuel ; cette action doit dès lors être admise. Elle serait, le cas échéant, dirigée contre la société [1779]. Elle devrait à notre avis être soumise à la procédure sommaire, par analogie avec l'action en délivrance de renseignements de l'actionnaire (voir art. 250 let. c ch. 7 CPC) [1780].

En toute hypothèse, l'administrateur éconduit peut agir en constatation de la nullité de la 759
décision du conseil d'administration selon l'art. 714 CO, qui renvoie aux motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale (art. 706*b* CO) ; par analogie avec l'art. 706*b* ch. 2 CO, qui sanctionne les restrictions illicites aux droits de contrôle des actionnaires, un refus indu de renseigner l'administrateur ou de lui accorder l'accès aux livres et dossiers constitue un motif

[1773] Voir BÖCKLI 2009, § 13 N 221a, pour qui cette décision relève apparemment de la haute direction de la société (art. 716*a* al. 1 ch. 1 CO).

[1774] ATF 129 III 499, consid. 3.4, JdT 2003 I 632. Dans l'arrêt 4C.7/2003 du 26 mai 2003, consid. 6.2, le Tribunal fédéral évoque une « règle selon laquelle les décisions du conseil d'administration ne peuvent être déférées », à l'exception de celles basées sur l'art. 714 CO.

[1775] CJ GE du 8 octobre 1999, SJ 2000 I 437, consid. 2.

[1776] *Pro :* DRUEY 2003b, p. 5 ss ; CARBONARA/VON DER CRONE 2004, p. 94. *Contra*: BÖCKLI 2009, § 13 N 222 ss ; ZK-HOMBURGER, art. 715*a* N 447 ; KUNZ 1994, p. 578.

[1777] BÖCKLI 2009, § 13 N 222 s. ; KUNZ 1994, p. 578.

[1778] DRUEY 2003b, p. 6 s. ; CARBONARA/VON DER CRONE 2004, p. 94.

[1779] CARBONARA/VON DER CRONE 2004, p. 94 ; c'est l'intérêt de la société à préserver le secret qui s'oppose au droit à l'information de l'administrateur ; c'est à elle que doit revenir la qualité pour défendre.

[1780] L'application de la procédure sommaire à un cas non prévu par les art. 248 ss CPC n'est pas exclue (BSK ZPO-GÜNGERICH, art. 248 N 9, art. 249-251). Comme en matière de délivrance de renseignements, la garantie du droit d'être entendu peut cependant impliquer la réalisation d'une procédure probatoire complète (ATF 120 II 352, consid. 2 ; CPC-BOHNET, art. 255 N 7).

de nullité [1781]. L'intérêt à la constatation de la nullité peut exister, selon le Tribunal fédéral, pour qui cherche à se prémunir contre une action en responsabilité en faisant établir qu'il n'a pas eu accès à certains documents au moment de l'acte de gestion litigieux ; en effet, les administrateurs ne peuvent répondre que de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir [1782].

4. Règles applicables aux anciens administrateurs

760 La personne qui n'est plus membre du conseil d'administration perd ses droits à l'information au sens de l'art. 715*a* CO, à moins qu'elle puisse justifier d'un intérêt digne de protection [1783]. La jurisprudence admet que la défense contre une action en responsabilité constitue un intérêt légitime à cet égard [1784]. Ce droit pourra être exercé selon les modalités applicables aux membres du conseil d'administration [1785].

5. Conclusion intermédiaire

761 Chaque administrateur a un droit individuel à être renseigné sur les affaires de la société et à consulter les pièces nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. La défense contre une action en responsabilité constitue un motif légitime justifiant l'exercice du droit aux renseignements ou à la consultation des livres et dossiers. Cet intérêt à la fourniture d'informations peut aussi exister pour la personne qui n'est plus membre du conseil d'administration.

762 Cependant, l'obtention de renseignements sur des affaires déterminées est, hors des séances du conseil d'administration, soumise à l'autorisation du président ; il en va de même de la consultation de documents.

763 En cas de refus du président, l'administrateur peut s'adresser au conseil d'administration, qui tranche la question. En cas de refus indu de celui-ci, il faut admettre que l'administrateur éconduit dispose d'une action condamnatoire tendant à la fourniture d'informations ou à la consultation des documents nécessaires à la préparation d'une défense dans un procès en responsabilité. Cette question restant controversée, on retiendra que le dirigeant qui se voit

[1781] BÖCKLI 2009, § 13 N 224.

[1782] L'intérêt est donné du moins lorsque la possibilité d'être actionné en responsabilité constitue une « incertitude insupportable » (TF 4C.7/2003 du 26 mai 2003, consid. 6.3). Selon PETER KUNZ, l'administrateur ne peut pas être tenu responsable si on lui a refusé l'accès à des renseignements nécessaires à l'exécution de ses tâches (KUNZ 1994, p. 578).

[1783] ATF 129 III 499, consid. 3, JdT 2003 I 632 ; HG SG du 9 août 1993, RSJ 1995 218, consid. 4b.

[1784] ATF 129 III 499, consid. 3, JdT 2003 I 632 ; TF 4C.7/2003 du 26 mai 2003, consid. 6.2.

[1785] Voir N 752 *supra*.

impliqué dans un procès en responsabilité a dans tous les cas un intérêt à faire constater la nullité de la décision négative du conseil d'administration en application de l'art. 714 CO.

Quatrième partie

Cadre procédural de l’action en responsabilité des administrateurs hors faillite

Chapitre 14

Compétence et introduction de l'instance

1. Introduction

L'action en responsabilité des organes de gestion est une affaire civile contentieuse au sens de l'art. 1 al. 1 CPC. Sous réserve des dispositions du droit fédéral, l'organisation des tribunaux et la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux sont déterminées par le droit cantonal (art. 3 et 4 al. 1 CPC) [1786]. Les interactions entre le droit cantonal et le droit fédéral peuvent avoir leur importance dans la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants, en particulier en raison de la possibilité d'instituer un tribunal de commerce (art. 6 CPC). La compétence à raison du lieu est réglée aux art. 9 ss CPC. L'art. 40 CPC prévoit une règle spécifique pour les actions en responsabilité fondées sur le droit des société. Selon les circonstances, on peut également envisager une application du for de l'acte illicite (art. 36 CPC). 764

Une grande partie de l'actionnariat des sociétés suisses ouvertes au public est étranger et leurs conseils d'administration comptent souvent des membres domiciliés hors de Suisse [1787]. Il n'est donc pas rare qu'il y ait un élément d'extranéité dans la relation entre la société, ses dirigeants et ses actionnaires. Le cas échéant, il faudra également déterminer dans quelle mesure les tribunaux suisses pourront connaître des actions en responsabilité des organes de gestion. Nous examinerons pour cela les règles de compétence de la LDIP ainsi que celles de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 (CL). 765

Plutôt que porter le litige devant les tribunaux civils, il peut aussi être avantageux de soumettre les prétentions en responsabilité à un tribunal arbitral pour des motifs de discrétion, de compétences techniques ou de rapidité [1788]. Les conditions de validité d'une 766

[1786] La compétence pour légiférer en matière de procédure civile – et donc en matière de compétence des tribunaux civils (ATF 140 III 155, consid. 4.3) – appartient à la Confédération (art. 122 al. 1 Cst.) ; celle relative à l'organisation judiciaire est du ressort des cantons, sous réserve de règles dérogatoires du droit fédéral (art. 122 al. 2 Cst.).

[1787] Comp. DASSER/ROTH 2014, p. 249.

[1788] DASSER/ROTH 2014, p. 273.

clause compromissoire sont toutefois difficiles à établir dans le contexte des litiges du droit de la société anonyme, en particulier lorsque la disposition en question est contenue dans les statuts de la société. La même question se pose en lien avec la prorogation de for.

767 En lien avec l'introduction de l'instance devant une autorité compétente, nous nous intéresserons également à la litispendance, qui empêche la tenue d'une autre procédure concernant la même cause et fixe la compétence à raison du lieu (art. 64 al. 1 CPC). Cette thématique soulève des questions délicates dans le contexte de l'action en responsabilité pour le dommage de la société, qui peut être intentée par celle-ci et par chaque actionnaire (art. 756 al. 1 CO). Il faudra aussi analyser sous cet angle la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société, prévue à l'art. 697*k* AP-CO 2014.

768 La première section sera consacrée aux règles de compétence interne (N 769 ss *infra*). Nous aborderons ensuite les dispositions applicables en cas de litige international (N 790 ss *infra*). Nous étudierons enfin la problématique de l'introduction de l'instance (N 805 ss *infra*).

2. Compétence interne

2.1. Compétence à raison de la matière

769 La compétence matérielle des tribunaux pour connaître de l'action en responsabilité est déterminée par le droit cantonal, sauf disposition contraire de la loi (art. 4 al. 1 CPC). Dans le cadre de leur prérogative en matière d'organisation judiciaire, les cantons peuvent instituer un tribunal de commerce qui statue en tant qu'instance cantonale unique (art. 6 al. 1 CPC) [1789]. La compétence matérielle de ces tribunaux est réglée à l'art. 6 CPC ; les cantons ne peut pas légiférer en la matière [1790]. Le droit fédéral leur laisse cependant le choix d'attribuer ou non au tribunal de commerce les litiges relevant du droit des sociétés commerciales et coopératives (art. 6 al. 4 let. b CPC).

770 Les litiges fondés sur les art. 752 ss relèvent incontestablement du droit des sociétés commerciales au sens de l'art. 6 al. 4 let. b CPC et peuvent donc être attribués aux tribunaux de commerce [1791]. Tel est en principe le cas dans tous les cantons ayant institué une juridiction

[1789] 4 cantons connaissent un tribunal de commerce : Argovie, Berne, St-Gall et Zurich (Message CPC, p. 6877).
[1790] ATF 140 III 155, consid. 4.3.
[1791] BK ZPO I-BERGER, art. 6 N 46 ; BSK ZPO-VOCK/NATER, art. 6 N 16 ; ZPO Komm-Schulthess-VETTER, art. 6 N 36.

commerciale [1792]. Dans les autres cantons, l'action en responsabilité des organes de gestion est soumise aux tribunaux ordinaires.

L'instauration de tribunaux de commerce présente des avantages, car elle permet de profiter des connaissances spécialisées de magistrats versés dans les affaires et de réduire la durée des procédures puisqu'il n'y a qu'une seule instance cantonale [1793]. Dans certaines circonstances, il peut cependant être opportun de porter l'action en responsabilité devant une juridiction ordinaire ; comme nous l'avons exposé plus haut, un demandeur qui attend le résultat d'un contrôle spécial pourra alors introduire l'instance par une requête de conciliation et demander la suspension de la procédure à ce stade, ce qui lui permet de limiter son risque financier [1794]. 771

2.2. Compétence à raison du lieu

2.2.1. For légal

La compétence des autorités judiciaires à raison du lieu est réglée, en matière interne, à l'art. 40 CPC, qui dispose que le tribunal du domicile ou du siège de la société est compétent pour statuer sur les actions en responsabilité fondées sur le droit des sociétés. Cette norme s'applique incontestablement à toutes les actions en responsabilité fondées sur les art. 752 ss CO, qu'elles reposent sur un dommage de la société ou un dommage « direct » des actionnaires [1795]. Bien que la responsabilité des organes de gestion envers les actionnaires basée sur l'art. 754 CO soit de nature délictuelle [1796], le for de l'art. 36 CPC est exclu ; il doit céder le pas devant la *lex specialis* de l'art. 40 CPC [1797]. 772

À lire le texte de l'art. 40 CPC, il semble en revanche qu'il ne s'applique pas aux actions fondées sur un acte illicite (art. 41 CO) ou le principe de la bonne foi, puisqu'il vise « les actions en responsabilité fondées sur le droit des sociétés » [1798]. Lorsqu'un actionnaire agit 773

[1792] St-Gall : art. 11 al. 1 let. b EG-ZPO/SG ; Argovie : § 12 al. 1 let. a EG ZPO/AG ; Berne : art. 7 al. 2 LiCPM/BE (pour autant que la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs) ; Zurich : § 44 let. b. GOG/ZH (pour autant que la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs). Dans les cantons où la compétence du tribunal de commerce est donnée indépendamment de la valeur litigieuse, le recours au Tribunal fédéral est ouvert même si celle-ci est inférieure à 30 000 francs (art. 74 al. 2 let. b LTF).

[1793] ATF 136 I 207, consid. 3.5.3, JdT 2011 II 435 ; BOHNET 2014a, N 125 ; ZPO Komm-Schulthess-VETTER, art. 6 N 10 ; BK ZPO I-BERGER, art. 6 N 1 s.

[1794] Voir les N 416 ss *supra*. Sur la compétence à raison du lieu, voir les N 772 ss *infra*.

[1795] CPC-HALDY, art. 40 N 2 ; BK ZPO I-EMCH, art. 40 N 6 ss ; BSK ZPO-VOCK/NATER, art. 40 N 6 ; BÄRTSCHI 2014, p. 77 ; DASSER/ROTH 2014, p. 256 s. Les actions fondées sur l'art. 108 LFus obéissent à la règle spéciale de l'art. 42 CPC.

[1796] N 49 *supra*.

[1797] BK ZPO I-EMCH, art. 40 N 16 ; ZPO Komm-Schulthess-RÜETSCHI, art. 40 N 15. Voir, pour le cas où la prétention peut se fonder aussi bien sur l'art. 754 que sur l'art. 41 CO (concours d'actions), N 780 *infra*.

[1798] Dans ce sens, BK ZPO I-EMCH, art. 40 N 6.

pour son propre dommage, il faudrait ainsi distinguer si sa prétention se fonde sur le droit de la société anonyme ou sur d'autres dispositions [1799]. Dans la seconde hypothèse, le for devrait être déterminé en application de l'art. 36 CPC ; en cas de responsabilité fondée sur la confiance, il faudrait, selon les circonstances du cas d'espèce, se référer au for de l'acte illicite ou à celui du contrat (art. 31 CPC) [1800]. Toutefois, sous l'empire de l'art. 761 aCO, qui réglait la compétence pour connaître des actions en responsabilité avant d'être remplacé par l'art. 29 LFors – lui-même abrogé avec l'entrée en vigueur du CPC –, le Tribunal fédéral avait retenu que l'action en réparation du dommage de l'actionnaire ou du créancier devait obéir aux règles de procédure spécifiques (art. 759 ss CO) régissant les actions en responsabilité du droit de la société anonyme, « sans égard au type de dommage allégué ou au fondement juridique invoqué » [1801]. Cette jurisprudence, rendue en lien avec la prescription (art. 760 CO), doit à notre sens s'appliquer en matière de fors dans la mesure où elle concrétise le principe du procès unique consacré à l'art. 759 al. 2 CO. Dès lors, l'investisseur qui agit pour son propre dommage devra introduire sa demande devant un des fors prévus à l'art. 40 CPC, pour autant qu'il ait été lésé en sa qualité d'actionnaire, indépendamment de la base légale invoquée. Dans ce cas en effet, sa prétention se rapproche de la prétention en réparation fondée sur les art. 752 ss CO [1802]. Cette interprétation uniforme devient d'autant plus nécessaire avec l'éclatement du droit de la société anonyme suite à l'harmonisation du droit comptable, réglé aux art. 957 ss CO depuis le 1er janvier 2013 [1803].

774 Cette interprétation restant incertaine, la prudence commanderait à l'actionnaire qui souhaite invoquer une prétention fondée sur l'art. 41 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance d'agir devant un for qui remplit à la fois les conditions de l'art. 36 CPC et celles de l'art. 40 CPC [1804]. Ceci ne posera pas de grandes difficultés en pratique : les deux dispositions prévoient un for dispositif alternatif au domicile ou au siège du défendeur. Qui plus est, le siège de la société, explicitement mentionné à l'art. 40 CPC, pourra également être pris en compte dans le cadre du for de l'action délictuelle en tant que lieu de commission de l'acte illicite [1805]. Notons qu'en cas d'action dirigée contre un dirigeant, le for de l'établissement ou de la succursale de la société (art. 12 CPC) n'est pas ouvert ; celui-ci implique un

[1799] JENNY 2012, N 878. Sur le cumul objectif et le concours d'actions, voir les N 778 ss *infra*.

[1800] CPC-HALDY, art. 36 N 5 ; BSK ZPO-HEMPEL, art. 36 N 8. En raison de l'incertitude quant au for de l'action en responsabilité fondée sur la confiance, il se recommande dans ce cas d'agir au domicile du défendeur (CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 37).

[1801] TF 4C.298/2000 du 21 décembre 2000, consid. 3 ; confirmé *in* TF 4C.142/2004 du 4.10.2004, consid. 2.1 ; 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.2.

[1802] Comp. BSK ZPO-VOCK/NATER, art. 40 N 2 ; ZPO Komm-Schulthess-RÜETSCHI, art. 40 N 8. *Contra*, apparemment : CPC-HALDY, art. 40 N 2 ; BK ZPO I-EMCH, art. 40 N 8 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 461 ; JENNY 2012, N 878.

[1803] RO 2012 6679.

[1804] BK ZPO I-EMCH, art. 40 N 8 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 461 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 482 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 57.

[1805] BÄRTSCHI 2014, p. 76 ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 461.

rattachement au domicile ou au siège du défendeur (c'est-à-dire l'organe de gestion attaqué en responsabilité) [1806].

Le choix entre les différents fors offerts par l'art. 40 CPC peut avoir son importance lorsque le demandeur, dans le cadre d'une action échelonnée improprement dite, cherche à éviter les cantons ayant institué une juridiction commerciale. Il peut en effet être avantageux d'introduire l'action en responsabilité par une requête de conciliation et de demander sa suspension à ce stade, en attendant les résultats d'un contrôle spécial [1807]. 775

2.2.2. Cumul subjectif

Selon l'art. 15 al. 1 CPC, 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. Ce cumul subjectif des actions suppose au moins une consorité passive simple, soit que la responsabilité invoquée envers les différents défendeurs repose sur des faits ou des fondements juridiques semblables (art. 71 al. 1 CPC) [1808]. 776

La règle de l'art. 15 al. 1 CPC n'est pas modifiée par l'art. 759 al. 2 CO, qui dispose que « le demandeur peut actionner plusieurs responsables [...] au cours de la même procédure » [1809]. Cette disposition permet au demandeur d'invoquer dans un premier temps un dommage total, sans devoir distinguer la contribution de chaque défendeur à celui-ci [1810]. Selon OLIVER HABLÜTZEL, l'art. 15 CPC ne permet pas d'attraire plusieurs défendeurs au for du domicile de l'un d'eux lorsque les prétentions reposent sur des dommages distincts et des manquements indépendants [1811] ; en termes de procédure, cela revient à n'admettre l'attraction de compétence qu'en cas de consorité simple matérielle (soit une action fondée sur les mêmes fondements en fait et en droit) [1812]. Cette interprétation n'est pas conciliable avec la définition souple de la consorité simple retenue à l'art. 71 al. 1 CPC, qui exige uniquement des faits *ou* des fondements juridiques *semblables* [1813]. Dès lors, rien n'interdit d'agir en responsabilité au même for contre des organes ayant causé des dommages distincts. 777

[1806] ZPO Komm-Schulthess-RÜETSCHI, art. 40 N 12. Le for de la succursale pourrait entrer en ligne de compte en cas d'action dirigée contre une société organe de fait.

[1807] Voir les N 416 ss *supra*.

[1808] L'application de l'art. 15 al. 1 CPC implique également la compétence matérielle du tribunal saisi pour connaître de toutes les prétentions invoquées (ATF 138 III 471, consid. 5.1, SJ 2012 I 447 ; DASSER/ROTH 2014, p. 258). Sur la consorité passive simple dans le contexte de l'action en responsabilité, voir les N 949 ss *infra*.

[1809] HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 435.

[1810] Voir à ce sujet les N 1045 ss *infra*.

[1811] HABLÜTZEL 2009, p. 263 ; voir ég. GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 482.

[1812] Comp. BOHNET 2014a, N 442.

[1813] BOHNET 2014a, N 443 ; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, art. 71 N 9 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 7. Comp. Message CPC, p. 6895.

Dans la mesure où l'art. 71 al. 1 CPC exige des fondements juridiques semblables, il est même possible de cumuler des prétentions fondées sur les art. 754 et 41 CO. Ces cas relèvent de la *consorité simple formelle*[1814].

2.2.3. Cumul objectif et concours d'actions

778 Il faut distinguer ici le cumul d'actions, qui désigne l'invocation de plusieurs prétentions connexes contre le même défendeur (art. 15 al. 2 CPC) du concours d'actions (ou cumul objectif), qui désigne l'invocation d'une prétention reposant sur plusieurs fondements [1815]. Les deux cas de figure sont envisageables dans le contexte de la responsabilité des organes de gestion : un actionnaire pourrait p. ex. agir à la fois pour son propre dommage et celui de la société (cumul d'actions) ou fonder une action pour son propre dommage alternativement sur les art. 41 et 754 al. 1 CO (concours d'actions) [1816].

779 En matière de cumul objectif, l'art. 15 al. 2 CPC n'autorise l'invocation de prétentions différentes devant le tribunal compétent pour l'une d'elles que si elles sont connexes. Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 59 aCst., il suffisait pour cela que les prétentions reposent sur une base factuelle ou juridique identique [1817]. Cette jurisprudence n'a pas été confirmée, ni infirmée par le Tribunal fédéral après l'entrée en vigueur de la LFors, puis du CPC [1818]. L'art. 28 ch. 3 CL, auquel se réfère la doctrine pour interpréter la notion de connexité [1819], offre une définition plus étroite, puisqu'il considère comme connexes « les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Quelle que soit l'interprétation qui prévaut, le cumul d'une action pour le dommage de l'actionnaire et de celle pour le dommage de la société devrait surtout être admissible lorsque les deux prétentions reposent sur le même manquement (p. ex. une manipulation de la comptabilité).

780 Lorsqu'une même prétention peut être fondée à la fois sur l'art. 41 CO et l'art. 754 CO, il faut se demander s'il convient d'appliquer l'art. 36 CPC ou l'art. 40 CPC. La doctrine traite la question du concours d'actions principalement sous l'angle de la concurrence entre une

[1814] Comp. les exemples chez BOHNET 2014a, N 443. Celle-ci ne devrait cependant être admissible que si le traitement des prétentions dans une même procédure se justifie en regard du principe de l'économie de procédure *(« Zweckmässigkeit »)* : BK ZPO I-GROSS/ZUBER, art. 71 N 9 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 15 ; ZPO Komm-Schulthess-E. STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 71 N 7.

[1815] BOHNET 2014a, N 265 ss.

[1816] Le concours entre l'art. 41 CO et l'art. 754 al. 1 CO n'est pas exclu, voir N 160 *supra*.

[1817] ATF 93 I 549, consid. 2.

[1818] Question laissée indécise *in* ATF 129 III 230, consid. 3.1, JdT 2003 I 643.

[1819] BK ZPO I-GÜNGERICH/WALPEN, art. 15 N 20 ; BSK ZPO-WEBER, art. 15 N 18.

prétention délictuelle et une prétention contractuelle [1820] ; la situation qui nous occupe est différente, puisque la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires, qu'elle soit fondée sur le droit de la société anonyme ou sur le reste de l'ordre juridique, est de nature délictuelle. Lorsque le demandeur a été lésé en sa qualité d'actionnaire – p. ex. parce qu'il a acquis des actions surévaluées –, deux aspects parlent selon nous en faveur d'une application du for spécial de l'art. 40 CPC, à l'exclusion de l'art. 36 CPC. Premièrement, dans ce cas, l'acte illicite n'est pas le fruit d'une rencontre fortuite, mais découle de la position d'« associé » de l'actionnaire [1821] ; la prétention fondée sur l'art. 41 CO sera généralement « accessoire » par rapport à la prétention fondée sur l'art. 754 al. 1 CO [1822]. Deuxièmement, l'application unique de l'art. 40 CPC correspond à la volonté d'harmoniser les conditions procédurales de l'action au titre du dommage de l'actionnaire ou du créancier [1823].

2.2.4. For conventionnel et clause compromissoire

a) Principe

Le for prévu à l'art. 40 CPC est dispositif (art. 9 al. 1 CPC). Une prorogation de for est dès lors admissible [1824]. Sauf disposition contraire, le for conventionnel est exclusif (art. 17 al. 1 i. f. CPC). Les actions en responsabilité des organes de gestion sont également arbitrables au sens de l'art. 354 CPC [1825]. 781

Pour être valables, la prorogation de for de même que la clause compromissoire nécessitent un accord des parties sur les aspects essentiels de la renonciation au for légal ou aux tribunaux civils et le respect de la forme écrite ou l'emploi de tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte (art. 17 al. 2 CPC ; art. 358 CPC). 782

b) Opposabilité de clauses statutaires de prorogation de for ou compromissoires ?

Les clauses de prorogation de for ou compromissoires contenues dans les statuts de la 783

[1820] Pour une préséance du for contractuel : BK ZPO I-HEMPEL, art. 36 N 16 ; pour le libre choix du for : ZPO Komm-Schulthess-CHEVALIER/HEDINGER, art. 36 N 15 ; CPC-HALDY, art. 36 N 5 ; pour une détermination du for en fonction de l'aspect prépondérant de la prétention : DIETSCHY 2010, N 107. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la controverse (ATF 137 III 311, consid. 5.2.1).

[1821] Comp. TF 4A_580/2013 du 26 juin 2014, consid. 4.4 ; BSK ZPO-HEMPEL, art. 36 N 16.

[1822] Comp. ATF 137 III 311, consid. 5.2.2 ; DIETSCHY 2010, N 107.

[1823] TF 4C.298/2000 du 21 décembre 2000, consid. 3 ; confirmé *in* TF 4C.142/2004 du 4.10.2004, consid. 2.1 ; 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.2. Voir ég. N 773 *supra*.

[1824] BSK ZPO-VOCK/NATER, art. 40 N 10.

[1825] Voir TF 4A_446/2009, consid. 2.2 non publié *in* ATF 136 III 107.

société sont incontestablement admissibles [1826]. En revanche, leur opposabilité aux différents acteurs sociaux est controversée.

784 La société elle-même est bien entendu liée par une clause statutaire de prorogation de for ou compromissoire. Si elle souhaite déroger au for légal ou renoncer aux tribunaux civils, une modification statutaire se recommande d'ailleurs, puisque ce type d'accord relève de la compétence de l'assemblée générale et non du conseil d'administration [1827]. Dans le cas concret, il s'agira cependant de vérifier si la clause compromissoire ou de prorogation de for vise également les actions en responsabilité [1828]. Une formulation large telle que « tous les litiges qui découlent des rapports sociaux » [1829] est suffisante dans la mesure où elle inclut de manière reconnaissable les demandes dirigées contre les organes de gestion et fondées sur les art. 752 ss CO [1830].

785 L'opposabilité de clauses statutaires de prorogation de for ou compromissoires à l'actionnaire dépend de leur nature. En accord avec la doctrine majoritaire, nous partons du principe que la soumission à l'arbitrage et la prorogation de for restent des accords contractuels ; leur inscription dans les statuts ne permet pas de les rendre opposables *ex lege* à tous les actionnaires [1831]. Pour que l'actionnaire individuel soit soumis à une telle clause, il faut donc que les conditions prévues à l'art. 17 al. 2, respectivement 358 CPC soient remplies. Il est dès lors nécessaire qu'il émette une déclaration de volonté écrite, qui contient au moins un renvoi explicite aux statuts de la société [1832]. Ce renvoi peut p. ex. être contenu dans le bulletin de souscription [1833]. La jurisprudence admet cependant que l'acquéreur secondaire d'une action succède aux droits et devoirs du souscripteur et qu'il se soumet ainsi aux statuts, y compris la clause de prorogation de for, sans qu'un renvoi à ceux-ci soit nécessaire dans

[1826] BSK ZPO-VOCK/NATER, art. 40 N 10 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 117.

[1827] BÜCHLER/VON DER CRONE 2009, p. 265 ; JENNY 2012, N 886 ; le pouvoir de disposer des litiges internes à la société échappe aux attributions du conseil d'administration.

[1828] BÄRTSCHI 2014, p. 79.

[1829] Voir art. 47 des statuts d'UBS SA, dans leur version du 7 mai 2015, disponibles sur www.ubs.com (dernière visite le 21 septembre 2016).

[1830] Voir GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 484. En général sur les exigences relatives à la désignation de l'objet du litige dans les clauses de prorogation de for : BK ZPO I-BERGER, art. 17 N 28.

[1831] BK ZPO III-PFISTERER, art. 357 N 38 ; ZPO Komm-Schulthess-RÜETSCHI, art. 40 N 14 ; BÜCHLER/VON DER CRONE 2009, p. 262 ; MAUERHOFER 2011, p. 26 ; RÜETSCHI 2012, p. 233. Voir ég. BK ZPO I-BERGER, art. 17 N 31, qui s'engage cependant pour une réglementation plus souple *de lege ferenda*. *Contra* : BSK IPRG-GRÄNICHER, art. 178 N 69 ; BSK ZPO-GIRSBERGER, art. 357 N 10.

[1832] BK ZPO I-BERGER, art. 17 N 31 ; BK ZPO III-PFISTERER, art. 358 N 17 ; ZPO Komm-Schulthess-RÜETSCHI, art. 40 N 14 ; BSK ZPO-VOCK/NATER, art. 40 N 10 ; BÜCHLER/VON DER CRONE 2009, p. 265 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 482. Comp. TF 4P.113/2001 du 11 septembre 2001, consid. 3c/cc (copropriété). Une clause arbitrale conclue par la société peut exceptionnellement être opposable à l'actionnaire en cas de *Durchgriff* (TF 4A_160/2009, consid. 4.3.1).

[1833] BÄRTSCHI 2014, p. 79.

l'acte de cession [1834].

Toutefois, lorsque l'actionnaire agit au titre du dommage subi par la société (art. 756 al. 1 CO), une clause statutaire de prorogation de for ou compromissoire lui sera opposable sans consentement formel de sa part [1835]. Dans la mesure où il agit sur la base du droit d'autrui [1836], l'actionnaire doit en principe se laisser opposer les défenses que le dirigeant a envers la société [1837]. 786

Puisque les clauses de prorogation de for et d'arbitrage sont des accords contractuels, elles ne lient l'administrateur individuel que s'il s'y est soumis dans les formes prévues à l'art. 17 al. 2, respectivement 358 CPC [1838]. En cas de clause statutaire, il faut que l'intéressé ait émis une déclaration de volonté se référant explicitement aux statuts ; ce renvoi peut ainsi être inscrit dans le contrat de mandat ou de travail liant l'administrateur à la société [1839]. Lorsque le litige est fondé sur le dommage de l'actionnaire, il faut déterminer si aussi bien l'actionnaire que le dirigeant sont soumis à une clause de prorogation de for ou compromissoire ; tel ne sera pas nécessairement le cas si celle-ci est contenue dans un contrat passé entre l'actionnaire et la société, l'organe de gestion n'étant pas partie à cet accord [1840]. 787

c) Révision en cours

L'art. 697 al. 1 AP-CO 2014 règle explicitement la question de l'opposabilité de clauses compromissoires statutaires. Selon cette disposition, les statuts peuvent prévoir que les litiges relevant du droit des sociétés seront tranchés par un tribunal arbitral et rendre cette clause contraignante pour l'ensemble des actionnaires, la société et les organes. Selon le Conseil fédéral, cet assouplissement est positif en raison de l'efficacité des tribunaux arbitraux en matière de litiges commerciaux [1841]. La protection des actionnaires minoritaires contre cette renonciation aux tribunaux étatiques serait garantie par le fait que la décision d'introduire 788

[1834] TF 4A_492/2015 du 25 février 2016, consid. 3.4.3 ; voir ég. BK ZPO III-PFISTERER, art. 358 N 17 ; BSK ZPO-GIRSBERGER, art. 357 N 30a.

[1835] JENNY 2012, N 895 ; BÜCHLER/VON DER CRONE 2009, p. 265. *Contra*, apparemment : GARBARSKI 2006, p. 265.

[1836] ATF 132 III 342, consid. 4.3, JdT 2007 I 51. La nature juridique de l'action oblique est controversée, voir en détail les N 848 ss *infra*.

[1837] Voir N 1043 *infra*. Comp. en matière de cession de prétentions de la masse en faillite à un créancier (art. 260 LP), qui fonde également une forme de *Prozessstandschaft*, l'ATF 136 III 107, consid. 2.5, JdT 2010 I 122, et les réf. citées. Un créancier s'étant fait céder une prétention en responsabilité de la société faillie (art. 260 LP) n'est toutefois pas lié par une clause statutaire d'arbitrage, puisqu'il invoque non pas la prétention de la société, mais celle de la communauté des créanciers (*Ablösungstheorie* ; *idem*, consid. 2.5.1 ; voir ég. l'arrêt de principe ATF 117 II 432, consid. 1, JdT 1993 I 72).

[1838] DASSER/ROTH 2014, p. 270 s. ; JENNY 2012, N 882 ; MAUERHOFER 2011, p. 26.

[1839] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 484 s.

[1840] JENNY 2012, N 889.

[1841] Rapport 2014, p. 113. Voir cependant la critique dans la prise de position de l'Université de Zurich, p. 21 (p. 22 du document rassemblant les prises de position des Universités).

une clause d'arbitrage statutaire devra être prise à la majorité qualifiée (art. 704 al. 1 ch. 13 AP-CO 2014) [1842].

789 Dans la mesure où la plupart des actions en responsabilité hors faillite concernent le dommage de la société, litiges pour lesquels les clauses compromissoires statutaires sont opposables aussi bien à la société qu'aux actionnaires, cette précision n'apporte pas de grands changements pour la thématique qui nous occupe. Il nous semble cependant discutable que les actionnaires agissant pour leur propre dommage puissent être privés de l'accès aux juridictions étatiques sans leur consentement, sur la base d'une disposition statutaire. En toute hypothèse, afin d'harmoniser la réglementation, il serait sans doute opportun de régler dans la même disposition les clauses statutaires de prorogation de for [1843].

3. Compétence internationale

790 La compétence des tribunaux en matière internationale est en principe réglée par la LDIP (art. 1 let. a LDIP et art. 2 CPC), sous réserve des conventions internationales (art. 1 al. 2 LDIP). En matière civile et commerciale, il faut en particulier veiller à l'application de la Convention de Lugano.

3.1. LDIP

791 En matière de responsabilité des organes, les art. 151 al. 1 et 2 LDIP fondent un for alternatif au lieu du siège de la société ou au lieu du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur pour l'action en responsabilité [1844]. Le for du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur est ouvert indépendamment du fait que la société a son siège en Suisse ou à l'étranger [1845].

792 L'art. 151 al. 3 LDIP prévoit un for spécial au lieu d'émission publique lorsque l'action en responsabilité est intentée pour cause d'émission de titres ; cette norme s'appliquera en particulier en cas d'action fondée sur l'art. 752 CO.

793 En matière d'actes illicites, l'art. 129 al. 1 LDIP institue un for au domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur, ainsi qu'au lieu de l'acte ou de son

[1842] Rapport 2014, p. 114.
[1843] GRAF 2013, p. 733.
[1844] Le droit applicable à l'action en responsabilité obéit au critère de la *lex societatis* (art. 154 et 155 let. g LDIP) ; voir TF 4A_ 15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 2 ; 4A_248/2009 du 27 octobre 2009, consid. 3.
[1845] TF 4A_36/2016 du 14 avril 2016, qui désavoue ainsi l'opinion divergente *in* BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA, art. 151 N 8.

résultat. Le siège de la société pourra régulièrement être considéré comme le lieu de l'acte générateur de responsabilité.

3.1.1. Consorité passive

l'art. 8*a* al. 1 LDIP prévoit que lorsque l'action est intentée contre des consorts pouvant être poursuivis en Suisse en vertu de la LDIP, le tribunal suisse compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard des autres. Cette disposition n'est applicable qu'en cas de connexité matérielle entre les prétentions invoquées à l'égard des défendeurs [1846]. L'art. 8*a* LDIP ne permet pas d'attraire un défendeur pour lequel il n'existe pas de for en Suisse [1847] ; le but de cette disposition n'est pas de créer une compétence des tribunaux suisses, mais simplement d'offrir un for unique lorsqu'une compétence interne est donnée pour chaque défendeur [1848]. Lorsque la société a son siège en Suisse et que l'action est fondée sur le droit des sociétés, il devrait en principe exister un for en Suisse (art. 151 al. 1 LDIP). En cas d'action fondée sur un acte illicite, il faudra se demander si le siège social correspond au lieu de commission ou de résultat de l'acte (art. 129 al. 1 LDIP). 794

3.1.2. Élection de for

L'élection de for est réglée à l'art. 5 LDIP. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, les parties peuvent, en matière patrimoniale, convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte (art. 5 al. 1 i. m. LDIP). Cette disposition peut trouver application en matière de responsabilité des organes puisqu'il s'agit d'une matière patrimoniale. Elle a cependant une portée faible en pratique en Suisse dans la mesure où l'art. 23 CL s'applique dès qu'une partie est sise ou domiciliée dans un État contractant ; nous renvoyons donc aux développements y relatifs [1849]. 795

3.1.3. Clause compromissoire

Selon l'art. 177 al. 1 LDIP, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Celui-ci est international au sens des art. 176 ss LDIP lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait au moment de la conclusion 796

[1846] CR DIP/CL-BUCHER, art. 8*a* LDIP N 4 ; DASSER/ROTH 2014, p. 268.
[1847] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 484.
[1848] CR DIP/CL-BUCHER, art. 8*a* LDIP N 1.
[1849] N 801 s. *infra*.

de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse (art. 176 al. 1 LDIP) [1850] . L'action en responsabilité dirigée contre des administrateurs étant clairement de nature patrimoniale, elle est arbitrable [1851]. Comme en matière interne, la convention d'arbitrage doit être passée par écrit ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Nous renvoyons à cet égard aux développements ci-dessus [1852].

3.2. Convention de Lugano du 30 octobre 2007

3.2.1. Règles générales

797 En tant que matière civile ou commerciale au sens de l'art. 1 CL, la responsabilité des dirigeants hors faillite tombe dans le champ d'application matériel de cette convention [1853]. La CL ne contient pas de disposition spéciale pour les actions en responsabilité du droit de la SA, en particulier pas de for exclusif (art. 22 CL) ; ce sont donc les dispositions générales qui s'appliquent [1854].

798 En plus du for général du domicile du défendeur, prévu à l'art. 2 CL, deux fors spéciaux entrent en ligne de compte, selon la qualification donnée à la responsabilité des administrateurs : le for en matière contractuelle prévu à l'art. 5 par. 1 let. a CL et le for de l'acte illicite, prévu à l'art. 5 par. 3 CL. Si la responsabilité des organes de gestion est qualifiée de contractuelle, l'art. 5 par. 1 CL prévoit un for au lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande. Si elle considérée comme délictuelle, c'est l'art. 5 par. 3 CL qui s'appliquera. Le cas échéant, le responsable pourra être attrait devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire [1855]. Le lieu où le fait dommageable s'est produit vise aussi bien le lieu du fait générateur de responsabilité que celui où le dommage est survenu [1856]. La CL ne prévoit pas explicitement de for au lieu du siège de la société [1857].

799 La question de la qualification de l'action en responsabilité au titre du dommage de la société ou de l'actionnaire n'a pas directement été tranchée par la jurisprudence suisse.

[1850] Seul le moment de la conclusion de la convention est déterminant (CR DIP/CL-BUCHER, art. 176 LDIP N 22 ; BSK IPRG-PFIFFNER/HOCHSTRASSER, art. 176 N 36).

[1851] Explicitement : BSK IPRG-MABILLARD/BRINER, art. 177 N 9. Sur la notion de litige de nature patrimoniale : ATF 118 II 353, consid. 3b, JdT 1994 I 125.

[1852] N 781 ss *supra*.

[1853] DASSER/ROTH 2014, p. 259.

[1854] REITER 2003, p. 171 ; DASSER/ROTH 2014, p. 260. Le for des travailleurs (art. 18 CL), qui déroge les art. 2, 5 par. 1 et 6 par. 1 CL, pourrait s'appliquer aux membres de la direction d'une société, mais pas à leurs administrateurs (*idem*, p. 261).

[1855] VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 55.

[1856] TF 4C.343/2009 du 3 février 2000, consid. 2b avec réf. à l'ATF 125 III 346, consid. 4a et 4c/aa, JdT 2001 I 67.

[1857] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 483.

Les notions de matière contractuelle et de matière délictuelle doivent être interprétées de manière autonome dans le cadre de la CL [1858]. Le litige est contractuel si la responsabilité du débiteur repose sur un engagement librement assumé d'une partie envers l'autre [1859] ; si cette condition n'est pas remplie et que la responsabilité du débiteur est mise en cause, le litige est délictuel ou quasi-délictuel [1860]. Lorsque le dommage invoqué est celui de la société, il faut à notre avis partir du principe que le for applicable est celui de la responsabilité contractuelle. En effet, la relation entre l'administrateur et la société doit être qualifiée d'obligation assumée volontairement, puisque l'élection au conseil d'administration est soumise à l'acceptation de la personne choisie par l'assemblée générale [1861]. Le for déterminant serait alors celui du lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande (art. 5 par. 1 CL). Dans le cas d'une décision de gestion, il s'agira du lieu où le conseil d'administration s'est réuni lorsqu'il a pris la décision dommageable [1862]. Celui-ci correspondra ainsi souvent au siège de la société.

Pour qualifier l'action de l'actionnaire pour son propre dommage, nous pouvons nous référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'action d'un créancier au titre du dommage direct : dans ce cas, il retient que c'est l'art. 5 par. 3 CL qui s'applique, faute de lien contractuel entre les parties [1863]. Cette jurisprudence doit également valoir pour l'action de l'actionnaire au titre de son propre dommage, puisque son investissement le lie à la société et non à l'administrateur individuel [1864]. Le lieu déterminant sera alors celui où l'acte illicite a été commis ou celui où s'est produit son résultat [1865]. 800

3.2.2. Élection de for

L'art. 23 par. 1 CL prévoit qu'une élection de for est valable dès lors qu'une des deux parties au contrat est domiciliée dans un État contractant (il ne doit pas nécessairement s'agir 801

[1858] ATF 122 III 43, consid. 3b, JdT 1996 I 374 ; CR DIP/CL-BONOMI, art. 5 CL N 16 et 111 ; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, art. 5 CL N 61.

[1859] CJCE du 17 juin 1992, C-26/91, *Henkel*, Rec. 1992 I 3967, N 15 ; CR DIP/CL-BONOMI, art. 5 CL N 16.

[1860] CR DIP/CL-BONOMI, art. 5 CL N 113.

[1861] Sceptiques, en raison du fait que la responsabilité des organes repose sur la loi : DASSER/ROTH 2014, p. 462. La CJCE retient que la relation entre les organes de gestion et la société est contractuelle (arrêt du 10 mars 1992, C-214/89, *Powell Duffryn*, Rec. 1992 I 1745, N 16) ; voir ég. ZR 1997 nº 103, consid. III.2c ; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, art. 5 CL N 77.

[1862] DASSER/ROTH 2014, p. 263.

[1863] TF 4C.343/1999 du 3 février 2000, consid. 2b ; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, art. 5 CL N 95, 479. Voir ég. CJUE du 18 juillet 2013, C-147/12, *ÖFAB*, N 36 ss pour une action dirigée contre l'administrateur par des créanciers suite à l'insolvabilité de la société.

[1864] Comp. TF 4C.343/1999 du 3 février 2000, consid. 2b. Dans le même sens, DASSER/ROTH 2014, p. 262 ; CR DIP/CL-BONOMI, art. 5 CL N 16 ; la relation en question n'est pas celle qui lie l'actionnaire à la société, qui est, elle, soumise au for contractuel (*idem*, N 18).

[1865] Au sujet du lieu du résultat de l'acte dommageable, voir DASSER/ROTH 2014, p. 264.

du défendeur). Cette compétence est exclusive, à moins que les parties n'en conviennent autrement (art. 23 par. 1, 2e phr. CL).

802 Les conditions formelles sont moins strictes dans le contexte de l'art. 23 CL que selon le CPC [1866], la forme écrite n'étant pas nécessaire. Selon l'art. 23 par. 1 let. a CL, l'élection de for est conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite (let. a) ; ou sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles (let. b) ; ou dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée (let. c). Selon une jurisprudence de la Cour européenne de justice, les clauses de for statutaires sont opposables à tous les actionnaires [1867]. Il devrait en aller de même pour les organes [1868].

3.2.3. Consorité passive

803 Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, l'art. 6 par. 1 CL fonde un for alternatif au tribunal du domicile de l'un d'eux, « à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément. ». Pour que le lien de connexité décrit par cette disposition soit donné, il faut que les prétentions invoquées contre les différents défendeurs aient une base matérielle et juridique commune. Il n'est pas nécessaire que les motifs juridiques soient les mêmes : il peut y avoir connexité entre des prétentions délictuelles et contractuelles [1869]. La connexité devrait dès lors être donnée pour des administrateurs répondant solidairement selon l'art. 759 al. 1 CO [1870].

804 Combiné à l'art. 6 par. 1 CL, l'art. 718 al. 4 CO, qui prévoit que la société doit pouvoir être représentée par un membre du conseil d'administration ou un directeur domicilié en Suisse, garantit en principe l'existence d'un for en Suisse pour les litiges en responsabilité d'organes de sociétés suisses [1871]. La coordination des actions dirigées contre plusieurs défendeurs pourrait être problématique si seuls certains d'entre eux sont domiciliés dans un État partie à la Convention de Lugano ; en effet, l'art. 6 par. 1 CL ne permet pas d'attraire des personnes domiciliées dans un État non contractant et la LDIP ne prévoit pas d'attraction de for pour les défendeurs domiciliés à l'étranger [1872]. S'il devient nécessaire d'introduire deux demandes

[1866] Voir N 782 *supra*.
[1867] CJCE, arrêt du 10 mars 1992, C-214/89, *Powell Duffryn*, Rec. 1992 I 1745, N 16 ; BSK LugÜ-BERGER, art. 23 N 40.
[1868] DASSER/ROTH 2014, p. 271.
[1869] CR DIP/CL-BUCHER, art. 6 CL N 8 ; DASSER/ROTH 2014, p. 266.
[1870] Comp. DASSER/ROTH 2014, p. 266.
[1871] Comp. REITER 2003, p. 171 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 483.
[1872] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 484.

dans deux Etats différents, il serait toutefois possible de demander une suspension de la procédure dans l'État contractant à la CL dans la mesure où les demandes sont connexes (art. 28 par. 1 CL).

4. Litispendance

La litispendance a pour effet que la même cause opposant les mêmes parties ne peut pas être portée en justice devant une autre autorité (art. 64 al. 1 let. a CPC). Seul le premier tribunal saisi est compétent pour connaître de l'affaire. 805

On peut se demander dans quelle mesure l'introduction d'une demande en responsabilité par la société pourrait faire obstacle à une action oblique introduite par un actionnaire et inversement. En principe, puisque toutes les personnes habilitées à agir au titre du dommage de la société invoquent la même prétention, l'introduction de la demande par la société ou un autre actionnaire devrait empêcher les autres personnes habilitées à agir d'introduire une seconde demande. La litispendance leur est opposable, l'identité de parties au sens de l'art. 64 al. 1 let. a CPC étant donnée entre les personnes habilitées à agir pour le droit d'autrui [1873]. Dès lors, l'instance saisie en deuxième lieu devrait rendre une décision d'irrecevabilité (comp. art. 59 al. 2 let. d CPC) [1874]. Il resterait alors au demandeur débouté la possibilité d'intervenir dans la première procédure (art. 74 CPC) [1875]. Ce résultat se trouve cependant en conflit avec le but du droit d'agir appartenant à chaque actionnaire. Puisque l'introduction de l'instance empêche les autres titulaires du droit d'agir pour le dommage subi par la société de déposer une demande, la société ou des actionnaires proches des dirigeants pourraient rendre l'action pendante et ensuite disposer du litige de manière favorable aux dirigeants. Ce risque de conflit d'intérêts interdit à notre sens d'étendre les effets de la litispendance à tous les titulaires du droit d'agir [1876]. Le risque de jugements contradictoires, qui justifie 806

[1873] BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 70, 139 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 227a ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 485. *Contra*, dans le contexte de l'action des créanciers dans la faillite : BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 29 ainsi qu'apparemment GRAF 2013, p. 723. Lorsque plusieurs titulaires du droit d'invoquer en justice le dommage de la société agissent ensemble, ils forment ensemble une consorité nécessaire formelle, voir N 873 ss *infra*.

[1874] Pour une suspension de la seconde procédure (art. 126 CPC) dans l'attente d'une décision au fond du tribunal saisi en premier lieu : BK ZPO I-BERGER-STEINER, art. 64 N 17. FRANÇOIS BOHNET précise que l'absence de litispendance préexistante est une condition de recevabilité liée à l'instance ; dès lors, la seconde action peut à nouveau être introduite si le premier procès ne se solde pas par un jugement entré en force (ou un succédané de jugement) (CPC-BOHNET, art. 59 N 7, 45).

[1875] Voir à ce sujet le N 882 *infra*.

[1876] Dans le même sens, concernant l'action d'un actionnaire ou d'un créancier dans la faillite (art. 757 CO) : BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 29. La situation en matière d'action oblique présente des similarités avec l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO), qui peut être intentée par le conseil d'administration et chaque actionnaire. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral admet l'introduction de demandes parallèles (ATF 122 III 279, consid. 3c/bb, JdT 1998 I 605 ; *contra* : BOHNET 2009a, N 19). Il faut cependant relever qu'un jugement rendu dans une action en annulation ne déploie des effets *erga omnes*

l'irrecevabilité de demandes subséquentes entre les mêmes parties pour le même objet [1877], peut être écarté par une interprétation spécifique des règles sur le renvoi et la jonction de procédures [1878]. De la sorte, il est possible de tenir compte à la fois de la nécessité d'éviter les jugements contradictoires et du but du droit d'agir accordé à tous les actionnaires ; on relèvera par ailleurs que cette interprétation n'est pas exclue par le texte de l'art. 64 al. 1 let. a CPC, qui prévoit comme condition de la litispendance l'identité des « parties » [1879]. Les risques liés à une conduite abusive ou négligente de la procédure par un demandeur favorable aux défendeurs seront traités au chapitre consacré à l'issue du procès [1880].

807 L'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 prévoit à son art. 697*k* la possibilité pour une minorité qualifiée d'introduire une requête en autorisation d'agir aux frais de la société. On peut se demander si cette procédure emporte la litispendance de l'action en responsabilité. La réponse doit être négative puisque cette requête est dirigée contre la société et non le dirigeant incriminé (comp. art. 64 al. 1 let. a CPC) et où la procédure n'a pas le même objet que l'action en responsabilité [1881]. Cette interprétation est corroborée par l'art. 758 al. 2 i. f. AP-CO, qui prévoit que le délai de déchéance pour introduire l'action en responsabilité suite à l'octroi de la décharge est suspendu pendant la procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société. Cette précision ne serait pas nécessaire si la litispendance était déjà acquise par l'introduction de la requête fondée sur l'art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014.

5. Conclusion intermédiaire

808 En matière interne, la compétence des tribunaux à raison du lieu pour connaître de l'action en responsabilité des organes de gestion est réglée à l'art. 40 CPC. Nous estimons que cette disposition s'applique également à l'action d'un investisseur fondée sur l'art. 41 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance, pour autant qu'il ait été lésé dans sa qualité d'actionnaire. Le choix entre les différents fors offerts par l'art. 40 CPC n'est pas anodin dans la mesure où il peut être avantageux pour le demandeur d'éviter les cantons à juridiction commerciale. En effet, lorsque l'action est introduite devant les tribunaux ordinaires, elle commence par une requête de conciliation ; le demandeur peut, à ce stade, demander la suspension de la procédure à moindres frais en attendant les résultats d'un contrôle spécial.

809 Lorsque plusieurs défendeurs sont poursuivis, l'art. 15 al. 1 CPC permet d'agir contre tous devant le même tribunal, y compris s'ils ont causé des dommages distincts. L'art. 71 CPC, qui

que si la demande est admise (art. 706 al. 5 CO et arrêt précité, consid. 3c/bb).

[1877] Comp. CPC-BOHNET, art. 59 N 48.

[1878] Voir les N 873 *infra*.

[1879] Dans ce sens, EGGMANN 1997, p. 56.

[1880] N 1348 ss *infra*.

[1881] Comp. ATF 110 II 387 en matière d'action en annulation des décisions de l'assemblée générale.

définit la consorité simple, exige en effet uniquement l'existence de faits *ou* de fondements juridiques *semblables*.

Les clauses statutaires d'élection de for et compromissoires sont opposables à la société ; pour lier les actionnaires et les administrateurs, il faut que ceux-ci s'y soient soumis dans les formes prévues à l'art. 17 al. 2, respectivement 358 CPC. Cependant, lorsque l'actionnaire agit au titre du dommage de la société, il n'invoque pas sur une prétention propre, mais celle de la société ; il est alors lié par les clauses statutaires même s'il n'y pas personnellement consenti. L'art. 697 al. 1 AP-CO 2014 prévoit la possibilité de soumettre la société, l'ensemble des actionnaires et les organes à une clause arbitrale incluse dans les statuts. L'opportunité d'une telle disposition nous semble discutable. En toute hypothèse, il serait avantageux de régler en même temps l'opposabilité des clauses statutaires de prorogation de for. 810

En matière internationale, les art. 151 al. 1 et 2 LDIP fondent un for alternatif au lieu du siège de la société ou au lieu du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur pour l'action en responsabilité. Lorsque le litige est soumis à la CL, le for applicable dépend de la qualification du litige. Pour les actions fondées sur le dommage de la société, nous considérons qu'il s'agit d'une matière contractuelle au sens de l'art. 5 par. 1 let. a CL ; en cas d'action fondée sur le dommage de l'actionnaire, la responsabilité est délictuelle et la compétence obéit à l'art. 5 par. 3 CL. La prorogation de for est soumise à l'art. 23 CL, qui admet qu'elle puisse être conclue par écrit ou verbalement avec confirmations écrite. Dans le contexte de la CL, les clauses statutaires de prorogation de for sont opposables à tous les actionnaires, ainsi qu'aux organes de gestion. 811

L'actionnaire qui fait valoir le dommage de la société est titulaire d'un droit d'invoquer en son nom la prétention de la société, pas d'une prétention autonome. En principe, les règles relatives à la litispendance devraient empêcher l'introduction d'une nouvelle action en responsabilité par la société ou un actionnaire si un litige relatif au dommage social est déjà pendant (art. 59 al. 2 let. d en relation avec l'art. 64 al. 1 let. a CPC). Cette situation est problématique en raison des potentiels conflits d'intérêts pouvant survenir lorsque l'action est intentée par la société ou des actionnaires proches des dirigeants. En raison de ce risque, il convient de ne pas étendre les effets de la litispendance aux autres titulaires du droit d'action. Les décisions contradictoires peuvent être évitées par une interprétation spécifique des règles sur le renvoi et la jonction de procédures [1882] ainsi qu'une application correcte des principes relatifs à l'issue du litige [1883]. 812

L'art. 697*k* AP-CO 2014 prévoit une procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société, préalable à l'introduction d'une action en responsabilité oblique. Le dépôt de la requête y relative n'emporte pas la litispendance de l'action en responsabilité. 813

[1882] Voir N 873 *infra*.
[1883] Voir les N 1348 ss *infra*.

Chapitre 15

Qualité pour agir

1. Introduction

La qualité pour agir désigne la titularité active du droit d'obtenir un jugement au fond [1884]. En principe, elle appartient à celui qui se prétend titulaire du droit invoqué dans la demande [1885]. Cette notion doit dès lors être distinguée de la légitimation active, qui désigne la titularité effective sur le droit substantiel en jeu [1886]. La conséquence du défaut de qualité pour agir est l'irrecevabilité de la demande, celle du défaut de légitimation active est le rejet de celle-ci [1887]. Dans le contexte de la responsabilité des organes de gestion, cette thématique soulève des questions relevant à la fois du droit matériel et du droit de procédure. 814

Du point de vue du droit des sociétés, l'enjeu est de déterminer quel est l'organe compétent pour décider d'engager la société dans un procès ainsi que les obstacles à la mise en œuvre que peuvent constituer ces règles de compétence. L'action en responsabilité au titre du dommage social présente également une particularité sous l'angle du droit formel, puisque l'art. 756 al. 1 CO permet à l'actionnaire individuel d'introduire une action en responsabilité tendant au paiement à la société (action *oblique dérivée*). Il s'agit là d'une entorse au principe voulant que seul le lésé immédiat ait qualité pour agir en responsabilité [1888]. La nature 815

[1884] BOHNET 2014a, N 390 ; les auteurs de langue allemande définissent la *Prozessführungsbefugnis* comme le droit de mener un procès sur une prétention litigieuse (ZPO Komm-Schulthess-ZÜRCHER, art. 59 N 67 ; BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 60 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 13 N 24 ; HABSCHEID 1990, N 276). En tant qu'élément du droit d'action, la qualité pour agir incorpore non seulement le droit de mener le procès en son nom, mais aussi celui « d'obtenir que le juge tranche un litige » (BOHNET 2009b, p. 200).

[1885] CPC-BOHNET, art. 59 N 95 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 13 N 24 ; JEANDIN 2003, p. 14 ; HABSCHEID 1981, p. 188.

[1886] CPC-BOHNET, art. 59 N 94. Distinction réfutée par GULDENER 1979, p. 194

[1887] CPC-BOHNET, art. 59 N 94 ; ZPO Komm-Schulthess-ZÜRCHER, art. 59 N 69 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 13 N 24 ; KLOPFER 2016, p. 29 ; HABSCHEID 1990, N 277 ; HABSCHEID 1981, p. 188 s. Le Tribunal fédéral tend à confondre les deux notions, voir p. ex. TF 4A_671/2014 du 6 mai 2015, consid. 1.5.2 : « la qualité pour agir, qui est une question de droit matériel, ne saurait entraîner l'irrecevabilité de la demande ».

[1888] ATF 131 III 306, consid. 3.1.1, JdT 2006 I 56.

juridique de cette action est controversée et devra être déterminée ; elle influence différents aspects de la procédure, tels que la compétence, la litispendance, le régime des exceptions et l'opposabilité des transactions.

816 La qualité de l'actionnaire pour agir au titre de son propre dommage se distingue de l'action oblique en plusieurs aspects, qu'il faudra exposer. Dans la mesure où un dommage direct peut régulièrement être subi par un grand nombre d'investisseurs, il faudra évoquer dans ce contexte les moyens d'action collective à disposition des investisseurs lésés et les efforts de réforme entrepris ou à venir. Ceux-ci doivent doivent tendre vers la réduction des coûts liés à l'invocation d'une prétention, mais aussi à la délimitation claire du cercle des personnes qualifiées à agir au titre d'une responsabilité en raison d'informations inexactes ou trompeuses.

817 Nous commencerons par développer la thématique de la qualité pour agir au titre du dommage de la société. Nous distinguerons deux situations : celle où l'action est intentée par la société (N 819 ss *infra*) et celle où elle est introduite par un ou plusieurs actionnaires (N 841 ss *infra*). Nous nous intéresserons ensuite à l'action de l'actionnaire au titre de son propre dommage (N 887 *infra*). Nous présenterons tout d'abord les questions de qualité pour agir en fonction des différentes bases légales envisageables, puis nous évoquerons les différents moyens d'action collective à disposition lorsqu'un grand nombre d'actionnaires a été lésé (N 891 ss *infra*).

2. Qualité pour agir au titre du dommage de la société

818 La qualité pour agir en réparation au titre du dommage de la société appartient à la société et à chaque actionnaire (art. 756 al. 1 CO). La recevabilité de l'action en responsabilité ne dépend pas de l'épuisement d'autres moyens d'action à disposition de la société, p. ex. l'action en restitution (art. 678 CO). Comme exposé ci-dessus, le Tribunal fédéral a rejeté à juste titre la thèse de la subsidiarité de l'action en responsabilité [1889].

2.1. Action de la société

819 L'art. 756 al. 1 CO dispose que la société peut agir pour le dommage qui lui a été causé. La décision d'introduire une telle action fait partie des attributions du conseil d'administration (art. 716 CO) [1890]. Elle est intransmissible [1891]. Elle n'est en revanche pas inaliénable : la

[1889] ATF 140 III 533, consid. 3.2.3. Voir N 307 *supra*.

[1890] BÖCKLI 2009, § 18 N 224 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 64 ; HANDSCHIN 2005, p. 239 ; GLANZMANN 2000, p. 170.

[1891] FORSTMOSER 2011, § 8 N 129.

décision d'agir en responsabilité peut également être prise par l'assemblée générale (voir l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO). La compétence de l'assemblée générale n'est pas subsidiaire à celle du conseil d'administration ; il faut au contraire partir du principe que l'assemblée générale, en tant qu'organe suprême de la société (art. 698 al. 1 CO) peut déroger une décision prise par le conseil d'administration [1892]. Selon une jurisprudence relativement ancienne, la prétention en responsabilité de la société est cessible selon les modalités des articles 164 ss CO [1893].

2.1.1. Prise de décision par le conseil d'administration

a) Nature de la décision du conseil d'administration d'agir en responsabilité

La décision d'intenter action en contre des organes de gestion relève des compétences du conseil d'administration [1894]. Elle est prise à la majorité des voix émises (art. 713 al. 1 CO). 820

La doctrine semble généralement partir du principe que la décision d'agir en responsabilité contre des organes relève de la gestion de l'entreprise (art. 716 al. 2 CO) [1895]. Le conseil d'administration disposerait dès lors d'un certain pouvoir d'appréciation au moment de déterminer s'il faut poursuivre ou non un organe de gestion. Conformément aux critères énoncés par la jurisprudence, cette décision devrait être prise sur la base d'informations suffisantes, dans le respect des règles décisionnelles et sans le concours des personnes visées par l'éventuelle action en responsabilité [1896]. À notre avis, cette qualification est toutefois discutable, pour les raisons qui suivent. 821

Nous avons défini plus haut la décision de gestion comme une décision impliquant l'exercice d'un pouvoir d'appréciation et caractérisée par des incertitudes sur les données économiques de l'acte en question [1897]. La première caractéristique ressortant de cette définition est l'existence d'une marge de manœuvre du conseil d'administration ; celle-ci est exclue là où la loi dicte les mesures à prendre. L'introduction d'actions en responsabilité contre des dirigeants relève de la compétence intransmissible et inaliénable de haute surveillance 822

[1892] HANDSCHIN 2005, p. 245. D'un autre avis : FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 18, qui admettent la compétence de l'assemblée générale lorsque l'action doit être dirigée contre la majorité ou la totalité des membres du conseil d'administration.

[1893] ATF 82 II 48, consid. 3 ; DESSEMONTET 1998, p. 65.

[1894] Voir ATF 132 III 707, consid. 1.2, JdT 2007 I 61 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 64 ; HANDSCHIN 2005, p. 239.

[1895] WATTER/GARBARSKI 2009, p. 149 ; FORSTMOSER 2010b, p. 13 ss ; GELTER 2012, p. 851. Voir ég. ATF 132 III 707, consid. 1.2, JdT 2007 I 61. Comp. en Allemagne, l'arrêt BGH du 21 avril 1997, II ZR 175/95 (« ARAG/Garmenbeck »), qui retient une obligation de l'*Aufsichtsrat* d'agir en responsabilité contre les membres du *Vorstand* s'il constate l'existence de prétentions en responsabilité dont la mise en œuvre présente des chances de succès *(« durchsetzbare Schadenersatzansprüche »)* (chapeau, let. c).

[1896] ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328 ; voir N 73 *supra*.

[1897] N 74 ss *supra*.

(art. 716*a* al. 1 ch. 5 CO), qui exige notamment que le conseil d'administration s'assure que les personnes chargées de la gestion observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données. Cette attribution oblige le conseil d'administration à procéder, en cas d'irrégularités, à des investigations supplémentaires et à prendre les mesures qui s'imposent, sous peine d'engager sa propre responsabilité (art. 754 al. 2 CO) [1898]. Il faut donc partir du principe que le conseil d'administration a un devoir légal d'intervenir en cas de soupçon et d'envisager l'introduction d'une action en responsabilité s'il constate un manquement [1899].

823 La seconde caractéristique d'une décision de gestion est l'existence d'incertitudes économiques ; les incertitudes juridiques doivent être écartées, si nécessaire à l'aide d'une expertise. Appliqué à la situation où le conseil d'administration détermine les mesures à prendre en cas de manquement présumé d'un dirigeant, ce principe exige que le conseil d'administration clarifie la portée juridique des actes considérés ; il ne dispose pas de pouvoir d'appréciation en la matière [1900]. En d'autres termes, il doit, dans la mesure du possible, confirmer ou infirmer l'existence de prétentions en responsabilité contre des dirigeants.

824 Par conséquent, la décision d'agir en responsabilité ne remplit pas entièrement les critères d'une décision de gestion. En effet, le pouvoir d'appréciation du conseil d'administration en la matière est limité. Il doit dans tous les cas vérifier l'existence de prétentions en responsabilité et doit en principe agir lorsque les manquements sont avérés, sous peine de violer ses devoirs de surveillance et de préservation du capital social [1901]. Ceci ne signifie pas que l'obligation de poursuivre les dirigeants ayant manqué à leurs devoirs ne peut pas être relativisée pour des motifs d'opportunité ayant trait à l'intérêt social [1902]. Simplement, contrairement au domaine de la gestion pure, où le conseil d'administration bénéficie d'une certaine liberté quant aux intérêts qu'il souhaite privilégier et à la justification des choix qu'il fait [1903], la mise en œuvre de la responsabilité devra en principe prévaloir. Seuls des motifs impérieux, dont nous exposerons certains dans le paragraphe qui suit, peuvent justifier une renonciation à l'action en responsabilité [1904].

b) Critères à prendre en compte

825 Lorsqu'il examine si l'introduction d'une action en responsabilité disposant de chances

[1898] N 156 *supra*.
[1899] Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 396 ; ATF 122 III 195, consid. 3a. Comp. en Allemagne BGH du 21 avril 1997, II ZR 175/95 (« ARAG/Garmenbeck »), consid. 2b/cc.
[1900] Comp. BGH du 21 avril 1997, II ZR 175/95 (« ARAG/Garmenbeck »), consid. 2b/bb ; FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 845.
[1901] BÖCKLI 2009, § 18 N 224a ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 149.
[1902] KALSS 2005, p. 649 ; voir ég. FORSTMOSER 2010b, p. 14 ss.
[1903] Comp. N 94 ss *supra*.
[1904] Comp. BGH du 21 avril 1997, II ZR 175/95 (« ARAG/Garmenbeck »), consid. 2c.

de succès est conforme à l'intérêt social, le conseil d'administration doit notamment tenir compte des aspects suivants [1905] :

Coût de la procédure en relation avec les chances de succès : En premier lieu, il s'agit de déterminer l'opportunité économique de l'action en elle-même [1906] ; si le résultat de la procédure ne peut pas être positif en raison des coûts qu'elle engendrera, l'introduction d'une action ne sera pas dans l'intérêt de la société [1907]. Ce calcul devra en particulier tenir compte de la capacité de réparation des dirigeants et de l'éventuelle existence d'une couverture d'assurance [1908]. On gardera également à l'esprit que les procès en responsabilité sont souvent complexes et longs, ce qui peut être source d'incertitudes quant aux coûts pour la société [1909].

Charge de la procédure sur la conduite de l'entreprise : Pendant la durée du procès, il faut également tenir compte du fait que les dirigeants seront appelés à collaborer à la procédure [1910]. Surtout, il se peut que le défendeur implique à son tour les autres organes par une dénonciation d'instance ou un appel en cause [1911]. Ceci peut représenter une charge supplémentaire pour les dirigeants en fonction, aux dépens de l'activité de gestion.

Publicité pour la société : L'introduction d'une action en responsabilité peut avoir des effets positifs autant que négatifs sur l'image de la société ; ce critère devra également être pris en considération. En raison de la durée des procès contre les organes de gestion, les sociétés peuvent s'exposer à des années de publicité négative, ce qui peut parler contre l'introduction d'une demande [1912]. À l'inverse, le refus d'agir en responsabilité peut aussi avoir un effet néfaste sur l'image de la société, p. ex. lorsqu'elle se trouve en difficultés financières, qu'elle doit licencier et que l'opinion publique n'accepterait pas que les administrateurs s'en tirent sans frais [1913].

Effet sur d'éventuelles prétentions contre la société : La condamnation d'un administrateur en raison d'un manquement à ses devoirs peut conduire à engager la responsabilité de la société sur la base de l'art. 722 CO [1914].

Conséquences financières pour les dirigeants poursuivis : Dans la mesure où les dommages peuvent largement dépasser la capacité de réparation des dirigeants, il faut

[1905] Voir ISLER/FISCHER 2012, p. 35 ss ; FORSTMOSER 2010b, p. 24 ss ; GELTER 2012, p. 851 ; KALSS 2005, p. 646 ss.
[1906] FORSTMOSER 2010b, p. 24.
[1907] GOETTE 2012, p. 610 ss.
[1908] ISLER/FISCHER 2012, p. 36 s. ; FORSTMOSER 2010b, p. 24.
[1909] FORSTMOSER 2010b, p. 25 ; ISLER/FISCHER 2012, p. 37.
[1910] FORSTMOSER 2010b, p. 26.
[1911] FORSTMOSER 2010b, p. 26 ; ISLER/FISCHER 2012, p. 38 s. ; BACHMANN 2014, p. E 74.
[1912] FORSTMOSER 2010b, p. 25 s. ; GOETTE 2012, p. 612.
[1913] GOETTE 2012, p. 610.
[1914] ISLER/FISCHER 2012, p. 40 s. ; GOETTE 2012, p. 612 s. Voir ég. Transparenzbericht UBS, p. 59 et FORSTMOSER 2010b, p. 27 s. sur la crainte que l'introduction d'une action en responsabilité contre des organes d'UBS SA puisse fournir des munitions pour des actions dirigées contre celle-ci aux États-Unis.

également se demander si les poursuivre en responsabilité ne risque pas de rendre plus difficile le recrutement d'administrateurs qualifiés à l'avenir [1915].

Sanctions alternatives : Dans l'examen de l'opportunité d'une action, on tiendra encore compte des autres moyens de contrôle, comme la révocation, la surveillance par des administrateurs externes et les conséquences du comportement illicite de l'administrateur sur sa rémunération et sa réputation [1916].

c) Discussion

826 De prime abord, les critères exposés ci-dessus indiquent que l'introduction d'une action en responsabilité ne serait qu'exceptionnellement dans la l'intérêt de la société. De fait, la doctrine relève volontiers qu'il est plus important d'investir des ressources dans le redressement de la société plutôt qu'à l'obtention d'une réparation qui peut être dérisoire en regard du préjudice subi *(« Blick nach vorne »)* [1917]. Toutefois, ces critères, malgré leur variété et leur importance, ne sauraient justifier que le conseil d'administration s'oppose systématiquement à l'introduction d'une demande. S'il constate l'existence de prétentions pouvant découler sur une réparation, le conseil d'administration ne peut pas motiver un refus d'agir en responsabilité en affirmant de manière péremptoire que l'intérêt social s'oppose à l'introduction d'une action, en se retranchant au besoin derrière le pouvoir d'appréciation dont il bénéficie dans l'identification de cet intérêt [1918]. Il doit au contraire être en mesure d'exposer pourquoi, dans le cas concret, l'intérêt social interdit d'agir en responsabilité alors même que la société dispose de prétentions ; en d'autres termes, il devra justifier de l'opportunité de sa décision.

827 En ce qui concerne la préoccupation d'agir de manière à contribuer à la prospérité future de la société, il faut ensuite relever que l'introduction d'une action en responsabilité doit également être évaluée en tenant compte des aspects de prévention : une mise en œuvre ferme de la responsabilité peut aussi éviter des coûts futurs pour la société par son effet dissuasif [1919]. Cet effet préventif est d'ailleurs déjà atteint si les dirigeants supportent de manière adéquate les coûts de leurs manquements ; dans un système où les dirigeants sont soumis à une quote-part personnelle non assurable [1920], il ne serait dès lors pas nécessaire d'agir pour l'ensemble du dommage si celui-ci dépasse la capacité de réparation des défendeurs et la couverture d'assurance [1921]. Du point de vue du gouvernement d'entreprise,

[1915] ISLER/FISCHER 2012, p. 37.
[1916] KALSS 2005, p. 649 s.
[1917] ISLER/FISCHER 2012, p. 35 s. Voir ég. FORSTMOSER 2010b, p. 26 s. ; Transparenzbericht UBS, p. 59.
[1918] FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 845.
[1919] BACHMANN 2014, p. E 75 ; KALSS 2005, p. 648.
[1920] N 529 *supra*.
[1921] L'argument tiré des conséquences économiques pour les dirigeants (N 825 *supra*) perd dès lors en importance ; comp. FUCHS/ZIMMERMANN 2014, p. 845 s.

il nous semble également douteux d'affirmer que la réaction des investisseurs à l'annonce de l'introduction d'une action en responsabilité contre un ou plusieurs dirigeants serait systématiquement négative. La réputation de la société peut également pâtir du manque de réactivité face à des manquements au sein des organes dirigeants [1922].

Nonobstant ces réflexions, il faut constater que la portée pratique de l'obligation du conseil d'administration de mettre en œuvre la responsabilité des organes de la société sera limitée pour des raisons structurelles. En effet, la décision de poursuivre un dirigeant en responsabilité sera généralement frappée de conflits d'intérêts. On peut partir du principe que le sentiment de collégialité envers les autres dirigeants incitera les membres du conseil d'administration à faire preuve de retenue [1923] ; celle-ci trouve également une justification dans la nécessité de créer une atmosphère de travail saine au sein des organes dirigeants [1924]. Qui plus est, en décidant d'agir, ils s'exposent eux-mêmes à des reproches, notamment quant à la qualité de leur surveillance [1925]. Puisque l'existence d'un conflit d'intérêts implique en principe l'abstention du dirigeant concerné, il se peut qu'aucun membre du conseil d'administration ne soit en mesure de se prononcer ou qu'une minorité d'administrateurs puisse engager la société [1926]. Une solution à ce dilemme serait de prendre une décision séparée pour chaque dirigeant [1927] ; cette procédure ne serait cependant pas à l'abri de l'influence croisée des membres du conseil d'administration. Dès lors, les règles de gestion des conflits d'intérêts n'offrent pas de solution praticable lorsqu'il s'agit de décider de l'introduction d'une action en responsabilité [1928]. 828

En définitive, hormis l'hypothèse d'un remplacement de tous ses membres suite à un changement de contrôle [1929], le conseil d'administration pourra rarement être l'organe approprié pour décider d'agir en responsabilité contre des dirigeants. Cela n'enlève toutefois rien au fait que l'exercice de l'attribution de haute surveillance oblige le conseil d'administration à clarifier la situation lorsque des indices de manquements apparaissent ; une fois fixé sur l'existence de prétentions en responsabilité, il devra justifier de sa décision d'agir ou de ne pas agir. Cette question peut à notre sens faire l'objet du droit aux renseignements des actionnaires [1930]. Puisque le conseil d'administration doit pouvoir justifier ses choix, un contrôle spécial peut s'imposer s'il s'avère que le conseil d'administration n'a pas procédé 829

[1922] BACHMANN 2014, p. E 74.
[1923] KALSS 2005, p. 655.
[1924] HANDSCHIN 2005, p. 241 s.
[1925] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 4 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 225 ; KALSS 2005, p. 655 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 149 ; HANDSCHIN 2005, p. 241 ; GLANZMANN 2000, p. 170. Le problème se pose avec la même acuité dans les systèmes dualistes, voir pour l'Allemagne WAGNER 2014, p. 239 s. ; HABERSACK 2013, p. 786.
[1926] HANDSCHIN 2005, p. 240.
[1927] HANDSCHIN 2005, p. 240.
[1928] KALSS 2005, p. 655.
[1929] KALSS 2005, p. 658.
[1930] Plus mesuré : BACHMANN 2014, p. E 84 s.

aux investigations nécessaires ou ne fournit pas de motifs déterminants pour expliquer le refus d'intenter action alors que la société dispose d'une prétention en réparation.

2.1.2. Prise de décision par l'assemblée générale

830 Dans la mesure où l'introduction d'une action en responsabilité envers les organes de gestion n'est pas du ressort exclusif du conseil d'administration (art. 716*a* al. 1 CO), l'assemblée générale peut également décider de prendre cette mesure [1931]. Cette compétence n'est actuellement pas réglée explicitement dans la loi ; l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO l'admet cependant implicitement. L'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 prévoit d'inscrire explicitement la compétence de l'assemblée générale dans la loi (art. 756 al. 2 AP-CO 2014).

a) Modalités de la prise de décision

831 La compétence de l'assemblée générale pour intenter action en responsabilité contre les organes de gestion n'est pas subsidiaire à celle du conseil d'administration [1932]. L'assemblée générale doit au contraire pouvoir intervenir dans une procédure dont les termes ont été fixés par le conseil d'administration. En raison de conflits d'intérêts, celui-ci pourrait en effet être tenté de ne pas faire d'efforts sérieux dans la mise en œuvre de la responsabilité, p. ex. en choisissant un représentant très conciliant envers les défendeurs ou en concluant une transaction peu avantageuse pour la société [1933].

832 La décision d'agir en responsabilité contre des organes de gestion se prend à la majorité ordinaire (art. 703 et 704 al. 1 CO *a contrario*) ; les statuts ne peuvent pas durcir cette condition [1934]. L'introduction d'une action en responsabilité doit être portée à l'ordre du jour (art. 700 al. 3 CO) ; l'inscription de cet objet peut être requise par un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10% au moins du capital-actions ou des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs (art. 699 al. 3 CO). Lorsque la société a émis des actions à droit de vote privilégié, leur privilège ne s'applique pas à la décision d'agir en responsabilité contre les organes (art. 693 al. 3 ch. 4 CO). Cette règle vaut également pour l'éventuelle désignation d'un représentant chargé de mener la procédure pour la société [1935].

833 Dans la mesure où la décision d'intenter ou non action concerne directement les dirigeants

[1931] ISLER/FISCHER 2012, p. 44.
[1932] HANDSCHIN 2005, p. 245.
[1933] HANDSCHIN 2005, p. 245 ; voir ég. N 819 *supra*. Sur les modalités de la transaction conclue par la société, voir les N 1366 ss *infra*.
[1934] FORSTMOSER 1987, N 593.
[1935] ATF 132 III 707, consid. 3.2, JdT 2007 I 61 ; HANDSCHIN 2005, p. 246.

de la société, on peut se poser la question d'une application par analogie de l'art. 695 CO, qui interdit aux personnes qui ont participé à la gestion des affaires sociales de prendre part au vote de décharge. Celle-ci serait à notre sens difficile à justifier vu la réglementation différente choisie par le législateur avec l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO. Qui plus est, contrairement au vote de décharge, une décision négative de l'assemblée générale quant à l'introduction d'une action en responsabilité n'a pas d'influence sur le droit de l'actionnaire d'intenter action au titre du dommage de la société (voir l'art. 758 al. 2 CO).

b) Contenu de la décision

L'assemblée générale peut décider d'agir contre l'intégralité du conseil d'administration ou seulement contre un ou plusieurs membres de celui-ci [1936]. Pour des motifs de praticabilité, la décision de l'assemblée générale doit délimiter grossièrement le cercle des personnes visées par l'action en responsabilité et les circonstances à la base de l'action [1937]. 834

En principe, l'assemblée générale charge le conseil d'administration d'introduire l'action. À moins qu'elle s'accompagne de la révocation des membres du conseil d'administration, cette modalité d'exécution impliquera inévitablement de conflits d'intérêts [1938]. La situation est tout aussi délicate si l'assemblée générale charge le conseil d'administration de désigner un représentant habilité à procéder au nom de la société [1939]. Dès lors, l'assemblée générale dispose également de la compétence de désigner un représentant indépendant pour mener l'action en responsabilité [1940]. Comme évoqué ci-dessus, l'art. 693 al. 3 CO s'applique également à la désignation du représentant indépendant. 835

Si l'assemblée générale désigne un représentant indépendant, elle pourra lui attribuer, en vertu de l'art. 731*a* al. 3 CO, les prérogatives nécessaires à la collecte des informations permettant de préparer et motiver une action en responsabilité [1941]. L'efficacité de la mise en œuvre de la responsabilité par le représentant indépendant dépend grandement de son accès aux informations pertinentes. Afin d'éviter une instrumentalisation de l'action en responsabilité par les actionnaires à droit de vote privilégié, la décision d'investir le représentant indépendant des attributions découlant de l'art. 731*a* CO doit dès lors également obéir à l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO [1942]. 836

Notons enfin qu'un refus de l'assemblée générale d'agir contre des organes de gestion ne saurait être assimilé à une décision de décharge (art. 758 CO) ou autrement à un abandon de 837

[1936] HANDSCHIN 2005, p. 244.
[1937] ISLER/FISCHER 2012, p. 45 s.
[1938] GLANZMANN 2000, p. 171.
[1939] HANDSCHIN 2005, p. 245.
[1940] ATF 132 III 707, consid. 1.2, JdT 2007 I 61 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 224b ; HANDSCHIN 2005, p. 245.
[1941] Voir N 741 *supra* ; sur l'étendue des attributions de l'expert chargé de contrôler la gestion : N 736 ss.
[1942] Comp. ATF 132 III 707, consid. 3.2, JdT 2007 I 61.

prétentions envers les dirigeants. L'octroi de la décharge nécessite une décision autonome, prise dans le respect de l'art. 695 al. 1 CO [1943].

c) Importance de la compétence de l'assemblée générale en matière d'action en responsabilité

838 L'introduction d'actions en responsabilité par l'assemblée générale est rare en pratique. Cela tient au fait que la majorité des actionnaires, qui a élu les membres du conseil d'administration, sera en principe peu encline à agir contre ses « représentants », en particulier dans les société dont l'actionnariat est composé de blocs importants [1944]. Dans ce cas, l'introduction d'actions en responsabilité survient surtout suite à des changements de contrôle [1945]. Dans les sociétés à l'actionnariat dispersé, on ajoutera que l'actionnaire individuel n'a généralement pas intérêt à investir des ressources dans la surveillance des dirigeants puisqu'il en supportera les coûts seul alors que le bénéfice en sera réparti entre tous les actionnaires [1946] ; concrètement, cela signifie que chaque actionnaire a intérêt à ce que quelqu'un d'autre fasse les efforts nécessaires pour analyser de manière critique les informations fournies par la société, faire inscrire à l'ordre du jour la décision d'agir en responsabilité contre des organes de gestion et tenter de convaincre une majorité d'actionnaires de l'opportunité et du bien-fondé de celle-ci. En raison de cette apathie rationnelle, aucun des actionnaires ne fera le travail de préparation et d'information nécessaire pour que l'assemblée générale puisse se prononcer de manière éclairée sur l'introduction d'une action en responsabilité contre des organes de gestion.

839 En réponse à cette problématique, HARALD BÄRTSCHI émet l'idée de permettre à des actionnaires représentant p. ex. un tiers des actions d'obliger la société à intenter action [1947]. Cette solution pourrait quelque peu faciliter la mise en œuvre de la responsabilité dans les sociétés où l'actionnariat est constitué de blocs importants ; dans les sociétés à l'actionnariat dispersé, elle ne devrait pas permettre de surmonter l'apathie rationnelle des actionnaires. On peut au demeurant s'interroger sur la pertinence d'une telle exception au principe de majorité ; il nous semble plus opportun de tenter de développer l'action oblique.

2.1.3. Synthèse : mise en œuvre de la responsabilité par la société

840 L'exposé des modalités de mise en œuvre de la responsabilité par la société révèle tout d'abord

[1943] Voir N 368 ss *supra*.
[1944] WATTER/GARBARSKI 2009, p. 150 ; CR CO II-CORBOZ, art. 756 N 5 ; GELTER 2012, p. 849 ss.
[1945] WATTER/GARBARSKI 2009, p. 150.
[1946] WAGNER 2014, p. 241.
[1947] BÄRTSCHI 2014, p. 112.

que le conseil d'administration, en présence d'indices de manquements, a l'obligation de clarifier la situation juridique et d'envisager l'introduction d'une action en responsabilité ; il ne pourra y renoncer qu'en présence de motifs impérieux ayant trait à l'intérêt social. Cependant, le conseil d'administration est un organe inadéquat pour décider de l'introduction d'une action en responsabilité contre des organes de gestion en raison des conflits d'intérêts que cette décision implique. L'assemblée générale, elle, ne dispose généralement pas d'incitatifs suffisants à agir, aussi bien dans les sociétés où l'actionnariat est constitué de blocs que dans celles où les actionnaires sont dispersés. En pratique, les actions introduites par la société surviennent surtout, voire seulement, dans le contexte de changements de contrôle [1948]. En raison de cette incapacité structurelle de la société à agir contre ses organes, qui peut difficilement être contrecarrée, le droit d'agir des actionnaires devient particulièrement important en vue de l'amélioration de la mise en œuvre de la responsabilité [1949].

2.2. Action de l'actionnaire (action oblique)

2.2.1. Fondements de l'action oblique

Afin que la mise en œuvre de la responsabilité ne soit pas rendue illusoire en raison des obstacles à l'introduction d'une action en responsabilité par la société, la loi permet à l'actionnaire individuel d'agir pour la préservation du patrimoine social (action *oblique* ou *dérivée* [1950] ; art. 756 al. 1 CO) [1951]. L'art. 756 al. 1 i. f. CO précise que l'action oblique ne peut tendre qu'au paiement de dommages-intérêts à la société ; une action au titre du « dommage indirect » tendant au paiement à l'actionnaire est exclue [1952]. 841

Accorder à l'actionnaire le droit d'agir au titre du dommage de la société se justifie dans la mesure où celui-ci dispose d'incitatifs à poursuivre les dirigeants fautifs en responsabilité 842

[1948] HANDSCHIN 2005, p. 239 ; dans le même sens : WATTER/GARBARSKI 2009, p. 150 ; il est cependant d'usage d'accorder la décharge aux administrateurs sortants en cas de changement de contrôle (HANDSCHIN 2005, p. 242 ; HÄNNI 2015, p. 121 et les réf. citées en n. 6).

[1949] TOBIAS TRÖGER met en doute l'opportunité d'un développement de l'action oblique et propose d'améliorer la mise en œuvre de la responsabilité par l'assemblée générale en prévoyant que celle-ci est seule compétente pour renoncer à agir en responsabilité lorsque l'existence de prétentions est constatée (TRÖGER 2015, p. 476 ss) ; nous considérons qu'en droit suisse, l'institution de la décharge offre déjà un régime comparable, sans que cela ne se traduise par un surveillance plus efficace des dirigeants par l'assemblée générale.

[1950] La doctrine francophone utilise généralement les termes d'action oblique (voir p. ex. CHABLOZ 2012, N 29 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD 2012, p. 57 ; CHENAUX 2008, N 34 ; GILLIÉRON 1994, p. 17 ; voir ég. ATF 122 III 488, consid. 2) ; en France, on parle d'« action sociale *ut singuli* » (MERLE 2015, N 463) ; art. L. 225-252 C. com.

[1951] Voir ATF 117 II 432, consid. 1b/dd, JdT 1993 I 72 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 2 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 226 ; GLANZMANN 2000, p. 172 ; voir ég. GELTER 2012, p. 849.

[1952] ATF 131 III 306, consid. 3.1.1, JdT 2006 I 56. Le principe du versement à la société avait été admis par la jurisprudence avant d'être codifié à l'art. 756 al. 1 CO (ATF 44 II 38, consid. 3).

afin de protéger son investissement [1953]. Ce droit d'action peut aussi être considéré comme un moyen de protection – indirecte – des actionnaires minoritaires, puisqu'il leur offre un recours légal lorsque le patrimoine social est exploité pour favoriser indûment la majorité [1954]. L'action oblique peut également avoir un effet de signal : l'introduction d'une demande par des actionnaires peut motiver la société à s'intéresser à la question de la responsabilité [1955]. Pour autant, les intérêts de l'actionnaire et de la société quant à la mise en œuvre de la responsabilité ne sont pas nécessairement alignés : il se peut que l'actionnaire cherche à exploiter l'action en responsabilité dans un but de « chantage », p. ex. afin de forcer la majorité à racheter ses actions à bon prix [1956].

843 Le plus fréquemment cependant, l'actionnaire individuel n'aura pas d'intérêt suffisant à intenter l'action oblique en raison du caractère indirect de la réparation : si la demande est admise, la réparation est répartie entre tous les actionnaires ; si elle est rejetée, l'actionnaire supporte en principe seul les frais [1957]. L'attractivité de l'action oblique dépend du rapport entre le bénéfice potentiel qu'elle peut apporter à l'actionnaire et les coûts qu'il assume. Cette question est ainsi étroitement liée à la question des frais du procès en responsabilité, raison pour laquelle nous la traiterons au chapitre topique [1958].

2.2.2. Qualité pour intenter l'action oblique

844 En vertu de l'art. 756 al. 1 CO, la qualité pour agir au titre du dommage subi par la société appartient à chaque actionnaire [1959]. Le demandeur doit être actionnaire au moment de l'introduction de l'action, peu importe s'il l'était ou non au moment de l'événement dommageable [1960]. Les titulaires de bons de participation ont également qualité pour agir au titre du dommage subi par la société [1961].

845 Il faut se demander quelle est la conséquence d'un transfert des actions du demandeur en cours de procès. L'actionnaire qui aliène ses actions perd l'intérêt à l'action [1962]. Concernant

[1953] GLANZMANN 2000, p. 173 ; GELTER 2012, p. 851.

[1954] KALSS 2005, p. 667. Voir p. ex. ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328 : conduite d'un procès au nom de la société, dans l'intérêt du bloc d'actionnaires majoritaire.

[1955] ISLER/FISCHER 2012, p. 31.

[1956] KALSS 2005, p. 669 ; voir ég. GELTER 2012, p. 851.

[1957] L'art. 756 al. 2 aCO permettait au juge de mettre une partie ou la totalité des frais à la charge de la société en cas de rejet de l'action, si l'actionnaire « avait de bonnes raisons d'agir » ; cette disposition a été abrogée à l'entrée en vigueur du CPC le 1er janvier 2011 (RO 2010 1739).

[1958] N 1219 ss *infra*

[1959] BÖCKLI 2009, § 18 N 230a.

[1960] ATF 131 III 640, consid. 4.1, JdT 2006 I 146. En détail sur la qualité d'actionnaire : BOHNET 2009a, N 42 ss.

[1961] BÖCKLI 2009, § 18 N 230a.

[1962] Comp. BOHNET 2009a, N 55 ; ZK-TANNER, art. 706 N 42 ; ZK-BÜRGI, art. 706 N 50 ; voir plus généralement CPC-JEANDIN, art. 83 N 13 ; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, art. 83 N 16 ; ZPO Komm-Schulthess-SCHWANDER, art. 83 N 23 ss

l'acquéreur, il faut à notre avis appliquer l'art. 83 al. 1 CPC, qui prévoit que lorsque l'objet litigieux est aliéné en cours d'instance, l'acquéreur peut reprendre le procès en lieu et place de la partie qui se retire. La notion d'aliénation doit en effet interprétée largement et inclut aussi les cas où un tiers succède aux droits et obligations de la partie aliénatrice par un acte singulier entre vifs [1963]. Cette interprétation s'impose aussi du fait que le procès n'est pas conduit dans l'intérêt de l'actionnaire, mais dans celui de la société [1964]. À défaut, il serait nécessaire d'appliquer l'art. 83 al. 4 CPC qui subordonne la substitution de partie au consentement de la partie adverse [1965]. Or dans le contexte de l'action oblique, on voit mal ce qui justifierait de faire dépendre la continuation du procès de la volonté du défendeur ; il ne s'agit pas ici de faire une faveur au demandeur en « corrigeant » une demande mal dirigée ou émanant d'une partie n'étant pas la bonne [1966].

La société n'est pas partie à l'action oblique [1967]. Elle peut cependant intervenir dans la procédure [1968]. Par ailleurs, la qualité pour agir appartient uniquement à l'actionnaire de la société dont la prétention est invoquée. Dans un groupe de sociétés, un actionnaire de la société-mère n'aurait pas qualité pour agir contre un administrateur de la filiale [1969]. Il ne pourrait en aller autrement qu'en cas de levée du voile corporatif *(Durchgriff)* [1970]. 846

Il peut paraître surprenant que l'actionnaire individuel ait le pouvoir d'engager un procès en responsabilité qui aura des répercussions sur la société contre la volonté du conseil d'administration et de l'assemblée générale [1971] ; afin de garantir une certaine représentativité, il pourrait être opportun d'accorder le droit d'agir à une minorité qualifiée [1972]. Un tel seuil pourrait également servir de garde-fou contre les actions en responsabilité abusives [1973]. Nous considérons toutefois qu'une limite en pourcentage doit être rejetée. Tout d'abord, la fixation d'un seuil « représentatif » comporte une grande part d'arbitraire et pourrait constituer un obstacle important à la mise en œuvre de la responsabilité dans les cas d'une 847

[1963] BOHNET 2014a, N 476 s.

[1964] Comp. en matière d'annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO) : BÖCKLI 2009, § 16 N 104 ; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 706 N 3 ss ; BOHNET 2009a, N 55. L'art. 83 al. 1 CO s'applique également par analogie dans le contexte de l'art. 260 LP, qui fonde également une *Prozessstandschaft* (ZPO Komm-Schulthess-SCHWANDER, art. 83 N 15).

[1965] L'art. 83 al. 4 CPC réserve « les dispositions spéciales prévoyant la succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties ».

[1966] CPC-JEANDIN, art. 83 N 33. Voir ég. ATF 118 Ia 129, consid. 2b, JdT 1993 I 398 ; ZPO Komm-Schulthess-SCHWANDER, art. 83 N 10.

[1967] BÖCKLI 2009, § 18 N 230.

[1968] Voir N 862 *infra*.

[1969] TF 4A_524/2011 du 16 février 2002, consid. 2.2 ; GRAF 2013, p. 407 s., n. 14.

[1970] GRAF 2013, p. 407 s., n. 14 et la réf. ; OG ZG du 8 mars 2007, présenté *in* ISLER 2008, p. 104 ss.

[1971] WILHELM 1967, p. 172.

[1972] WILHELM 1967, p. 172 ; comp. le § 148 al. 1 AktG, qui prévoit une minorité de 1% pour intenter l'*Aktionärsklage* (action en paiement à la société).

[1973] GELTER 2012, p. 857.

ampleur telle qu'un ou plusieurs actionnaires se sentiraient poussés à agir [1974]. Ensuite et surtout, un tel seuil n'est pas nécessaire pour limiter les actions abusives : le gain qu'un petit actionnaire peut escompter de l'actionnaire sera généralement trop faible pour l'inciter à agir, sinon inexistant [1975]. Il n'est d'ailleurs pas établi que la fixation d'un quorum permette de filtrer les actions qui ne sont pas dans l'intérêt de la société [1976].

2.2.3. Nature juridique de l'action oblique

848 Il est important de définir la nature juridique de l'action oblique, car elle détermine notamment le régime des défenses opposables au demandeur ainsi que l'autorité d'un jugement rendu dans une procédure impliquant un dirigeant et la société ou un actionnaire ou d'une transaction mettant fin à une telle procédure [1977]. La nature juridique de l'action oblique dictera aussi comment doivent être coordonnées les actions de la société et des actionnaires [1978].

849 Deux qualifications entrent en ligne de compte pour l'action oblique : soit elle repose sur une prétention autonome de l'actionnaire, qui tendrait à la réparation du préjudice indirectement subi en raison des manquements des dirigeants ; soit l'actionnaire est simplement titulaire d'un d'invoquer en son nom le droit d'autrui *(Prozessstandschaft)* [1979], qui lui permet de faire valoir la prétention en réparation de la société [1980]. La *Prozesstandschaft*, que WALTER HABSCHEID traduit par la « capacité de faire valoir en justice en son propre nom le droit d'un tiers » [1981], survient lorsqu'exceptionnellement, la qualité pour agir (*Prozessführungsbefugnis* [1982] ou *Prozessführungsrecht* [1983]) est attribuée à une autre personne que le titulaire prétendu du droit substantiel affirmé [1984] ; en d'autres termes, le

[1974] Voir GRECHENIG/SEKYRA 2011, p. 17 ss.

[1975] Comp. BÄRTSCHI 2014, p. 92 ; KALSS 2005, p. 699 : la participation proportionnelle au produit de l'action en responsabilité crée un seuil de fait en dessous duquel elle ne présente aucun intérêt économique, voir N 1270 ss *infra*.

[1976] Voir SCHMOLKE 2011, p. 424 s.

[1977] Sur le régime des défenses, voir N 1043 ss *infra* ; sur l'opposabilité des jugements et des transactions, voir N 1348 ss et N 1360 ss *infra*.

[1978] Sur l'exception de litispendance, voir N 806 *supra* ; sur la coordination des actions, voir N 873 ss *infra*.

[1979] STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 13 N 25 ; HABSCHEID 1990, N 276 ; CPC-BOHNET, art. 59 N 97. BERNARD CORBOZ parle de « mandat procédural » (CR CO II-CORBOZ, art. 756 N 16 ; voir ég. ATF 113 III 135, consid. 3a).

[1980] En Allemagne, l'*Aktionärsklage* (§ 148 AktG) est explicitement conçue comme une action pour le droit de la société *(« Geltendmachung der [...] Ersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen »)* (Kölner Komm-RIECKERS/VETTER, § 148 N 148).

[1981] HABSCHEID 1981, p. 188.

[1982] ZPO Komm-Schulthess-ZÜRCHER, art. 59 N 67 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 13 N 24.

[1983] BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 60 ; BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 4.

[1984] BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 61 ; BK ZPO I-STERCHI, art. 67 N 22 ; ZPO Komm-Schulthess-ZÜRCHER, art. 59 N 67 ; HABSCHEID 1981, p. 188.

Prozesstandschafter ne peut pas avoir la légitimation active. Cette qualité pour invoquer le droit d'autrui ne peut exister qu'en vertu de la loi [1985]. Elle intervient typiquement lorsque le titulaire (ou les titulaires) du droit matériel affirmé, en principe seul intéressé à l'obtention d'un jugement [1986], est empêché d'agir, p. ex. parce qu'il est décédé (action de l'exécuteur testamentaire, art. 518 al. 2 CO) [1987], parce qu'il est dessaisi (action de l'administration de la faillite, art. 240 LP) [1988] ou en raison d'une apathie de l'« organe » compétent pour décider d'agir en justice (représentant de la communauté héréditaire, art. 602 al. 3 CC [1989] ; cessionnaire d'une créance de la masse en faillite, art. 260 LP [1990]).

Le Tribunal fédéral s'est prononcé en faveur de l'hypothèse de la *Prozessstandschaft* [1991]. 850
Cette opinion est suivie par la doctrine majoritaire, mais il existe un certain nombre de voix critiques [1992].

a) Enjeux de la détermination de la nature juridique de l'action oblique

La nature juridique de l'action oblique est primordiale dans la réflexion relative à l'amélioration 851
de la mise en œuvre de la responsabilité envers la société. La théorie de la prétention propre de l'actionnaire est ainsi généralement justifiée par un besoin de protection des actionnaires minoritaires : en raison du caractère autonome de leur prétention, les actionnaires ne pourraient pas se voir opposer les exceptions opposables à la société, ni l'autorité de la chose jugée découlant d'un jugement ou d'une transaction dans le cadre d'une procédure à laquelle ils n'ont pas participé. De ce fait, les actionnaires seraient prémunis

1985 ATF 129 III 715, consid. 3.3, JdT 2004 I 271.

1986 BEINERT 1963, p. 24.

1987 BSK ZGB II, art. 518 N 68 ss ; BK ZGB-KÜNZLE, art. 517-518 N 466.

1988 Comp. BSK SchKG II-RUSSENBERGER, art. 240 N 10.

1989 Justification de la nomination d'un représentant : BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER/LÜSCHER, art. 602 N 40 ; statut procédural : *idem*, N 47.

1990 Justification de la cession : BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 2 ; statut procédural : *idem*, N 4.

1991 ATF 132 III 342, consid. 4.3, JdT 2007 I 51. Voir ég. OG ZH du 9 décembre 1983, ZR 1985 n° 57. Confusion apparente dans l'ATF 131 III 306, JdT 2006 I 56, où le Tribunal fédéral retient tout d'abord que l'actionnaire n'a pas de recours légal pour son dommage indirect, mais peut simplement agir au titre du dommage de la société (consid. 3.1.1), puis que l'actionnaire peut faire valoir son dommage indirect *(Reflexschaden)* (consid. 3.2.1). Formulation malheureuse *in* ATF 131 III 640, consid. 4.1, JdT 2006 I 146, où le TF assimile la qualité pour agir à la légitimation active *(Aktivlegitimation)*.

1992 Pour la théorie de la prétention autonome de l'actionnaire : GRAF 2012, p. 380 ; HANDSCHIN 2005, p. 247 ss ; KUNZ 1998, p. 1282 s. ; FORSTMOSER 1987, N 223 ss et déjà WÄCHTER 1888, p. 396. Pour la théorie du droit d'agir sur la base d'une prétention de la société : HaftpflichtKomm-LUTERBACHER/STUDER, art. 756 CO N 11 ; VON DER CRONE 2014, § 12 N 93 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 237 ; CR CO II-CORBOZ, art. 756 N 16 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 9 ; CHABLOZ 2012, N 794 ; CHENAUX 2008, N 34 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 64 ss ; JEANDIN 2003, p. 16 ; REITER 2003, p. 175 ; BÄRTSCHI 2001, p. 153 ; GLANZMANN 2000, p. 247 ; GILLIÉRON 1994, p. 17 ; BERTI 1990, p. 440, 443 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art 753/754 N 53.

contre les conséquences d'un conflit d'intérêts entre demandeur et défendeur, qui pourrait conduire à une transaction particulièrement avantageuse pour le défendeur ou au rejet d'une demande émanant d'un actionnaire mal informé [1993].

852 Cette protection des actionnaires pourrait cependant s'effectuer aux dépens d'une mise en œuvre efficace de la responsabilité. Elle crée le risque de jugements contradictoires et pose de délicates questions de coordination des procédures en cas d'action simultanée de la société et d'un ou de plusieurs actionnaires [1994]. Qui plus est, admettre que l'actionnaire agit plutôt sur la base d'une prétention de la société permettrait d'éviter que la demande soit rejetée pour des motifs ayant trait à l'actionnaire demandeur, étrangers à la relation entre l'administrateur et la société [1995].

853 Du point de vue d'une mise en œuvre efficace de la responsabilité, chacune des deux solutions envisagées présente *a priori* des avantages et des inconvénients. Il est donc opportun de déterminer dans un premier temps la nature juridique de l'action oblique par interprétation de l'art. 756 al. 1 CO. Ensuite, il faudra identifier et résoudre les problèmes posés par la qualification qui en résulte.

b) Interprétation de l'art. 756 al. 1 CO

854 Selon le Tribunal fédéral, il n'y a lieu de déroger au sens d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause [1996]. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi, étant précisé que le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation [1997].

855 Le texte de l'art. 756 al. 1 CO nécessite une interprétation puisqu'il n'est pas sans équivoque : le texte allemand de cette disposition dispose que la prétention *(Anspruch)* de l'actionnaire tend au paiement à la société [1998], mais le texte français retient que chaque actionnaire a le *droit d'intenter action* ; la version italienne dispose : *possono agire in giudizio [...] i singoli azionisti*. Ainsi, le texte allemand indique *a priori* l'existence d'une prétention de l'actionnaire alors que les versions latines font plutôt état d'un simple droit d'agir. Le texte de l'art. 756 al. 1 CO ne peut dès lors pas être considéré comme clair et nécessite une interprétation systématique, historique et téléologique. Une approche grammaticale et systématique pourrait éventuellement indiquer l'existence d'un droit d'agir, puisque l'art. 758

[1993] KNOBLOCH 2011, p. 162 ; HANDSCHIN 2005, p. 248 ; FORSTMOSER 1986, p. 73.
[1994] Comp. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 65 ; RAUBER 1993, p. 170.
[1995] BÖCKLI 2009, § 18 N 229 ; REITER 2003, p. 192.
[1996] ATF 141 II 57, consid. 3.2 et les réf. citées.
[1997] ATF 141 II 57, consid. 3.2 et les réf. citées
[1998] *« Der Anspruch des Aktionärs geht auf Leistung an die Gesellschaft »*. Voir cependant l'interprétation de ROLAND BACHMANN (BACHMANN 2003, p. 501).

al. 2 CO, qui traite des conséquences de la décharge pour l'action oblique, parle d'un droit d'action *(Klagerecht / diritto d'agire)* [1999]. Relevons toutefois que la jurisprudence retient, en matière d'interprétation du droit de la société anonyme, qu'il faut accorder une plus grande importance au but et au sens des règles plutôt qu'à leur texte, celui-ci étant parfois imprécis, lacunaire, voire incohérent [2000].

Du point de vue systématique, on relèvera que l'art. 756 al. 1 CO est placé au chapitre VI du titre vingt-sixième du code des obligations, qui traite de la responsabilité en droit de la société anonyme. La section A de ce chapitre (art. 752-755 CO) inclut les normes fondant la responsabilité alors que la section B règle la mise en œuvre de la responsabilité pour le dommage de la société ; dès lors, les art. 756 ss CO sont des règles de procédure, sur lesquelles on ne saurait fonder la naissance d'une prétention de l'actionnaire [2001]. L'argument systématique peut cependant aussi être utilisé à l'appui de la thèse de la prétention propre de l'actionnaire : en effet, l'art. 758 al. 2 CO, qui retient que la décharge ne lie pas l'actionnaire qui s'y est opposé, n'aurait de sens que si celui-ci dispose d'une prétention autonome [2002]. Cette interprétation présuppose cependant que la décharge constitue un abandon de la prétention en responsabilité plutôt qu'une renonciation à l'action, aspect sur lequel nous reviendrons sous l'angle de l'interprétation téléologique. 856

Pour l'interprétation historique de l'art. 756 al. 1 CO, nous nous intéresserons aux travaux préparatoires ayant mené à son introduction en 1992 ; les articles l'ayant précédé n'apportent pas de précision, la qualification juridique de l'action oblique étant déjà controversée sous les aCO de 1881 et 1936 [2003]. Les travaux préparatoires relatifs au CO 1936 indiquent par ailleurs que le législateur a volontairement renoncé à fixer la nature de l'action oblique [2004]. Le Message du 23 février 1983 n'est pas explicite non plus ; il évoque à un passage le « droit de l'actionnaire de demander en justice la réparation du dommage indirect » *(Klagerecht)* [2005], mais parle ensuite d'un *« Anspruch »* de l'actionnaire en paiement à la société [2006]. Enfin, lorsqu'il développe l'action dans la faillite, le Conseil fédéral précise que « les actionnaires et les créanciers exercent des droits propres » [2007], passage dont certains auteurs tirent une 857

1999 JENNY 2012, N 131.
2000 ATF 117 II 432, consid. 1b/bb, JdT 1993 I 72.
2001 JENNY 2012, N 132 ; dans le même sens, apparemment : VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 65.
2002 GRAF 2012, p. 387 ; KUNZ 1998, p. 1282.
2003 Voir JENNY 2012, N 134. Pour une analyse des anciennes dispositions, voir en détail KNOBLOCH 2011, p. 150 ss ; KUNZ 1993, p. 59 ss.
2004 Voir BO CE 1931, p. 610 : *« Der Entwurf hat [...] der Praxis überlassen [...], wie die Konkurrenz der Ansprüche von Gesellschaft, Aktionär und Gesellschaftsgläubiger zu regeln sei und inwiefern Urteile gegen einen Beteiligten gegen die Uebrigen [sic] wirken »*.
2005 Message 1983, FF 1983, p. 873 et BBl 1983, p. 851.
2006 BBl 1983, p. 851.
2007 FF 1983, p. 965.

nature autonome de l'action oblique [2008].

858 Du point de vue téléologique, il faut identifier le but de l'action oblique disposée à l'art. 756 al. 1 CO. À cet effet, on pourra se demander tout d'abord quel est l'objet de cette action, puis en quoi le droit d'agir accordé à chaque actionnaire contribue à atteindre cet objectif.

859 Les défendeurs de la théorie du droit d'action fondé sur une prétention de la société appuient généralement leur position sur le fait que l'action oblique tend explicitement au paiement à la société et est fondée sur le dommage causé à celle-ci par un manquement du dirigeant à ses devoirs envers elle. En effet, l'existence d'une prétention autonome de l'actionnaire reposant sur une relation juridique à laquelle il est étranger est fondamentalement discutable [2009]. Cependant, le versement d'une réparation sert aussi bien l'intérêt de la société à la préservation de son patrimoine que celui de l'actionnaire à maintenir la valeur de ses titres [2010] ; de ce point de vue, le caractère indirect de la réparation ne s'opposerait pas à l'existence d'une prétention autonome de l'actionnaire [2011]. On relèvera d'ailleurs que la notion de prétention tendant à la fourniture d'une prestation à un tiers n'est pas étrangère au droit des obligations suisse, puisqu'elle est admise dans le cadre de la stipulation pour autrui (art. 112 al. 2 CO) [2012].

860 L'existence d'une prétention autonome de l'actionnaire est toutefois difficilement conciliable avec l'objectif de réparation du dommage subi par la société. L'actionnaire qui agit sur la base d'une prétention propre n'aurait pas à se laisser opposer les exceptions que le défendeur aurait envers la société ; en d'autres termes, il pourrait obtenir une réparation dépassant ce à quoi la société aurait elle-même droit [2013]. Surtout, il faut garder à l'esprit que la raison d'être de l'action oblique est de garantir la mise en œuvre de la responsabilité lorsque l'introduction d'une demande par la société est improbable du fait de conflits d'intérêts internes [2014]. Elle vise donc d'une part à pallier l'apathie de la société et d'autre part à éviter que les membres du conseil d'administration et la majorité des actionnaires puissent librement disposer de la prétention en réparation de la société. Ainsi que nous le verrons plus loin, ces objectifs peuvent être atteints sans qu'il soit nécessaire d'admettre que chaque actionnaire dispose

2008 GRAF 2012, p. 387 ; KUNZ 1998, p. 1282.

2009 Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 227a ; CR CO II-CORBOZ, art. 756 N 16 ; BERTI 1990, p. 443 ; voir ég. ATF 132 III 342, consid. 4.3, JdT 2007 I 51.

2010 Comp. JENNY 2012, N 136.

2011 Dans ce sens, apparemment : RAUBER 1993, p. 166.

2012 En détail : GRAF 2012, p. 380 ; voir ég. HANDSCHIN 2005, p. 249 ; RAUBER 1993, p. 161. L'analogie avec la stipulation pour autrui est cependant peu adéquate du fait que celle-ci repose sur un acte volontaire et non sur la loi, contrairement à l'éventuelle prétention de l'actionnaire en réparation du dommage indirect.

2013 CR CO II-CORBOZ, art. 756 N 15 ; JENNY 2012, N 139 ; dans le même sens : ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 753/754 N 55, 58. Comp. en ce qui concerne la prétention de la communauté des créanciers dans la faillite, ATF 132 III 342, JdT 2007 I 51 : *« nicht zum Zweck, den Gläubigern mehr Rechte zu verschaffen, als die Gesellschaft jemals hatte »*.

2014 ATF 117 II 432, consid. 1b/cc, JdT 1993 I 72 ; CR CO II-CORBOZ, art. 756 N 5 ; JENNY 2012, N 140 ; BACHMANN 2003, p. 502. Fondamentalement : WÄCHTER 1888, p. 393 ss.

d'un droit autonome [2015], contrairement à ce que soutiennent les partisans de cette approche. L'existence d'une telle prétention fondée sur l'idée de la réparation du dommage indirect – une notion qui se trouve en conflit avec les principes généraux de la responsabilité [2016] – constitue dès lors un détour conceptuel inutile.

À première vue, ce résultat se concilie mal avec la jurisprudence en matière de décharge, qui définit celle-ci comme une renonciation de la société à une prétention en responsabilité [2017]. Puisque la décharge fait disparaître la prétention de la société, comment pourrait-on justifier que l'actionnaire qui a voté contre son octroi puisse tout de même agir pendant le délai de déchéance de six mois prévu à l'art. 758 al. 2 CO [2018] ? Cette apparente contradiction se résout par une interprétation correcte de l'art. 758 CO : par la décision de décharge, l'assemblée générale ne renonce pas à la prétention en responsabilité, mais simplement à son droit d'agir [2019]. 861

2.2.4. Intervention de la société dans l'action oblique

a) *De lege lata*

Dans la mesure où la société a un intérêt évident à la résolution du litige opposant l'administrateur à un actionnaire agissant au titre du dommage social, il faut se demander de quelle manière elle peut intervenir dans la procédure, soit pour soutenir l'actionnaire, soit pour faire valoir des arguments tendant au rejet de l'action en responsabilité ; cette question acquerrait une importance particulière si le législateur décidait d'introduire dans la loi une disposition permettant au tribunal de mettre les frais de procédure à la charge de la société en cas de rejet de la demande [2020]. 862

Lorsque l'action en responsabilité est intentée par l'actionnaire, la société n'est pas partie à la procédure [2021]. Le CPC permet cependant à des tiers de se mêler à un litige pendant par l'institution de l'intervention. Celle-ci peut être principale (art. 73 CPC), si le tiers prétend avoir un droit préférable excluant totalement ou partiellement celui des parties, ou accessoire (art. 74 CPC), si le tiers a un intérêt juridique à ce qu'un litige pendant soit jugé en faveur de l'une des parties. L'intervention principale n'entre pas en ligne de compte dans la mesure où la société n'a pas à proprement parler de droit préférable, puisque l'actionnaire fait justement 863

[2015] Voir en particulier les N 1365 ss et 1385 ss *infra*. Comp., pour la cession de prétentions selon l'art. 260 LP : BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 2 et 4.
[2016] N 223 *supra*.
[2017] ATF 95 II 320, consid. IV.1 ; voir ég. ATF 118 II 496, consid. 5b ; 90 II 490, consid. 4.
[2018] FORSTMOSER 1986, p. 72 ; du même avis : GRAF 2012, p. 380 ; KNOBLOCH 2011, p. 156.
[2019] JENNY 2012, N 140 ; BERTI 1990, p. 443, 447 ss ; voir N 364 *supra*.
[2020] Voir à ce sujet les N 1219 ss *infra*.
[2021] BÖCKLI 2009, § 18 N 230.

valoir la prétention de la société. Par ailleurs, admettre que la société puisse intervenir à titre principal serait sans doute contraire au but de l'action oblique. En effet, la société pourrait par ce biais, évincer l'actionnaire de la procédure, puis la liquider à sa guise.

864 Une intervention accessoire est en revanche possible [2022]. L'intervenant accessoire soutient la partie principale au côté de laquelle il intervient. Pour autant que la société décide d'intervenir aux côtés de l'actionnaire, son intérêt est manifeste, puisque la demande conclura au versement d'une indemnité à la société. Le risque que la société fasse échouer l'action est limité dans la mesure où elle ne peut accomplir que les actes de procédure qui sont utiles à l'actionnaire demandeur (art. 76 al. 1 CPC). Les actes de l'intervenant ne sont pas considérés s'ils contredisent les déterminations de la partie principale (art. 76 al. 2 CPC).

865 Lorsque l'action en responsabilité n'est pas nécessairement dans l'intérêt de la société, on peut se demander si elle peut intervenir aux côtés du défendeur. Ce cas de figure est à notre avis exclu ; premièrement, la société n'a pas d'intérêt juridique à ce que le litige soit tranché en faveur du défendeur, puisqu'une condamnation octroie une créance à la société. Deuxièmement, les arguments tirés des conséquences néfastes du procès en responsabilité pour la société (p. ex. les répercussions sur la conduite des affaires ou la publicité négative) n'ont aucune influence sur le bien-fondé de la prétention en responsabilité qui fait l'objet de l'action oblique.

b) Révision en cours

866 Dans le cadre de la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO), l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 prévoit un droit de la société de décider d'agir elle-même en responsabilité à la place des actionnaires [2023]. Ainsi, l'actionnaire qui souhaite agir en responsabilité aux frais de la société doit tout d'abord proposer l'introduction d'une telle action à l'assemblée générale (art. 697*j* al. 1 AP-CO 2014). Si l'assemblée générale donne suite à cette proposition, l'action est menée par la société : la conduite du procès est confiée au conseil d'administration ou à un représentant de la société (art. 697*j* al. 1 AP-CO 2014). Si l'assemblée générale refuse et que des actionnaires requièrent du tribunal l'autorisation d'intenter une action aux frais de la société, celle-ci garde la faculté de s'approprier l'action en déclarant au cours de la procédure qu'elle veut agir elle-même (art. 697*k* al. 3 AP-CO). De ce fait, la mise en œuvre de

[2022] BÖCKLI 2009, § 18 N 230 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 17 ; CR CO II-CORBOZ, art. 756 N 26 ; SCHMID 1993, p. 345.

[2023] Le conseil fédéral a renoncé à inclure la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société dans le futur projet (Communiqué aux médias du Conseil fédéral du 4 décembre 2015 : « Grandes lignes du projet de révision du droit de la société anonyme »). Il se justifie néanmoins de discuter cette proposition dans le débat relatif à l'amélioration de la mise en œuvre de la responsabilité.

la responsabilité par les actionnaires est explicitement rendue subsidiaire à l'action de la société.

Il faut se demander comment cette possibilité d'intervenir dans la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société s'articule avec l'art. 756 al. 2 AP-CO 2014, qui prévoit que l'assemblée générale peut décider que la société intente l'action. Selon DAMIAN GRAF, les art. 697*j* s. et 756 al. 2 AP-CO 2014 concernent des prétentions différentes, les premiers tendant à la réparation du dommage indirect subi par les actionnaires, le second visant la réparation du dommage direct de la société ; il n'y aurait donc pas de contradiction à ce que l'assemblée générale refuse d'agir sur la base de sa propre prétention, puis accepte d'intervenir dans la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société [2024]. Cependant, l'idée d'une prétention des actionnaires tendant à la réparation d'un dommage indirect est une complication conceptuelle superflue [2025]. De plus, si les actionnaires disposent d'une prétention autonome à la réparation du dommage direct, il serait absurde de prévoir que sa mise en œuvre par les titulaires du droit (les actionnaires) est subsidiaire à l'action d'un tiers (la société). En réalité, la coexistence de ces dispositions est due à l'histoire relativement complexe de la révision actuelle du droit de la société anonyme [2026]. Il faut également relever que le champ d'application de l'art. 697*j* AP-CO 2014 est plus large, puisqu'il vise toutes les actions en paiement à la société. 867

Il n'existe en réalité pas de motif justifiant que l'assemblée générale puisse se prononcer deux fois sur l'introduction d'une action en responsabilité reposant sur les mêmes motifs. Dans l'absolu, nous considérons qu'il faut renoncer à l'art. 697*j* AP-CO, qui rallonge inutilement la procédure menant à l'autorisation d'agir aux frais de la société [2027]. En effet, en raison de son faible attrait économique, l'action oblique n'entre de toute manière en ligne de compte qu'en cas de défaillance grave dans la surveillance de la société par le conseil d'administration et la majorité des actionnaires [2028]. Pour cette raison, le passage devant l'assemblée générale est une étape superflue. Pour dûment prendre en compte les intérêts de la société, il suffirait de prévoir que l'actionnaire a l'obligation de mettre en demeure la société en lui fixant un délai convenable pour agir elle-même avant de pouvoir introduire la requête au sens de l'art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014 (comp. § 148 al. 1 ch. 2 AktG). Ce dernier devra être suffisant pour laisser à la société le temps d'apprécier l'opportunité d'une action en responsabilité et éventuellement convoquer une assemblée générale extraordinaire au cours de laquelle elle pourra proposer l'introduction d'une action en responsabilité ou une mesure moins incisive, 868

[2024] GRAF 2013, p. 723.

[2025] N 848 ss *supra*.

[2026] L'art. 756 al. 2 AP-CO 2014 est issu du projet de modification du code des obligations du 5 décembre 2008, contre-projet indirect à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » ; la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société n'était pas encore prévue dans les projets de révision du droit de la société anonyme de 2007 et 2008.

[2027] Dans le même sens CHABLOZ 2015, N 25.

[2028] Comp. N 1288 *infra*.

p. ex. un contrôle spécial (art. 697*a* ss CO) ou un contrôle de gestion (art. 731*a* al. 3 CO) ; à cet égard, le Tribunal fédéral considère qu'un délai de huit semaines n'est pas excessivement bref[2029].

869 Si l'art. 697*j* AP-CO devait être maintenu, il nous semble opportun de retenir qu'une décision de l'assemblée générale prise en vertu de l'art. 756 al. 2 CO (« introduction d'une action en responsabilité ») renonçant à l'action en responsabilité équivaut à une décision négative au sens de l'art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014 (« autorisation d'agir aux frais de la société »). Il en irait de même pour une décision de décharge, du moins pour les faits connus (art. 758 al. 1 CO). Il faudrait également modifier l'art. 703 al. 1 AP-CO, qui prévoit que l'introduction d'une action aux frais de la société ne doit pas être portée à l'ordre du jour. Cette possibilité n'a pas véritablement de sens puisque les seuils exigés pour requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour sont inférieurs à ceux prévus à l'art. 697*j* al. 1 AP-CO 2014. Qui plus est, elle revient de fait à permettre à une minorité qualifiée de forcer l'assemblée générale à voter sur l'introduction d'une action en responsabilité sans que ce point soit inscrit à l'ordre du jour.

2.2.5. Synthèse : mise en œuvre de la responsabilité par un actionnaire

870 La loi donne à l'actionnaire individuel le droit d'intenter action au titre du dommage de la société afin de pallier les conflits d'intérêts qui empêchent l'introduction d'une demande par la société.

871 Nous avons établi que cette action oblique ne repose pas sur une prétention autonome de l'actionnaire, mais sur un droit de faire valoir en son propre nom la prétention d'autrui *(Prozessstandschaft)*. De ce fait, lorsque l'actionnaire agit au titre du dommage de la société, il doit se laisser opposer les exceptions que le défendeur a envers la société et peut *a priori* être lié par un éventuel jugement condamnant ou exonérant l'administrateur pour les faits considérés[2030]. Cette situation peut apparaître problématique dans la mesure où l'administrateur qui a manqué à ses devoirs peut s'entendre avec ses collègues et profiter de l'apathie ou de la bienveillance de la majorité des actionnaires pour liquider à son avantage les prétentions que la société aurait contre lui. Nous déterminerons au chapitre consacré à l'issue du procès si cette crainte se vérifie et s'il s'avère nécessaire de réglementer la manière dont la société dispose des litiges entre elle et un dirigeant.

872 Le bénéfice de l'action oblique pour l'actionnaire qui agit est indirect ; de plus, il sera réparti entre tous les actionnaires. Par conséquent, l'intérêt économique de l'actionnaire à l'action oblique sera en général limité. Afin d'améliorer la mise en œuvre de la responsabilité, il serait pourtant avantageux que les actionnaires soient encouragés à agir pour le dommage de la

[2029] TF 4A_296/2015 du 27 novembre 2015, consid. 4.3 (action en convocation d'une assemblée générale).
[2030] Voir les N 1043 ss et 1348 ss *infra*.

société. Cette question est étroitement liée au traitement des frais de l'action oblique, raison pour laquelle elle sera abordée plus loin [2031].

2.3. Coordination des actions de la société et des actionnaires

2.3.1. Problématique

La coordination des actions en responsabilité au titre du dommage de la société présente certaines particularités. Nous avons établi ci-dessus que les actionnaires, lorsqu'ils invoquent le dommage social (art. 756 al. 1 CO) agissent sur la base d'un droit d'action et non d'une prétention autonome [2032] ; au chapitre précédent, nous avons retenu que l'introduction d'une action au titre du dommage de la société par celle-ci ou par un actionnaire ne saurait empêcher le dépôt de demandes par les autres titulaires du droit d'agir [2033]. Il faut dès lors se demander comment se coordonnent ces actions multiples. Il faut à cet effet définir la nature de la consorité qui naît lorsque plusieurs personnes habilitées à faire valoir le dommage de la société agissent ensemble, comment sont traitées les procédures concurrentes et comment les autres titulaires de la qualité pour agir peuvent intervenir dans une procédure pendante. 873

La situation de la société et des actionnaires en regard de la prétention sociale en réparation se rapproche de celle des consorts nécessaires au sens de l'art. 70 CPC : aux termes de cette disposition, les parties à un rapport de droit qui n'est susceptible que d'une décision unique doivent agir ou être actionnées conjointement. Dans le contexte qui nous occupe, la nécessité d'avoir un seul jugement est évidente dans la mesure où toutes les personnes habilitées à agir en vertu de l'art. 756 al. 1 CO invoquent la même prétention [2034]. Cependant, cette disposition attribue la qualité pour agir à la société et à chaque actionnaire individuellement ; il ne peut donc être question d'obliger ceux-ci à agir ensemble. La prétention matérielle appartenant à la société, on relèvera au demeurant que toutes les personnes habilitées à agir ne sont pas « ‹ *parties au rapport de droit* › au sens de l'art. 70 al. 1 [CPC] » [2035]. Cette situation crée, lorsque plusieurs titulaires du droit d'action agissent ensemble, 874

[2031] N 1219 ss *infra*.
[2032] N 870 ss *supra*.
[2033] N 806 ss *supra*.
[2034] Comp. SCHAAD 1993, p. 43.
[2035] CPC-JEANDIN, art. 70 N 8 ; mise en évidence dans le texte original.

une consorité spéciale, appelée *consorité nécessaire improprement dite (« uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft »)*[2036] ou *consorité nécessaire formelle*[2037].

875 Le droit de la société anonyme prévoit un régime similaire à l'art. 756 al. 1 CO en ce qui concerne l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale. En effet, l'art. 706 al. 1 CO attribue la qualité pour agir en annulation au conseil d'administration et à chaque actionnaire. Il y a également un parallèle à faire entre l'action oblique et la cession de créances de la masse en faillite à plusieurs créanciers en vertu de l'art. 260 LP : cette disposition n'entraîne pas un transfert de la créance à proprement parler, mais permet d'attribuer à un tiers le droit d'invoquer celle-ci en son nom[2038]. Dans la section qui suit, nous présenterons les principes régissant la coordination dans ces deux situations et tenterons d'en tirer des enseignements pour l'action oblique.

2.3.2. Comparaison avec l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO) et la cession de créances dans le cadre de l'art. 260 LP

a) Coordination des demandes en matière d'annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO)

876 L'action en responsabilité au titre du dommage de la société, qui peut être intentée par la société et chaque actionnaire (art. 756 al. 1 CO), présente des similarités avec l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, où la qualité pour agir appartient au conseil d'administration et à chaque actionnaire (art. 706 al. 1 CO). Dans ce cadre, le Tribunal fédéral admet que différents titulaires du droit d'action introduisent des actions parallèles[2039]. Cependant, dans le cadre de l'art. 706 CO, l'actionnaire agit dans son propre intérêt, pour se défendre contre une atteinte à ses droits, comme l'indiquent les motifs d'annulation prévus à l'art. 706 al. 2 CO[2040]. Pour cette raison, seul un jugement admettant la demande déploiera des effets *erga omnes* (art. 706 al. 5 CO) ; un rejet ne portera pas préjudice à l'action des autres demandeurs[2041]. Cet effet *inter partes* justifie à notre avis que chaque actionnaire puisse procéder de manière autonome. Lorsque plusieurs demandes sont introduites, il n'est pas nécessaire qu'elles soient toutes réunies et fassent l'objet d'un

[2036] CPC-JEANDIN, art. 70 N 8 ; HOHL 2001, N 540 ; GARBARSKI 2006, p. 103. Voir ég. ATF 121 III 488, consid. 2c, JdT 1997 II 147 : *« [Es wird] von einer uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft [...] bzw. von einer bedingten notwendigen Streitgenossenschaft gesprochen »*.

[2037] BOHNET 2014a, N 456 ; CHABLOZ 2012, N 796 ; voir en détail SCHAAD 1993, p. 61 s.

[2038] ATF 139 III 391,consid. 5.1 ; 121 III 488, consid. 2, JdT 1997 II 147 ; 107 III 91, consid. 3c.

[2039] ATF 122 III 279, consid. 3c/bb, JdT 1998 I 605 ; *contra* : BOHNET 2009a, N 19.

[2040] La jurisprudence exige par ailleurs l'existence d'un intérêt personnel du demandeur à l'annulation de la décision (ATF 133 III 453, consid. 7, JdT 2008 I 20 ; TF 4A_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1.).

[2041] ATF 122 III 279, consid. 3c/bb, JdT 1998 I 605 ; BÖCKLI 2009, § 16 N 131 ; ZK-TANNER, art. 706 N 202 ; ZK-BÜRGI, art. 706 N 72.

jugement unique [2042], bien que cela soit souhaitable [2043]. Le risque d'accumulation des actions en annulation est limité par le délai de déchéance très bref – deux mois – prévu à l'art. 706*a* al. 1 CO.

Cette solution est cependant difficilement transposable à l'action en responsabilité au titre du dommage de la société. Les deux actions présentent en effet une différence fondamentale : alors que l'action en annulation repose sur les droits individuels de l'actionnaire, l'action en responsabilité oblique (art. 756 al. 1 CO) est fondée sur la seule prétention en réparation de la société [2044]. Dès lors, des demandes introduites en parallèle ne peuvent déboucher que sur un jugement unique, contrairement à ce que retient la jurisprudence rendue dans le cadre de l'art. 706 CO [2045]. Il n'est donc pas possible de tirer des principes de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale quant à la coordination d'actions parallèles. 877

b) Coordination des demandes dans le cadre de l'art. 260 LP

Selon l'art. 260 al. 1 LP, chaque créancier peut demander à la masse en faillite la cession d'une prétention si l'ensemble des créanciers renonce à la faire valoir. Comme nous l'évoquions, par cette « cession », le créancier qui en fait la requête n'acquiert pas une prétention de la masse en faillite, mais uniquement le droit de la faire valoir en justice en son nom. En cas de cession à plusieurs créanciers, ceux-ci forment potentiellement une consorité nécessaire formelle [2046]. En effet, la prétention cédée doit nécessairement faire l'objet d'un jugement unique [2047]. En revanche, les créanciers cessionnaires n'ont pas l'obligation d'agir tous ensemble [2048]. En termes de procédure, cela signifie que l'action n'est pas irrecevable si elle est introduite par un seul ou quelques-uns des créanciers cessionnaires [2049]. Par ailleurs, en cas d'action intentée par plusieurs créanciers, les consorts ont le droit de procéder indépendamment les uns des autres [2050]. 878

Pour autant, les créanciers cessionnaires ne sont pas entièrement autonomes : en raison de la nécessité d'avoir un jugement unique, la jurisprudence retient que toutes les actions doivent être réglées au cours d'une seule procédure [2051]. Les moyens de parvenir à cette concentration des causes ne sont pas entièrement déterminés ; sous l'empire des procédures civiles 879

[2042] *Contra* : BÖCKLI 2009, § 16 N 132 ; HOHL 2001, N 552.
[2043] BOHNET 2009a, N 18.
[2044] N 854 ss *supra*.
[2045] N 874 *supra*.
[2046] ATF 121 III 488, consid. 2c, JdT 1997 II 147.
[2047] ATF 121 III 488, consid. 2d, JdT 1997 II 147.
[2048] ATF 121 III 488, consid. 2c, JdT 1997 II 147 ; BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 57 ; CPC-JEANDIN, art. 70 N 8.
[2049] BK ZPO I-GROSS/ZUBER, art. 70 N 26.
[2050] ATF 121 III 488, consid. 2c, JdT 1997 II 147 ; 121 III 291, consid. 3a ; 107 III 91, consid. 3c ; BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 57.
[2051] ATF 121 III 488, consid. 2e, JdT 1997 II 147.

cantonales, le Tribunal fédéral n'excluait ainsi pas que des actions introduites séparément soient jointes, pour autant que le droit cantonal l'autorise [2052]. Toutefois, en raison de la nécessité d'avoir un jugement unique, le juge ne peut pas trancher un litige introduit par un seul ou quelques-uns des créanciers cessionnaires tant qu'il n'est pas établi que les autres n'agiront pas [2053]. De fait, le tribunal n'a pas l'obligation d'entrer en matière sur une action qui n'émane pas de tous les créanciers habilités à agir ; il doit même la déclarer irrecevable lorsque les actions de tous les créanciers ne peuvent pas être jointes, p. ex. parce qu'il n'est pas compétent pour connaître de l'action de chaque créancier cessionnaire [2054].

880 Cette incertitude sur la recevabilité d'une action introduite par un seul ou quelques-uns des créanciers cessionnaires implique que ceux-ci se concertent avant d'agir ; on peut retenir pour principe que ceux qui veulent introduire action doivent le faire ensemble [2055] et qu'ils doivent pouvoir attester qu'une autre action portant sur le même objet ne sera pas introduite ailleurs [2056]. Il revient en principe à l'administration de la faillite de donner les directives nécessaires à une action coordonnée, p. ex. en fixant un délai au-delà duquel le droit d'agir est révoqué si le créancier n'en fait pas usage [2057].

2.3.3. Discussion

881 L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, malgré une définition similaire du cercle des titulaires de la qualité pour agir, est trop différente de l'action pour le dommage de la société pour qu'on puisse en tirer quelque enseignement. L'action en responsabilité oblique présente en revanche des points communs avec la cession de créances au sens de l'art. 260 LP. Tout comme celle résultant de la cession de créances du droit de la faillite, la consorité active fondée sur l'art. 756 al. 1 CO est une consorité nécessaire *formelle* [2058]. Ce type de consorité n'est pas appréhendé par le code de procédure civile ; en particulier, l'art. 70 CPC ne peut pas s'appliquer directement, puisque les titulaires du droit d'agir ne

[2052] ATF 121 III 488, consid. 2d s., JdT 1997 II 147 ; 107 II 91, consid. 3c. Voir ég. BK ZPO I-FREI, art. 125 N 24.

[2053] ATF 121 III 488, consid. 2d, .

[2054] ATF 121 III 488, consid. 2d s., JdT 1997 II 147 ; HOHL 2001, N 549.

[2055] VON HOLZEN 2006, p. 113 ; CPC-JEANDIN, art. 70 N 8. NICOLAS JEANDIN considère que la première action introduite emporte la litispendance et empêcherait donc l'introduction de nouvelles actions par d'autres créanciers cessionnaires *(ibidem)*. MARIE-FRANÇOISE SCHAAD qualifie cette consorité de « nécessaire conditionnelle », en ce que les créanciers cessionnaires ne seraient obligés de procéder en commun que si le défendeur l'exige (SCHAAD 1993, p. 372).

[2056] VON HOLZEN 2006, p. 112 s. ; selon cette auteure, la qualité pour agir fait défaut si tous les créanciers cessionnaires qui ont la volonté d'agir ne procèdent pas en commun.

[2057] VON HOLZEN 2006, p. 114 ; SCHAAD 1993, p. 366 ; sur la compétence de l'administration de la faillite : ATF 121 III 488, consid. 2d, JdT 1997 II 147 ; 121 III 291, consid. 3b.

[2058] CHABLOZ 2012, N 796 ; GARBARSKI 2006, p. 103. Dans le même sens : BÄRTSCHI 2001, p. 146 : « *mehr als eine gewöhnliche einfache Streitgenossenschaft* ». Pour l'existence d'une consorité simple : FORSTMOSER 1987, N 44 n. 114.

doivent pas obligatoirement agir conjointement. La coordination des actions des différentes personnes habilitées à agir nécessite dès lors une interprétation du cadre fourni par le CPC et l'art. 756 al. 1 CO. Comme dans le contexte de l'art. 260 LP, l'enjeu de celle-ci est, d'une part, de garantir que la prétention en responsabilité appartenant à la société fasse l'objet d'un jugement unique, et, d'autre part, de respecter l'indépendance entre les titulaires du droit d'agir découlant de l'art. 756 al. 1 CO [2059].

Nous pouvons tout d'abord retenir que la recevabilité de l'action fondée sur un dommage de la société n'implique pas la participation de tous les titulaires du droit d'agir [2060]. De même, nous avons établi au chapitre précédent qu'une action au titre du dommage de la société ne saurait être déclarée irrecevable au motif qu'une action introduite par quelqu'un d'autre est déjà pendante [2061]. Dans ce cas en effet, la personne qui a agi plus tard n'aurait que la possibilité d'intervenir à titre accessoire dans la première procédure (art. 74 CPC) ; cette position lui permet d'accomplir tous les actes de procédure utiles au demandeur (art. 76 CPC) et de se prémunir contre une gestion négligente de la procédure par ce dernier (art. 77 CPC). L'intervenant n'est cependant pas partie au procès et ne dépose pas de conclusions autonomes, ce qui pourrait mener à des abus du demandeur principal ; l'intervention accessoire ne suffit donc pas à atteindre le but visé par le droit d'agir de chaque actionnaire. La *ratio* de l'art. 756 al. 1 CO impose donc que chaque titulaire du droit d'agir soit en mesure d'introduire une demande ou de participer à un procès pendant. Il faut dès lors se demander comment se coordonnent différentes actions portant sur le même objet. 882

En matière de cession de créances (art. 260 LP), la jurisprudence attend des titulaires du droit d'agir qu'ils se concertent : les créanciers cessionnaires qui choisissent d'agir doivent le faire ensemble [2062]. Cette solution est difficilement transposable à l'action en responsabilité oblique : le cercle des ayants droit est indéterminé et il n'existe pas d'organisme qui puisse fixer, à l'image de l'administration de la faillite, les modalités de la coordination. 883

On peut imaginer que le juge saisi en second lieu suspende la procédure en attendant l'issue du premier procès (art. 126 al. 1 CPC). Cette solution ne nous paraît pas indiquée non plus puisqu'un jugement rejetant la première demande liera le demandeur ultérieur sans que celui-ci n'ait pu faire valoir ses arguments en faveur d'une condamnation du défendeur [2063]. 884

On peut enfin considérer la solution de la jonction des causes (art. 125 al. 1 CPC) ou, si deux tribunaux différents sont saisis, du renvoi (art. 127 al. 1 CPC) [2064]. L'application de ces 885

[2059] 121 III 291, consid. 3a ; VON HOLZEN 2006, p. 85.
[2060] VON HOLZEN 2006, p. 85 ; SCHAAD 1993, p. 43 n. 40.
[2061] N 806 *supra*.
[2062] N 880 *supra*.
[2063] Sur l'autorité de la chose jugée dans le contexte de l'action oblique, voir les N 1350 ss *infra*.
[2064] Comp. VON HOLZEN 2006, p. 85 ; SCHAAD 1993, p. 372.

règles permettrait la réalisation d'une seule procédure impliquant tous les acteurs concernés. Toutefois, en raison de la nécessité d'avoir un jugement unique, la jonction des causes et le renvoi ne peuvent pas être des facultés du juge saisi en deuxième lieu, mais doivent être obligatoires [2065]. De même, le tribunal saisi en premier lieu ne pourra pas s'opposer à un renvoi, en dérogation à l'art. 126 al. 1 i. f. CPC. A lire la jurisprudence relative à l'art. 260 LP, l'obligation de renvoyer les causes, admissible sur le principe, pourrait être problématique lorsque plusieurs tribunaux sont compétents pour connaître de l'action, ce qui empêcherait une jonction des causes [2066]. Cette réserve n'a, à notre avis, pas lieu d'être dans la mesure où l'art. 127 al. 1 CPC offre une base légale pour le renvoi des causes au niveau fédéral. Qui plus est, les conditions relatives au for de l'action en responsabilité des organes sont les mêmes quelle que soit l'identité du demandeur (art. 40 CPC) [2067] ; il n'y a donc pas de risque que la procédure soit renvoyée à un tribunal incompétent à raison du lieu.

886 La coordination d'actions en responsabilité obliques introduites parallèlement passe dès lors par une jonction ou un renvoi obligatoires des causes lorsqu'une demande est introduite alors qu'une autre est déjà pendante [2068]. *De lege ferenda*, et dans l'intérêt de limiter la complexité des procédures, il pourrait être opportun de fixer un délai pendant lequel les titulaires d'un droit d'action pourraient participer à une action en responsabilité pendante, moyennant la publication de l'introduction d'une action, p. ex. dans la FOSC.

3. Qualité pour agir de l'actionnaire au titre de son propre dommage

3.1. Sur la base de l'art. 754 CO

887 Le texte clair de l'art. 754 al. 1 CO donne à l'actionnaire qualité pour agir en réparation de son propre dommage [2069]. Celle-ci est donnée indépendamment de l'existence ou non d'un dommage de la société [2070] ; la jurisprudence qui restreint, dans la faillite, la qualité pour agir du créancier et de l'actionnaire en cas de dommage concurrent de la société [2071] ne s'applique

[2065] JENNY 2012, N 926. Dans le même sens concernant l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale : HOHL 2001, N 552 ; et concernant l'action en examen du rapport d'échange (art. 105 LFus) : ZK FusG-MEIER-DIETERLE, art. 105 N 43.

[2066] ATF 121 III 488, consid. 2e, JdT 1997 II 147.

[2067] Voir à ce sujet les N 772 ss *supra*.

[2068] On relèvera que l'examen d'une éventuelle litispendance préexistante fait déjà partie du contrôle des conditions de recevabilité réalisé d'office par le juge (art. 59 al. 2 let. d et 60 CPC).

[2069] Conformément à la définition retenue en introduction au présent chapitre (N 814 *supra*) et au libellé de l'art. 754 CO, la qualité pour agir au titre d'un dommage propre peut aussi appartenir au créancier ; cependant, ce dernier ne peut en principe pas subir de préjudice hors de la faillite (N 212 *supra*).

[2070] BÄRTSCHI 2014, p. 73 ; HANDSCHIN 2005, p. 247.

[2071] ATF 122 III 176, consid. 7b, JdT 1998 II 140 (arrêt de principe) ; 141 III 112, consid. 5.2.3 ; 132 III 564, consid. 3.2.3, JdT 2007 I 448 ; 128 III 180, consid. 2c.

pas hors de la faillite [2072]. Dès lors, il est également permis à l'actionnaire d'invoquer des normes du droit des sociétés qui ne sont pas destinées à le protéger exclusivement [2073].

La personne qui agit en vertu de l'art 754 CO pour son propre dommage ne doit pas nécessairement être actionnaire au moment où elle intente l'action, pour autant qu'elle ait subi le dommage en sa qualité d'actionnaire [2074]. Tel est notamment le cas de l'investisseur qui subit un préjudice au moment où il acquiert des actions [2075]. La qualité pour agir appartient aussi à l'acquéreur secondaire, p. ex. celui qui a obtenu les actions auprès d'une personne qui les a souscrites à titre fiduciaire [2076]. 888

3.2. Sur la base de l'art. 752 CO

L'art. 752 CO protège les « acquéreurs » du titre auquel se rattache le prospectus inexact. Peuvent avoir qualité pour agir les actionnaires, les créditeurs d'emprunts par obligations, les participants et les bénéficiaires de bons de jouissance [2077]. La société n'a logiquement pas qualité pour agir [2078]. La qualité pour agir au titre de l'art. 752 CO appartient non seulement 889

[2072] ATF 132 III 564, consid. 3.2.3, JdT 2007 I 448 ; 131 III 306, consid. 3.1.2, JdT 2006 I 56 ; TF 4C.13/1997 du 19 décembre 1997, PJA 1998 1235 ; CHABLOZ 2012, N 741. Précision apparemment ignorée chez KÄLIN 2016, p. 141, qui examine la restriction qui frappe l'action des créanciers et des actionnaires sous l'angle de la qualification de l'illicéité d'après la théorie de la norme protectrice ; selon cet auteur, il existerait une définition plus sévère de l'illicéité en cas d'action pour le « dommage direct » fondée sur l'art. 754 CO, puisqu'elle nécessiterait la violation d'une norme destinée à protéger exclusivement les créanciers ou les actionnaires. Cette approche, que l'on pouvait autrefois déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 122 III 176, consid. 7b) est dépassée depuis l'ATF 131 III 306, consid. 3.1.2, qui établit explicitement que cette restriction relève de la qualité pour agir *(« Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger [...] eingeschränkt »)* et n'a cours qu'en présence de prétentions concurrentes de la masse en faillite et des créanciers ou des actionnaires (voir ég. HaftpflichtKomm-LUTERBACHER, Vor Art. 754-760 OR N 21 ; CORBOZ 2005, p. 391 s. et le rappel de jurisprudence *in* ATF 142 III 23, consid. 4.2 ss).

[2073] ATF 131 III 306, consid. 3.1.2, JdT 2006 I 56 ; TF 4C.13/1997 du 19 décembre 1997, PJA 1998 1235 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 245 ; HaftpflichtKomm-LUTERBACHER/STUDER, art. 756 CO N 16 ; GLANZMANN 2000, p. 188 ; CORBOZ 2005, p. 291. *Contra* : KÄLIN 2016, p. 141 ; GARBARSKI 2006, p. 60, qui généralisent la règle applicable en cas de faillite et en présence d'un dommage social ; dans le même sens, apparemment, DASSER/ROTH 2014, p. 253.

[2074] ATF 106 II 232, consid. 2b, JdT 1981 I 155 ; TF 4C.13/1997 du 19.12.1997, consid. 3, PJA 1998 1235 ss.

[2075] TF 4C.13/1997 du 19.12.1997, consid. 3, *in* PJA 1998 1235 ss. *Contra* : KNOBLOCH 2011, p. 165 s, ainsi que BÖCKLI 2009, § 18 N 193 ss en ce qui concerne la responsabilité fondée sur un rapport de révision défectueux.

[2076] TF 4C.198/2000 du 28 septembre 2000, consid. 3 (responsabilité du réviseur) : « un investisseur qui achète, en se fiant à un rapport de révision, un paquet d'actions dont il s'avère par la suite que la valeur réelle ne correspond pas à son prix de vente ne peut pas être considéré comme un tiers en relation avec la qualité pour agir ». Dans le même sens : GLANZMANN 2000, p. 187.

[2077] BSK OR II-WATTER, art. 752 N 5 ; CR CO II-CORBOZ, art. 752 N 6 ; FORSTMOSER 1987, N 914.

[2078] FORSTMOSER 1987, N 914.

à celui qui a souscrit des actions lors de l'émission, mais aussi à l'acquéreur sur le marché secondaire [2079]. L'aliénation des titres ne cause pas la perte de la qualité pour agir [2080].

3.3. Sur la base de l'art. 41 CO

890 La qualité pour agir au titre de l'art. 41 CO appartient à celui qui prétend avoir subi un dommage causé par un acte illicite [2081].

4. Invocation collective de prétentions

4.1. Problématique

891 L'invocation collective de prétentions est un enjeu important de la responsabilité des organes de la société anonyme. Lorsque la société est lésée, tous les actionnaires sont touchés et potentiellement intéressés à l'obtention d'une réparation ; lorsque la responsabilité des dirigeants est engagée en raison de la diffusion d'informations inexactes, le cercle des lésés peut également être important. L'amélioration de la mise en œuvre collective des droits fait d'ailleurs l'objet de diverses initiatives au niveau législatif : le Conseil fédéral a publié le 3 juillet 2013 un rapport sur l'exercice collectif des droits en Suisse, concluant à la nécessité de mesures facilitant l'invocation collective de prétentions [2082]. Par ailleurs, le Conseil national a adopté le 27 septembre 2013 une motion chargeant le Conseil fédéral de modifier la loi « afin qu'un grand nombre de personnes lésées de manière identique ou similaire puissent faire valoir collectivement leurs prétentions devant le juge » [2083]. Enfin, l'avant-projet de loi fédérale sur les services financiers du 25 juin 2014 contenait également des dispositions sur la mise en œuvre collective des droits ; celles-ci ont cependant été abandonnées dans le projet de LSFin [2084].

892 L'invocation collective de prétentions est un moyen de réaliser des économies d'échelle grâce à la réalisation d'une procédure unique visant à liquider un grand nombre de litiges [2085]. De ce fait, elle offre un accès à la justice à des personnes pour qui une action individuelle n'est

[2079] ATF 131 III 306, consid. 2.1, JdT 2006 I 56 ; TF 4C.245/1995 du 2 août 1996, SJ 1997 108, consid. 5b ; BSK OR II-WATTER, art. 752 N 6.
[2080] BÖCKLI 2009, § 18 N 19 ; BSK OR II-WATTER, art. 752 N 7 ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 83.
[2081] BK-BREHM, art. 41 N 17 ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 42. Concernant les normes entrant en considération pour un dommage causé aux actionnaires par un dirigeant dans le cadre de l'exercice de ses attributions, voir les N 174 ss *supra*.
[2082] Exercice collectif des droits, p. 54 ss.
[2083] Motion 13.3931, Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments.
[2084] Message LSFin, p. 8114.
[2085] BÄRTSCHI 2014, p. 103 ; CONTRATTO 2009, p. 178.

pas envisageable en raison de la faiblesse du préjudice ou de la complexité de l'affaire, qui se traduirait par des frais importants. Le rassemblement de prétentions dans une procédure unique soulage également les autorités judiciaires [2086]. En augmentant l'attractivité de l'action en responsabilité, les procédures collectives peuvent aussi contribuer à garantir le respect des règles du droit des sociétés [2087]. Les procédures collectives peuvent enfin être avantageuses pour les défendeurs dans la mesure où elles réduisent le risque de jugements contradictoires et favorisent un règlement global des conséquences d'un manquement, éventuellement par le biais d'une transaction collective [2088].

Avant de nous intéresser aux formes d'action collective existantes et aux changements proposés par la doctrine, il nous semble important de caractériser les prétentions en jeu dans le procès en responsabilité des dirigeants ; ceci nous permettra d'identifier les questions auxquelles devrait répondre une procédure de litige collectif. Sur cette base, nous présenterons les moyens d'action collective existants, puis nous examinerons les propositions faites *de lege ferenda*. 893

4.2. Caractère des dommages invoqués dans le contexte de la responsabilité des dirigeants

La responsabilité des dirigeants hors faillite peut concerner deux types de dommage : le dommage de la société et celui des actionnaires. 894

En ce qui concerne le dommage social, il faut relever qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un dommage collectif ; bien qu'elle puisse être invoquée par chaque actionnaire individuellement, il n'existe qu'une prétention fondée sur le préjudice subi par la société. L'action au titre du dommage de la société ne soulève dès lors pas véritablement de questions relatives à l'invocation collective de prétentions. Lorsque l'action en responsabilité est envisagée par un actionnaire, il peut cependant être avantageux d'agir de manière concertée avec d'autres afin de réduire le déséquilibre entre les frais encourus et la participation au produit de l'action [2089]. 895

La situation est différente lorsqu'on envisage le dommage subi par des actionnaires en raison de la communication d'informations inexactes dans le cadre d'une émission ou des règles de publicité de la bourse suisse. Il s'agit là typiquement d'un dommage collectif, puisqu'un grand nombre d'investisseurs sera touché et aura potentiellement subi un préjudice en raison de l'information inexacte. Les dommages individuels peuvent aller d'une atteinte patrimoniale d'un faible montant (dommages dispersés) à des préjudices très importants 896

[2086] Exercice collectif des droits, p. 11, 40.
[2087] CONTRATTO 2009, p. 178 ; voir ég. Exercice collectif des droits, p. 13.
[2088] Comp. Exercice collectif des droits, p. 10.
[2089] Sur la problématique des coûts de l'action oblique, voir les N 1219 ss *infra*.

(dommages collectifs) [2090], selon l'ampleur de l'investissement et la chute de valeur des titres. Les dommages dispersés et les dommages collectifs (ou de masse) posent deux problèmes différents ; dans le premier cas, l'intérêt des lésés à agir est trop faible en raison du déséquilibre entre les coûts de la justice et la réparation envisageable [2091]. Dans le second, la préoccupation serait plutôt un débordement des autorités judiciaires par le dépôt d'un grand nombre de demandes similaires, ce qui causerait des retards importants et peut produire des jugements contradictoires [2092]. Dans la mesure où certains investisseurs peuvent subir des dommages significatifs en raison de la diffusion d'informations inexactes, ceux-ci devraient en principe avoir un intérêt suffisant à agir en justice. Cependant, il n'existe à l'heure actuelle pas d'exemple d'actions en justice introduites en masse en raison de la diffusion d'informations inexactes sur les marchés en Suisse. Ce constat est à notre sens dû aux difficultés relatives à la preuve du dommage subi par l'investisseur individuel et de la causalité entre celui-ci et la diffusion d'informations inexactes. La résolution de ces questions rend presque inévitable la réalisation d'expertises complexes, dont les coûts décourageront le lésé. Qui plus est, il n'existe pas de base légale claire pour une responsabilité fondée sur le non-respect des règles d'information du droit boursier. Une mise en œuvre efficace de la responsabilité nécessitera dès lors la création d'une disposition matérielle explicite ; ensuite, les aménagements procéduraux devront permettre d'alléger la charge imposée aux investisseurs quant à la preuve de leur dommage individuel [2093].

4.3. L'action collective *de lege lata*

4.3.1. Consorité active

897 Le CPC connaît deux formes de consorité : la consorité nécessaire, qui oblige les parties à un rapport de droit qui n'est susceptible que d'une décision unique à agir ensemble (art. 70 al. 1 CPC) et la consorité simple qui autorise les personnes dont les droits et les devoirs résultent de faits ou de fondements juridiques semblables à agir ensemble (art. 71 al. 1 CPC).

898 L'invocation commune de prétentions d'investisseurs lésés en raison de la diffusion d'informations inexactes est un cas de consorité simple active (ou cumul d'actions subjectif) au sens de l'art. 71 CPC. Il s'agit d'une consorité active simple formelle, puisque chaque demandeur fait valoir sa propre prétention [2094]. Sur cette base, les consorts demandeurs peuvent agir conjointement et désigner un représentant commun (art. 72 CPC). L'action en

[2090] Comp. Exercice collectif des droits, p. 10 ; WAGNER 2011, p. 65.
[2091] WAGNER 2011, p. 62 ; MÜLLER K. 2015, p. 803 ; GORDON-VRBA 2007, p. 6.
[2092] WAGNER 2011, p. 65 ; MÜLLER K. 2015, p. 804 ; GORDON-VRBA 2007, p. 6 s.
[2093] Voir en particulier à ce sujet les N 1097 ss *infra*.
[2094] CPC-JEANDIN, art. 71 N 6 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 N 25 ; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, art. 71 N 5.

consorité n'est admissible que si les prétentions relèvent de la même procédure et que le tribunal saisi est compétent pour connaître des différentes demandes ; ces conditions ne posent pas de difficulté particulière dans le contexte qui nous intéresse.

Le cumul d'actions subjectif permet d'harmoniser les décisions et peut réduire le nombre d'actes de procédure à réaliser si les demandeurs agissent de manière concertée. Cependant, chaque consort peut agir indépendamment des autres et chaque prétention invoquée doit être examinée et tranchée individuellement. De manière générale, l'action en consorité permet permet une coordination des actes de procédure pour un faible nombre de demandeurs, mais pas lorsque les lésés sont très nombreux, ce qui peut typiquement être le cas en cas de responsabilité fondée sur la diffusion d'informations inexactes [2095]. Pour cette raison, ce moyen est insuffisant pour faire valoir efficacement un grand nombre de prétentions. 899

Pour que sa prétention puisse être admise, chaque demandeur devra prouver que les conditions de la responsabilité seront remplies pour lui. Dans la mesure où les faits fondant l'illicéité et la faute résident dans la personne du défendeur, il est possible de traiter ces questions de manière uniforme pour tous les demandeurs [2096]. Le dommage, qui ne peut pas être déterminé de manière fiable, devra être fixé par le juge en application de l'art. 42 al. 2 CO [2097]. On peut aussi imaginer que ce dernier choisisse, dans le cadre de cette disposition, une méthode de calcul uniformisée. En revanche, agir en consorité n'apporte pas d'allégement lorsqu'il s'agit de démontrer que la causalité est donnée pour chaque demandeur [2098]. Les questions du dommage et de la causalité peuvent impliquer la réalisation d'expertises complexes, qui n'ont pas nécessairement de validité au-delà du cas individuel. En l'état actuel du droit, le gain d'efficacité que permet l'introduction d'une action en consorité est dès lors limité. 900

4.3.2. Action des associations

L'art. 89 CPC prévoit une forme d'action représentative par laquelle des associations et autres organisations représentant les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe. Cette action des associations ne permet cependant pas de faire valoir des prétentions en dommages et intérêts (art. 89 al. 1 CPC *a contrario*) [2099]. 901

[2095] MÜLLER L. 2015, p. 810.
[2096] DAENIKER/WALLER 2003, p. 84 s.
[2097] Comp. N 239 *supra*.
[2098] Comp. N 1100 *infra*.
[2099] Voir p. ex. MÜLLER K. 2015, p. 812.

4.3.3. Cumul objectif par cession des prétentions à un représentant

902 L'art. 90 CPC dispose que le demandeur peut réunir dans la même action plusieurs prétentions contre le même défendeur, pour autant que le même tribunal soit compétent à raison de la matière et qu'elles soient soumises à la même procédure. Sur cette base, il est possible de collectiviser les prétentions d'investisseurs lésés en les cédant à un représentant, qui les ferait alors valoir ensemble [2100]. La conduite de la procédure par un seul demandeur simplifie la gestion du procès et le rassemblement des prétentions permet de réaliser des économies d'échelle [2101]. Cette solution basée sur le droit existant est une piste intéressante pour l'invocation collective de droits. Contrairement à l'avocat, le cessionnaire privé n'est pas soumis à l'interdiction du *pactum de quota litis* [2102]. Il lui est donc possible de répondre à la problématique des coûts de procédure en se faisant financer le procès sur une base privée en échange d'une participation au produit de l'action. Cette solution devrait suffire à rendre praticable l'invocation de certaines prétentions collectives *de lege lata*, nonobstant l'absence d'acteurs spécialisés qui pourraient prendre en charge ce type de procédure [2103].

903 La cession de prétentions est cependant de peu de secours dans le contexte qui nous intéresse tant que les conditions de la responsabilité ne peuvent pas faire l'objet d'un traitement uniforme pour un grand nombre de lésés. En raison de cette approche individuelle de la responsabilité, en particulier du dommage et de la causalité, il faut également partir du principe que le précédent offert par un jugement dans une procédure « collective » de ce type n'aura pas nécessairement valeur d'exemple pour d'éventuelles actions subséquentes introduites par des investisseurs individuels [2104].

4.4. L'action collective *de lege ferenda*

4.4.1. Contexte

904 *De lege lata*, nous avons établi que l'invocation du dommage de la société par des actionnaires (art. 756 al. 1 CO) ne crée pas à proprement parler de problématique d'action collective ; ce cas de figure soulève avant tout des questions de coordination entre les différents titulaires du droit d'agir. En revanche, il n'existe pas de moyen valable permettant de liquider un grand nombre prétentions fondées sur la fourniture d'informations inexactes, qui est le cas typique dans lequel une multitude d'actionnaires seraient appelés à faire valoir un dommage direct. Ces dommages constituent des dommages de masse, c'est-à-dire qu'ils sont suffisamment

[2100] Exercice collectif des droits, p. 16.
[2101] MÜLLER K. 2015, p. 811.
[2102] BOHNET 2013a, N 105.
[2103] MÜLLER K. 2015, p. 811.
[2104] Sur cet effet préjudiciel de fait, voir BOHNET 2013b, p. 443.

importants, du moins chez certains investisseurs, pour justifier une action individuelle. Or ces actions sont rares en pratique. Ce constat découle à notre avis de la difficulté à établir les conditions matérielles de la responsabilité de l'auteur de prospectus ou de l'émetteur, en particulier en ce qui concerne le dommage et la causalité.

Pour cette raison, nous considérons que la création d'une base légale explicite pour la responsabilité fondée sur la diffusion d'informations inexactes, qui instituerait un régime permettant de traiter de manière collective les conditions de cette responsabilité, est prioritaire par rapport à l'introduction d'un système d'action collective. C'est seulement lorsque les questions juridiques qui se posent pourront être résolues de manière uniforme qu'il sera possible de liquider ensemble un grand nombre de prétentions [2105]. 905

L'exercice collectif des droits reste une préoccupation actuelle du législateur ; dans l'avant-projet relatif à la LSFin, le Conseil fédéral entendait offrir des facilités aux demandeurs en prévoyant une procédure d'action collective une transaction de groupe (art. 101 ss AP-LSFin) [2106]. Au vu de l'accueil mitigé qu'ont reçu ces propositions lors de la procédure de consultation [2107], le Conseil fédéral a renoncé à les maintenir dans le projet de LSFin [2108]. La réflexion se poursuivra cependant en vue de l'introduction d'un moyen de règlement collectif des litiges général dans le CPC [2109]. Dans les conclusions à son rapport sur l'exercice collectif des droits en Suisse, le Conseil fédéral retient par ailleurs qu'il faudrait envisager la création de bases légales pour des actions modèles dont le résultat serait contraignant pour les cas similaires ou alors des actions de groupe, c'est-à-dire conduites par un représentant faisant valoir les prétentions d'un grand nombre de personnes. Cette action de groupe pourrait également se concrétiser par une forme de transaction collective [2110]. 906

Entrer en détail sur les modalités d'une future mise en œuvre collective des droits dépasserait le cadre de la présente contribution. Nous nous permettrons cependant les réflexions qui suivent. 907

4.4.2. Délimitation de la légitimation active dans les règles fondant la responsabilité

Lorsqu'on examine le projet de loi sur les services financiers, le premier constat qui s'impose est que le Conseil fédéral renonce à modifier les dispositions matérielles de la responsabilité ; l'art. 72 P-LSFin (art. 69 AP-LSFin) reprend ainsi l'art. 752 CO en l'adaptant à l'émission 908

[2105] Comp. GORDON-VRBA 2007, p. 121 s.
[2106] Voir ég. Exercice collectif des droits, p. 55.
[2107] Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la consultation relative à la loi sur les services financiers (LSFin) et à la loi sur les établissements financiers (LEFin), 13 mars 2015, p. 42. Sceptique également : WYSS 2015, N 122 ss.
[2108] Message LSFin, p. 8114
[2109] Message LSFin, p. 8114.
[2110] Exercice collectif des droits, p. 56.

d'instruments financiers[2111] ; on notera simplement le renversement du fardeau de la preuve de la faute, ce qui ne devrait pas avoir d'énorme incidence pratique. Une disposition relative à la responsabilité de l'émetteur et de ses organes pour les manquements aux règles de publication sur les marchés n'est pas prévue. Nous avons déjà établi la nécessité de créer une base explicite pour sanctionner le non-respect des règles d'information du droit boursier[2112]. Dans l'intérêt de faciliter le regroupement des prétentions, il nous semble également pertinent de délimiter la légitimation active au titre d'une telle disposition, mais aussi dans le cadre de l'art. 752 CO. Ceci permettrait de lever toute incertitude quant à la composition du groupe qui pourrait participer à une action collective.

909 Dans le cadre d'une disposition relative à la diffusion d'informations inexactes, on pourra s'inspirer des § 37b s. WpHG. Ces dispositions prévoient que l'acquéreur d'un instrument financier a une prétention en réparation contre l'émetteur si celui-ci a omis de publier une information susceptible d'influencer les cours *(Insiderinformation)* et que le titre a été acquis :

— après le moment où l'information aurait dû être diffusée et n'a pas été aliéné avant sa publication (§ 37b al. 1 ch. 1 WpHG) ; dans ce cas, un dommage peut typiquement survenir si l'information passée sous silence influence le cours à la baisse ;
— avant la survenance des faits devant faire l'objet d'une publication et aliéné après le moment où l'information aurait dû être diffusée (§ 37b al. 1 ch. 1 WpHG) ; dans ce cas, un dommage peut typiquement survenir si l'information passée sous silence influence le cours à la hausse ;

En cas de diffusion d'informations inexactes, l'art. 37c retient que la légitimation active est donnée lorsqu'un tiers s'est fié à ces informations et a :

— acquis les titres après la publication et les détient toujours après la rectification de l'information (§ 37c al. 1 ch. 1 WpHG ; dommage typique en cas d'influence du cours à la baisse) ;
— acquis les titres avant la publication inexacte et les aliène avant leur rectification (§ 37c al. ch. 2 WpHG ; dommage typique en cas d'influence du cours à la hausse) ;

910 Dans le cadre d'une refonte de l'art. 752 CO (et dans le futur art. 72 LSFin), il pourrait se justifier de limiter la légitimation active aux personnes qui ont acquis les titres – sur le marché primaire ou secondaire – dans un certain délai après l'émission, p. ex. 6 mois[2113].

[2111] Message LSFin, p. 8191.
[2112] N 196 ss *supra* ; voir ég. N 1097 ss *infra*.
[2113] Comp. § 21 al. 1 WpPG.

4.4.3. Quelle forme de procédure collective ?

Dans son rapport sur l'exercice collectif des droits, le Conseil fédéral retient que deux formes d'action collective pourraient être envisagées : les actions pilotes et les actions de groupe. Il faut déterminer si l'une ou l'autre solution serait plus appropriée pour faire valoir des dommages résultant de manquements aux devoirs d'informations. 911

L'action pilote découle sur un jugement constatatoire clarifiant diverses questions de fait ou de droit de manière à lier ensuite les autres procédures [2114]. La procédure pilote vise à résoudre une fois pour toutes les questions juridiques communes à toutes les procédures ; pour obtenir une réparation, chaque lésé reste cependant tenu d'agir en son nom [2115]. Puisqu'elle permet d'obtenir un résultat contraignant sur les questions qui se posent de la même manière dans chaque cas individuel, cette solution est en soi adéquate pour faciliter l'invocation de dommages collectifs et, partant, pour mettre en œuvre les droits d'investisseurs lésés sur les marchés capitaux [2116]. L'efficacité de la procédure pilote dépend cependant de la possibilité de régler collectivement les questions litigieuses individuelles [2117]. Dans la thématique qui nous occupe, ce but ne pourra pas être atteint tant qu'il n'y aura pas eu une certaine standardisation dans les conditions de la responsabilité. 912

L'action de groupe est une action dans laquelle un représentant fait valoir les prétentions d'un grand nombre de personnes qui ne sont pas elles-mêmes parties à la procédure [2118]. Le jugement rendu dans cette procédure lie ensuite toutes les personnes dont les prétentions ont été invoquées. Sous l'angle de la qualité pour agir, une question importante est la détermination du groupe de personnes dont les prétentions sont invoquées. Il existe deux modèles à cet égard : l'*opt-out* et l'*opt-in*. Dans le premier, propre à la *class action* de droit américain, celui qui choisit de faire valoir en justice les prétentions d'un grand nombre de lésés représente par défaut toutes les personnes de la classe, c'est-à-dire toutes celles dont les prétentions présentent un certain degré de similitude ; l'individu qui souhaite ne pas être inclus dans l'action collective doit manifester sa volonté de sortir de la classe. Dans le second modèle, chaque ayant droit devra se manifester pour participer à l'action collective ; c'est généralement la solution choisie par les législateurs en Europe [2119]. Dans son rapport sur l'exercice collectif des droits, le Conseil fédéral retient uniquement la solution de l'*opt-in*, à juste titre. Outre les réticences liées à la conformité du modèle à *opt-out* avec les principes de procédure continentaux [2120], il faut retenir que ce système n'est pas nécessaire pour favoriser l'invocation de dommages de masse, puisque l'ampleur des prétentions individuelles est 913

[2114] CONTRATTO 2009, p. 185 ; voir le § 22 al. 1 KapMuG.
[2115] BOHNET 2013a, N 81 ; CONTRATTO 2009, p. 188.
[2116] WAGNER 2011, p. 80.
[2117] Comp. BOHNET 2013a, N 104 ; CONTRATTO 2009, p. 190.
[2118] Exercice collectif des droits, p. 32.
[2119] Voir Exercice collectif des droits, p. 32 ss ; BOHNET 2013a, N 63 s.
[2120] Comp. Message CPC, p. 6902 ; HABERBECK 2014, N 38 ; BOHNET 2013a, N 65.

suffisamment grande pour encourager le lésé à saisir la justice s'il y voit un intérêt [2121]. Dans le contexte qui nous occupe, l'action de groupe est sans doute un instrument avantageux pour régler les litiges concernant un grand nombre d'investisseurs [2122] ; cependant, l'intégration d'une telle procédure dans la législation semble relativement complexe, notamment en regard des garanties de procédure ; les États européens qui ont franchi le pas en sont encore à un stade expérimental [2123]. Il pourrait dès lors se justifier d'attendre que le fonctionnement de ces procédures soit clarifié et amélioré dans les ordres juridiques voisins.

5. Conclusion intermédiaire

914 La décision de la société d'agir en responsabilité contre des dirigeants peut être prise par le conseil d'administration ou l'assemblée générale. Lorsque l'introduction d'une action est envisagée par le conseil d'administration, cette décision ne peut pas être assimilée à une décision de gestion. En raison de l'attribution intransmissible et inaliénable de haute surveillance (art. 716*a* al. 1 ch. 5 CO), le conseil d'administration doit dans tous les cas clarifier la situation juridique en cas d'indices de manquements. S'il existe de bonnes chances d'obtenir une réparation, le conseil d'administration est en principe tenu d'agir contre les personnes qui ont manqué à leurs devoirs. Cette obligation peut être relativisée par des motifs impérieux ayant trait à l'intérêt social. Le conseil d'administration doit cependant être en mesure de justifier face à l'actionnariat dans quelle mesure ces motifs s'opposent, dans le cas concret, à la mise en œuvre de la responsabilité.

915 Toutefois, en raison des conflits d'intérêts qu'implique une action en responsabilité contre des organes, le conseil d'administration sera rarement l'organe indiqué pour prendre cette décision. Les règles usuelles de gestion des conflits d'intérêts ne suffisent pas à résoudre le dilemme posé par le fait que les membres du conseil d'administration chargés de prendre la décision risquent de s'accabler eux-mêmes indirectement, puisqu'ils sont garants de la surveillance de la gestion.

916 L'introduction d'une action en responsabilité par l'assemblée générale est tout aussi peu probable, en raison soit de la bienveillance de la majorité de l'actionnariat envers les organes qu'elle a élus, soit de l'apathie rationnelle des actionnaires. La situation peut être plus propice à l'introduction d'actions en responsabilité en cas de changement de contrôle ou suite à des remplacements au sein de l'effectif du conseil d'administration.

917 Afin de pallier la réticence de la société lorsqu'il s'agit de poursuivre des dirigeants en responsabilité, la loi donne à l'actionnaire individuel le droit d'intenter action au titre du

[2121] *Contra :* CHABLOZ 2012, N 1171.
[2122] Comp. CHABLOZ 2012, N 1168. Sceptique : WYSS 2015, N 125.
[2123] Exercice collectif des droits, p. 39 ; BOHNET 2013a, N 103.

dommage de la société (action oblique). Cette action n'est pas fondée sur une prétention autonome de l'actionnaire, mais sur un droit d'invoquer en son nom la prétention en réparation de la société *(Prozessstandschaft)*. Par conséquent, l'actionnaire doit en principe se laisser opposer les exceptions que le dirigeant aurait envers la société. Cette situation peut être problématique lorsque la personne – actionnaire ou société – qui agit en responsabilité est frappée d'un conflit d'intérêts ; il faudra en particulier s'interroger sur l'opportunité de réglementer la manière dont la société ou un actionnaire peut disposer d'un litige l'opposant à un dirigeant [2124].

L'introduction d'actions en responsabilité obliques est très rare. En effet, l'actionnaire qui agit n'en retire qu'un bénéfice indirect, qui sera en outre réparti entre tous les actionnaires. Les réponses à cet intérêt économique limité dépendent grandement du traitement des frais, raison pour laquelle elles seront traitées plus loin [2125]. 918

L'action en responsabilité oblique ne soulève pas à proprement parler de problématique d'invocation collective de droits, puisqu'elle a pour objet la prétention unique de la société. La consorité active fondée sur l'art. 756 al. 1 CO est une consorité nécessaire formelle : l'action ne doit pas être intentée conjointement par toutes les personnes ayant qualité pour agir, à savoir la société et tous les actionnaires. Cependant, il est nécessaire de coordonner les procédures si plusieurs titulaires du droit d'agir choisissent de saisir un tribunal. Afin de ne pas empêcher des actionnaires de participer à une procédure déjà introduite et d'éviter que la société ou un actionnaire ne conduise la procédure de manière négligente, il faut admettre à notre avis qu'en cas d'action subséquente, le tribunal a l'obligation de joindre les causes (art. 125 let. c CPC) et, si elle est introduite devant un autre for, la renvoyer au tribunal saisi en premier lieu (art. 127 al. 1 CPC). 919

La problématique de l'exercice collectif des droits peut se poser en revanche lorsque des actionnaires invoquent leur propre dommage. Un grand nombre d'investisseurs peut ainsi être touché par la diffusion d'informations inexactes, que ce soit dans un prospectus d'émission ou dans le cadre de la publicité événementielle. Une action en consorité sur la base de l'art. 71 CPC permet d'obtenir une certaine coordination et de traiter de manière uniforme les questions de l'illicéité et de la faute. Elle n'apporte en revanche pas d'avantages déterminants pour l'appréciation de la causalité et du dommage, que chaque demandeur devra prouver individuellement. *De lege lata*, l'économie réalisable par l'introduction d'une action en consorité est dès lors limitée. 920

Avant de réfléchir à des moyens de faciliter le rassemblement de prétentions, il nous semble toutefois primordial de créer une base légale matérielle claire, qui permet un traitement uniforme des prétentions ainsi que des allégements procéduraux évitant aux investisseurs de devoir prouver individuellement le lien de causalité et le dommage. Afin de limiter les 921

[2124] Voir à ce sujet les N 1348 ss *infra*.
[2125] N 1219 ss *infra*.

incertitudes quant aux titulaires de la qualité pour agir, il nous semble également opportun de définir dans la loi le cercle des personnes pouvant prétendre à une réparation en cas de responsabilité de l'auteur de prospectus ou fondée sur des informations inexactes.

Chapitre 16

Qualité pour défendre

1. Introduction

Tout comme la qualité pour agir, la qualité pour défendre ne découle pas directement de la titularité passive du droit invoqué en justice [2126]. Elle appartient en effet à la personne contre qui la demande est dirigée [2127]. Dès lors, ce n'est pas la légitimation passive qui donne la qualité pour défendre, mais l'affirmation faite par le demandeur qu'il dispose d'une créance dont le défendeur est le débiteur. Le présent chapitre se concentrera principalement sur les conditions de la légitimation passive dans le cadre des normes pouvant fonder une responsabilité des organes de gestion. 922

L'art. 754 al. 1 CO fonde une responsabilité des membres du conseil d'administration ainsi que de « toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ». Cette formule vise non seulement les personnes à qui la gestion a été déléguée au sens de l'art. 716*b* CO, mais aussi celles qui l'exercent sans y avoir été formellement habilitées. Cette définition fonctionnelle des sujets de la responsabilité à l'art. 754 al. 1 soulève diverses questions de délimitation. 923

Dans l'hypothèse où un dirigeant est appelé à répondre d'un dommage subi par un actionnaire, il faudra également déterminer dans quelle mesure il peut être passivement légitimé dans le contexte de l'art. 752 CO, de la responsabilité délictuelle (art. 41 CO) et de la responsabilité fondée sur la confiance. 924

La responsabilité des dirigeants implique souvent plusieurs personnes, qui répondent solidairement en vertu de l'art. 759 al. 1 CO. L'art. 759 al. 2 CO prévoit une règle de procédure particulière pour le procès en responsabilité des organes, dont il faudra examiner la portée du point de vue de la qualité pour défendre. En lien avec la pluralité de défendeurs, il faut également se demander comment le code de procédure civile règle l'intervention d'un tiers 925

[2126] Voir N 814 *supra*.

[2127] HABSCHEID 1981, p. 188 : « toute personne [...] défendant [en justice] son droit est qualifiée pour combattre la prétention dirigée à son encontre » ; en allemand (HABSCHEID 1990, N 276) : *« [Die Prozessführungsbefugnis] seht auch dem Beklagten auf alle Fälle zu. Denn dieser muss sich ja gegen die Klage verteidigen können »*.

aux côtés du défendeur et les moyens dont ce dernier dispose pour impliquer des tiers dans la procédure. La multiplication des parties peut ralentir la procédure ; il faudra donc déterminer si les normes relatives à ces formes d'intervention peuvent faire obstacle à une mise en œuvre efficace du droit.

926 Nous commencerons par présenter la légitimation passive dans le contexte de l'art. 754 al. 1 CO (N 927 ss *infra*) ; nous traiterons ensuite de l'art. 752 CO (N 941 ss *infra*), de l'art. 41 CO (N 943 ss *infra*) et de la responsabilité fondée sur la confiance (N 947 ss *infra*) ; la dernière section sera consacrée à la pluralité de défendeurs (N 948 ss *infra*).

2. Légitimation passive au sens de l'art. 754 al. 1 CO

927 Selon l'art. 754 al. 1 CO, les sujets passifs de la responsabilité sont « les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ».

2.1. Membre du conseil d'administration

928 Les « membres du conseil d'administration » sont les administrateurs élus par l'assemblée générale en application de l'art. 698 al. 2 ch. 2 CO. Dans ce cas, la légitimation passive obéit à un rattachement formel : l'administrateur est soumis à l'art. 754 CO aussi longtemps qu'il est membre du conseil d'administration [2128]. La responsabilité commence avec l'accession au conseil d'administration [2129] ; en l'absence de disposition spéciale, l'administrateur entre en poste à la date de l'assemblée générale qui l'élit [2130]. Cette responsabilité est maintenue jusqu'à la fin du mandat d'administrateur, c'est-à-dire jusqu'au moment où il démissionne, est révoqué (art. 705 al. 1 CO) ou n'est pas réélu [2131]. L'administrateur ne répond pas des dommages survenus après son départ, à moins qu'il ait contribué à les causer lorsqu'il était encore en fonction [2132]. Lorsqu'aucune échéance n'est fixée, une non-réélection ou une révocation est immédiatement exécutoire ; la révocation de l'administrateur sera dès lors opposable par celui-ci dès le moment où cette décision a été prise [2133]. L'administrateur

[2128] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 4.

[2129] BÖCKLI 2009, 18 N 428. Ceci inclut en particulier l'aggravation d'un préjudice survenu avant l'entrée en fonction (JENNY 2012, N 767).

[2130] ZK-TANNER, art. 705 N 2 ; l'inscription au registre du commerce est déclarative, comp. JENNY 2012, N 765.

[2131] CHENAUX 2008, N 11.

[2132] ATF 113 II 52, consid. 1, JdT 1988 I 26 ; voir ég. TF 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, consid. 2.4 s. (question traitée sous l'angle de la causalité).

[2133] ZK-TANNER, art. 705 N 31 ; la radiation au registre du commerce est déclarative. Comp. CHENAUX 2008, N 11, pour qui la qualité d'administrateur ressortant du registre du commerce ne devrait être opposable que si la personne concernée participe encore à la formation de la volonté sociale, autrement dit qu'elle exerce toujours une fonction d'organe.

répond de l'exécution fidèle et diligente des fonctions qui lui sont attribuées par la loi et les statuts aussi longtemps qu'il est membre du conseil d'administration, même s'il n'exerce plus matériellement de tâches de gestion [2134].

2.2. Personne qui s'occupe de la gestion

2.2.1. Membres de la direction

Les personnes non membres du conseil d'administration auxquelles a été confiée la gestion en application de l'art. 716*b* al. 1 CO sont également tenues d'exercer leurs attributions de manière fidèle et diligente (art. 717 al. 1 CO) et sont soumises à l'art. 754 al. 1 CO. Lorsque ces gérants sont inscrits au registre du commerce en qualité de directeurs (art. 718 al. 2 CO), on admet qu'ils ont la qualité d'organes formels [2135]. En l'absence d'inscription, ces personnes sont volontiers qualifiées d'organes « matériels ». Ce terme vise les personnes dont les attributions reposent sur un acte interne à la société et sont généralement décrites dans un règlement d'organisation ; il s'oppose à la notion d'organe « de fait », qui désigne ceux qui usurpent des tâches revenant aux organes [2136]. Selon HANS CASPAR VON DER CRONE, la délimitation entre organes formels et organes matériels serait dépassée maintenant que la loi reconnaît formellement les directeurs comme organes de la société [2137]. 929

De cet intéressant débat terminologique, il faut surtout retenir ce qui suit : la responsabilité des gérants, comme celle des membres du conseil d'administration, repose sur une attribution de compétences formelle. Dès lors, elle doit exister aussi longtemps qu'une personne est chargée de tâches de gestion en application de l'art. 716*b* al. 1 CO, indépendamment des fonctions qu'elle exerce en fait. 930

2.2.2. Organes de fait

Une personne peut exercer des attributions de gestion sans nécessairement avoir été élue par l'assemblée générale ou nommée par le conseil d'administration en application de l'art. 716*b* CO. Dans ce cas, la qualité d'organe découle d'une approche fonctionnelle : ces personnes sont des organes de fait, contrairement aux administrateurs et aux directeurs, 931

[2134] TF 4A_277/2010 du 2 septembre 2010, consid. 2.4. Question de la foi publique de l'inscription au registre du commerce abordée *in* ATF 111 II 480, consid. 2a, JdT 1986 I 244.
[2135] TF 9C_317/2011 du 30 septembre 2011, consid. 4.1.1 ; voir ég. VON DER CRONE 2014, § 12 N 46.
[2136] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 5 ; WYTTENBACH 2012, p. 337.
[2137] VON DER CRONE 2014, § 12 N 49.

qui sont des organes formels [2138]. L'organe de fait peut être une personne physique ou morale [2139].

932 La jurisprudence définit l'organe de fait comme suit : « Pour qu'une personne soit reconnue comme administrateur de fait, il faut qu'elle ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été ainsi en situation d'empêcher la survenance du dommage » [2140]. On déduira de cette définition les critères suivants.

933 L'activité caractéristique de l'organe de fait est la prise de *décisions* ; il ne suffit pas qu'il exerce une fonction de préparation ou fournisse des informations déterminantes pour la formation de la volonté sociale [2141]. La délimitation est plus délicate lorsque la personne émet des instructions à l'intention des organes formels de la société ; on admettra la qualité d'organe de fait lorsque la volonté de l'auteur des instructions lie d'une manière ou d'une autre les organes formels [2142].

934 L'organe de fait doit avoir eu la compétence de prendre des décisions *excédant l'accomplissement de tâches quotidiennes*. On entendra par là que la personne organe de fait prend des décisions relevant de la compétence du conseil d'administration ou gère effectivement la société et contribue ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté sociale [2143]. L'exercice de la gestion au sens de l'art. 754 CO implique de prendre des décisions dépassant le cadre de la gestion de l'entreprise au quotidien, qui ont une influence sur le statut de l'entreprise entière [2144]. Des indices d'une activité d'organe de fait peuvent être l'exercice d'un droit de vote ou de veto sur des affaires relevant des attributions du conseil d'administration ou la représentation de la société envers les tiers [2145].

935 L'ingérence de l'organe de fait doit être *indépendante*. L'administrateur de fait doit être en

[2138] En matière de responsabilité pour les cotisations sociales, la jurisprudence ne prête toutefois la qualité d'organe formel qu'aux directeurs inscrits au registre du commerce avec un droit de signature (TF 9C_646/2012 du 27 août 2013 ; 9C_317/2011 du 30 septembre 2011, consid. 4.1.2).

[2139] ATF 132 III 523, consid. 4.5 ; KUNZ 2014b, p. 177 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 109b ; ISLER 2008, p. 109 ss.

[2140] ATF 136 III 14, consid. 2.4 ; voir ég. ATF 132 III 523, consid. 4.5 ; 128 III 92, consid. 3a, JdT 2003 I 23 ; 128 III 29, consid. 3a, JdT 2003 I 18 ; TF 4A_555/2009 du 3 mai 2010, consid. 2.3. La notion d'organe de fait ne se recoupe pas nécessairement avec celle d'organe au sens de l'art. 55 CC (ATF 117 II 570, consid. 3, JdT 1993 I 80).

[2141] ATF 117 II 570, consid. 3, JdT 1993 I 80 ; voir ég. CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 335 ; ISLER 2008, p. 102.

[2142] KUNZ 2014a, p. 183.

[2143] ATF 136 III 14, consid. 2.4 ; 128 III 29, consid. 3b-c, JdT 2003 I 18 ; 117 II 432, consid. 2b, JdT 1993 I 72 ; 117 II 570, consid. 3, JdT 1993 I 80.

[2144] ATF 117 II 432, consid. 2b, JdT 1993 I 72 : la responsabilité des organes commence aux limites de la responsabilité contractuelle, en particulier fondée sur le contrat de travail.

[2145] Comp. KUNZ 2014b, p. 180 ; ISLER 2008, p. 102. L'usage formel d'un droit de vote n'est pas pour autant un élément déterminant ; l'influence sur la formation de la volonté sociale peut se manifester par d'autres biais (voir ATF 107 II 349, consid. 5b, JdT 1982 I 173 ; 65 II 3, consid. 3).

mesure de prendre des décisions de manière autonome, sans être soumis aux instructions des organes véritables de la société [2146].

La qualité d'organe de fait implique une influence d'une certaine *durée* ; un ou plusieurs actes isolés ne suffisent pas [2147]. 936

Enfin, l'organe de fait doit avoir été dans une position lui permettant d'*empêcher le dommage de survenir* [2148]. Ceci signifie que l'organe de fait ne répond que des actes ou omissions entrant dans les attributions qui lui ont été confiées ou dont il s'est lui-même chargé [2149]. De même, la qualité d'organe de fait prend fin lorsque la personne perd la possibilité à l'intérieur de la société d'influencer les décisions sociales [2150]. 937

Au sein de la société, les fonctions typiques d'organes seront généralement exercées par les personnes situées dans la couche la plus haute de la hiérarchie sociale, directement subordonnée au conseil d'administration, qui assument des tâches de direction [2151]. Il n'est cependant pas exclu qu'un autre membre de l'entreprise contribue de manière essentielle à la formation de la volonté sociale ; la jurisprudence a ainsi reconnu qu'un fondé de procuration pouvait avoir la légitimation passive au sens de l'art. 754 CO s'il gérait de fait la société et agissait de façon autonome alors que l'administrateur formel était soumis à ses instructions [2152]. 938

La notion d'organe de fait peut s'appliquer à toutes les personnes exerçant des attributions réservées aux organes ; elle peut dès lors viser également des personnes qui ne sont pas intégrées dans la hiérarchie de l'entreprise. Ces personnes sont parfois désignées par les termes d'« administrateurs camouflés » *(verdeckte Verwaltungsräte)* [2153]. L'art. 754 CO peut notamment s'appliquer dans les cas de figure suivants : 939

Actionnaire majoritaire L'actionnaire majoritaire est en mesure d'exercer une certaine influence sur la gestion de la société, ne serait-ce que par l'élection des membres du conseil d'administration et l'exercice de ses droits de contrôle. Aussi longtemps que

[2146] ATF 102 II 353, consid. 3a ; TF 4A_381/2012 du 8 novembre 2012, consid. 5 (indépendance niée) ; CHENAUX 2008, N 12 ; KUNZ 2014a, p. 181.

[2147] ATF 136 III 14, consid. 2.4 ; 128 III 29, consid. 3a, JdT 2003 I 18 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 109a ; ISLER 2008, p. 102 ; CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 335.

[2148] ATF 136 III 14, consid. 2.4 ; 132 III 523, consid. 4.5 ; 128 III 29, consid. 3a, JdT 2003 I 18, et les réf. ; TF 4A_555/2009 du 3 mai 2010, consid. 2.3.

[2149] ATF 128 III 92, consid. 3a, JdT 2003 I 23 et les réf. ; FORSTMOSER 1987, N 779.

[2150] Voir ATF 111 II 480, consid. 2a, JdT 1986 I 244. Le Tribunal fédéral réserve toutefois une responsabilité fondée sur l'apparence (N 940 *infra*).

[2151] ATF 117 II 570, consid. 3, JdT 1993 I 80 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 107 ; KUNZ 2014a, p. 180. Voir p. ex. ATF 72 II 65 : la rédaction d'un journal peut être organe de fait de la société éditrice.

[2152] ATF 102 II 353, consid. 3a ; CHENAUX 2008, N 12. Voir ég. ATF 117 II 432, consid. 2c, JdT 1993 I 72 : la fondée de procuration avait fourni au nom de la société des cautionnements et garanties grevant fortement le bilan de la société et fourni à l'organe de révision une déclaration constatant l'absence d'engagements à titre de garanties.

[2153] ATF 102 II 353, consid. 3a.

son emprise sur la société se limite à un exercice décidé de ses droits, l'actionnaire majoritaire ne saurait être qualifié d'organe de fait [2154]. Cette position ne devrait pas non plus découler de contacts informels avec les membres du conseil d'administration [2155]. La situation devient délicate lorsque l'actionnaire exerce personnellement des prérogatives relevant de la gestion et que le conseil d'administration ne décide plus de manière indépendante [2156].

Société mère La problématique de la qualification d'organe matériel de l'actionnaire majoritaire s'accentue en cas d'intégration de la société dans un groupe. En effet, celle-ci s'accompagne nécessairement d'une perte d'autonomie de la filiale en faveur de la société mère [2157]. Selon la jurisprudence, la société mère devient organe de fait lorsqu'elle transfère ou usurpe des tâches et ne se contente pas d'influencer sa filiale [2158]. De fait, la responsabilité de la société mère comme organe de fait de la filiale présuppose l'exercice d'attributions d'administration et de gestion revenant aux organes de cette dernière ; il faut en outre qu'on puisse lui reprocher un manquement à des devoirs dans les actes d'administration et de gestion effectivement accomplis [2159]. Cette jurisprudence relativement restrictive est généralement approuvée par la doctrine ; la simple intégration dans un groupe ne justifie pas encore une responsabilité de la tête de groupe pour les manquements commis par les organes des filiales [2160].

Organes de la société mère La qualité d'organe de fait peut également revenir aux organes de la société mère ; la jurisprudence l'a ainsi retenue dans le cas de l'administrateur d'une société mère qui dirigeait en fait les affaires de la filiale et se chargeait de l'assainissement et des flux de trésorerie du groupe de la filiale [2161].

Mandataire d'un administrateur fiduciaire Lorsque l'administrateur se soumet aux instructions d'un tiers, on peut également se demander si celui-ci occupe une position d'organe de fait ; conformément aux principes généraux énoncés ci-dessus, la réponse

[2154] KUNZ 2014a, p. 179 ; ISLER 2008, p. 102 ; CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 335.

[2155] ISLER 2008, p. 102.

[2156] CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2005, p. 334 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 146 ; voir ég. la version allemande du Message 1983, qui retient que l'actionnaire majoritaire devient organe de fait lorsqu'il s'immisce dans la gestion de la société (BBl 1983 935) ; ce passage semble ne pas avoir été traduit en français, voir FF 1983, p. 963.

[2157] BÖCKLI 2009, § 18 ; une prise d'influence d'une société-fille sur sa mère semble plus difficile à admettre (comp. ATF 117 II 570, consid. 4a, JdT 1993 I 80).

[2158] ATF 128 III 92, consid. 3a, JdT 2003 I 23 ; voir ég. KUNZ 2014a, p. 186. On peut également imaginer que la société mère engage sa responsabilité en vertu de l'art. 722 CO pour des actes illicites commis par ses organes qui seraient en même temps organes de la filiale (*Doppelorganschaft*, voir ATF 124 III 97, consid. 5a, JdT 1998 I 259 ; DRUEY 2003a, p. 17).

[2159] TF 4A_306/2009 du 8 février 2010, consid. 7.2.2.

[2160] KUNZ 2014a, p. 186 ; BERTSCHINGER 2012, p. 12 s. ; ISLER 2008, p. 104.

[2161] ATF 128 III 92, consid. 3c, JdT 2003 I 23.

à cette question dépendra grandement du degré d'indépendance de l'administrateur fiduciaire et des compétences exercées de fait par le fiduciant [2162].

Bailleur de fonds Une personne qui a fourni un prêt important à une société disposera généralement de certains droits de contrôle. À cet égard, la jurisprudence retient que lorsque l'influence d'une banque se limite à protéger ses intérêts en dehors du cadre de l'organisation sociale, elle n'a pas le caractère d'un organe de fait [2163]. Tant que le conseil d'administration de la société emprunteuse dispose de pouvoirs pour gérer la société et prendre des décisions contraires aux instructions du bailleur de fonds, il semble qu'il faille nier sa qualité d'organe de fait [2164]. Il en va autrement lorsque le prêteur profite de la dépendance économique de la société pour imposer des décisions sociales [2165].

Représentant d'une personne morale (art. 707 al. 3 CO) L'art. 707 al. 3 CO permet à une personne morale de faire élire son représentant au conseil d'administration. Cette seule délégation ne suffit pas à faire de la personne morale représentée un organe de fait [2166]. La qualification dépendra à nouveau du degré d'indépendance des représentants et des prérogatives exercées par la personne morale représentée [2167].

2.2.3. Organe apparent

La jurisprudence connaît encore une autre catégorie d'organes, que l'on rattache parfois à la notion d'organe de fait, celle de l'organe apparent *(Organ durch Kundgabe)*, qui est une émanation du principe de bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Dans ce cas de figure, la responsabilité ne repose pas sur l'exercice de fonctions de gestion, mais sur le fait qu'une personne apparaît vers l'extérieur comme disposant d'attributions organiques [2168]. Dans la mesure de l'apparence créée, l'organe apparent répond des manquements aux devoirs de diligence et de fidélité [2169]. La responsabilité de l'organe apparent ne peut survenir qu'envers un tiers ; la 940

[2162] BÖCKLI 2009, § 18 N 145 ; N 931 ss *supra*.
[2163] ATF 136 III 14, consid. 2.4 ; TF 4A_325/2007 du 15 novembre 2007.
[2164] TF 4A_325/2007 du 15 novembre 2007, consid. 3.4. Voir ég. les exemples cités *in* KUNZ 2014a, p. 188 s.
[2165] CHENAUX 2008, N 20 ; on pourra éventuellement s'inspirer de la jurisprudence relative à la distinction entre le contrat de prêt et la société simple, voir p. ex. TF 4A_509/2010 du 11 mars 2011, consid. 5.2 : il faut admettre l'existence d'une relation sociale lorsque le bailleur de fonds dispose d'un droit d'être consulté ou d'intervenir dans les affaires de l'emprunteur dépassant le cadre habituel du contrôle exercé par un créancier.
[2166] Notons toutefois la réglementation spéciale de l'art. 762 al. 4 CO, qui s'applique aux membres du conseil d'administration délégués par une corporation de droit public : la responsabilité de ces personnes est assumée par la corporation qui les a délégués.
[2167] Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 143.
[2168] ATF 117 II 570, consid. 3, JdT 1993 I 80. Voir ég. dans le contexte de l'art. 55 al. 2 CC, TF 4A_544/2008 du 10 février 2009, consid. 2.3.
[2169] FORSTMOSER 1987, N 780.

société est censée connaître son organisation interne et ne pourra dès lors pas être trompée sur l'existence apparente d'attributions de gestion [2170].

3. Légitimation passive dans le contexte de l'art. 752 CO

941 La légitimation passive de l'action de l'art. 752 CO appartient aux personnes ayant inséré des informations illicites dans le prospectus, l'ayant diffusé ou ayant participé à ces actes [2171]. Pour être soumise à cette disposition, il faut que la personne visée ait été en mesure d'influencer le contenu du prospectus, en particulier d'empêcher la survenance du défaut dans le prospectus ou d'ordonner sa correction [2172].

942 La rédaction du prospectus d'émission entre dans les attributions du conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO) ; les administrateurs peuvent dès lors être visés par l'art. 752 CO [2173]. Cette tâche peut cependant être déléguée à un membre du conseil d'administration ou à un tiers en vertu de l'art. 716*b* CO [2174]. La légitimation passive appartiendra au dirigeant ayant participé à la rédaction du prospectus, de même qu'à celui qui savait qu'une information était erronée ou aurait dû le savoir et n'a pas pris les mesures nécessaires [2175]. En revanche, l'administrateur ayant simplement approuvé le prospectus sans avoir contribué à son élaboration ne devrait pas être inquiété. En effet, on ne saurait imputer le comportement de la personne chargée de la rédaction du prospectus à un administrateur non impliqué dans le processus [2176]. Dans les grandes entreprises, les devoirs liés au prospectus reposeront en général sur les personnes attributaires des fonctions relatives à l'émission du prospectus, ainsi que sur le CEO et le CFO de l'entreprise [2177].

4. Légitimation passive dans le contexte de l'art. 41 CO

943 Dans le cadre l'art. 41 CO, la légitimation passive appartient à l'auteur de l'acte illicite [2178]. Dans le domaine des dommages purement patrimoniaux, rappelons que la légitimation

2170 WEBER 2002, p. 6.
2171 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 752 N 10.
2172 NOTH/GROB 2002, p. 1450.
2173 CR CO II-CORBOZ, art. 752 N 21 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 752 N 10.
2174 Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 37a ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 87.
2175 DAENIKER/WALLER 2003, p. 87 ; voir ég. ROBERTO/WEGMANN 2001, p. 174.
2176 ATF 129 III 71, consid. 2.4.
2177 BÖCKLI 2009, § 18 N 37.
2178 BK-BREHM, art. 41 N 5 ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 49.

passive présuppose que la norme protectrice invoquée impose une obligation de faire ou de ne pas faire à la personne poursuivie.

En ce qui concerne le cas de l'établissement et de l'utilisation d'une comptabilité inexacte, pour autant que ce cas de figure ne soit pas déjà couvert par l'art. 754 CO, la légitimation passive des membres du conseil d'administration pourra être déduite de leur compétence en matière d'établissement des comptes (art. 716 al. 1 ch. 6 CO). On rappellera également les dispositions pénales sanctionnant le faux et l'usage de faux (art. 251 CP) et l'inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité (art. 325 CP) [2179]. 944

Lorsque la responsabilité repose sur la fourniture d'informations inexactes , on se référera aux normes sanctionnant le dol (art. 28 CO ; légitimation passive de la personne qui a induit l'acquéreur en erreur), l'escroquerie et l'atteinte astucieuse aux intérêts d'autrui (art. 146 et 151 CP ; légitimation passive de l'auteur d'affirmations fallacieuses, de celui qui a dissimulé des faits ou a astucieusement conforté le lésé dans son erreur), et les faux renseignements sur les entreprises commerciales (art. 152 CP ; légitimation passive du membre du conseil d'administration) [2180]. 945

En ce qui concerne le cas spécifique du non-respect des règles d'information du droit boursier, il faut également retenir que l'exécution des obligations de l'émetteur revient par défaut aux membres du conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO) ; en cas de manquement aux règles de publication dû à une faute de leur part, ils répondent aux côtés de la société (art. 55 al. 3 CC) [2181]. 946

5. Légitimation passive dans le contexte de la responsabilité fondée sur la confiance

La légitimation passive au titre de la responsabilité fondée sur la confiance appartient à la personne qui a entretenu une relation de confiance particulière avec le lésé et l'a ainsi amené à prendre des dispositions dommageables. En raison de sa fonction au sein de la société, l'administrateur est censé disposer d'informations fiables sur l'état de celle-ci ; cette position peut fonder une relation de confiance particulière envers un investisseur [2182]. Pour qu'un tel lien puisse se nouer, on exigera cependant généralement que l'administrateur soit entré en contact personnel avec le lésé [2183]. 947

[2179] Voir les N 174 ss *supra*.
[2180] Voir les N 178 ss *supra*.
[2181] Voir les N 188 *supra*. D'un autre avis : CHABLOZ 2012, N 1085.
[2182] DRUEY 2003a, p. 11 ; LUTERBACHER 2005, p. 20 ; voir ég. ATF 125 III 86, consid. 3c, JdT 2001 I 73.
[2183] ATF 125 III 86, consid. 3c, JdT 2001 I 73 ; le simple fait de signer un contrat, sans que les parties se soient rencontrées, ne suffit pas.

6. Pluralité de défendeurs

6.1. Responsabilité solidaire et consorité

948 Agir contre plusieurs défendeurs peut être avantageux pour le demandeur puisqu'il augmente les chances de voir son préjudice réparé. Il s'agit aussi d'un atout du point de vue procédural, puisque cela permet une économie des écritures, d'unifier l'administration des preuves et d'éviter les décisions contradictoires [2184]. Une action dirigée contre plusieurs responsables potentiels peut enfin augmenter les chances de parvenir à une transaction [2185].

949 L'art. 759 al. 1 CO prévoit une responsabilité solidaire des organes. Lorsque les défendeurs sont recherchés pour le même dommage, ils forment entre eux une consorité passive simple matérielle [2186]. Un cas de consorité simple formelle est également envisageable, si le demandeur invoque deux dommages différents, p. ex. s'il agit aussi bien pour son propre dommage que pour celui de la société. En toute hypothèse, la consorité simple signifie que le demandeur peut agir contre plusieurs responsables conjointement, mais peut aussi choisir d'agir contre un seul ou quelques-un d'entre eux (comp. art. 71 al. 1 CPC).

6.2. Action pour le dommage total (art. 759 al. 2 CO)

950 L'art. 759 al. 2 CO prévoit que le demandeur peut actionner plusieurs responsables pour la totalité du dommage et demander au juge de fixer au cours de la même procédure les dommages-intérêts dus par chacun des défendeurs (principe du procès unique ou pour l'intégralité du dommage). Cette disposition a été instituée dans le but de faciliter l'introduction d'actions en responsabilité contre plusieurs défendeurs et vise dans une certaine mesure à contrebalancer le risque que constitue la solidarité différenciée (art. 759 al. 1 CO) pour le demandeur.

951 La doctrine et la jurisprudence déduisent de cette disposition un assouplissement des exigences quant à la précision des allégations et une modification de la répartition des frais, sur lesquels nous reviendrons plus tard [2187]. Du point de vue de la qualité pour agir, il faut retenir que l'art. 759 al. 2 CO ne fait que répéter le principe de la consorité passive simple ; il serait donc absorbé par l'art. 71 CPC [2188]. La consorité simple instituée par l'art. 759

[2184] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 481.
[2185] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 481.
[2186] Sur la distinction entre consorité simple matérielle et formelle : BOHNET 2014a, N 442 s.
[2187] N 1045 ss et 1209 ss *infra*.
[2188] KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO 2010, p. 611 ; SCHMID 2008, p. 606 ; NOBEL 2003, p. 114 ; ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 429.

al. 2 CO présente toutefois une particularité : le principe du procès unique qui en découle interdit apparemment une division des causes au sens de l'art. 125 CPC) [2189].

6.3. Intervention

Les tiers intéressés au procès peuvent participer à celui-ci par la voie de l'intervention. Ainsi, quiconque rend vraisemblable un intérêt juridique à ce qu'un litige pendant soit jugé en faveur de l'une des parties peut en tout temps intervenir à titre accessoire et présenter au tribunal une requête en intervention à cet effet (intervention accessoire ; art. 74 CPC) [2190]. Dans le cadre d'une action en responsabilité des organes de gestion, l'intervention accessoire serait envisageable par des personnes contre lesquelles le défendeur pourrait se retourner sur la base des rapports internes de la responsabilité solidaire (art. 759 al. 3 CO). Celles-ci auraient en effet intérêt à soutenir le défendeur afin de maximiser les chances que l'action en responsabilité soit intégralement rejetée [2191]. L'intervention présuppose que l'intervenant rende vraisemblable l'existence d'un intérêt juridique à ce que le litige soit jugé en faveur de l'une des parties (art. 74 CPC). Cet intérêt devrait en principe être donné pour l'organe qui risque d'être impliqué dans une action récursoire en cas de condamnation du défendeur. 952

L'intervention accessoire présuppose une requête du tiers intéressé soumise au tribunal compétent. Elle peut être requise en tout temps pendant la procédure (art. 74 CPC). Le tribunal statue après avoir entendu les parties et rend une décision susceptible de recours (art. 75 al. 2 CPC). Une fois l'intervention admise, l'intervenant peut accomplir tous les actes de procédure compatibles avec l'état du procès qui sont utiles à la partie principale(art. 76 al. 1 CPC). Un jugement défavorable à la partie est opposable à l'intervenant à moins qu'il ait été empêché de faire des moyens d'agir et de défendre en raison de l'état du procès au moment de son intervention ou les actes ou omissions de la partie principale (art. 77 let. a CPC) ou que la partie ait omis, intentionnellement ou par grave négligence, de faire valoir des moyens d'agir ou de défendre que l'intervenant ne connaissait pas (art. 77 let. b CPC). 953

6.4. Dénonciation d'instance

Une partie peut dénoncer l'instance à un tiers lorsqu'elle estime, pour le cas où elle 954

[2189] TC VS du 2 juillet 1998, RVJ 1999 187, consid. 4 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 486 ; SCHMID 2008, p. 607 ; RUEDIN 2002, N 12 : « consorité simple, mais *d'un genre particulier* ».

[2190] L'intervention principale, qui émane d'une personne prétendant avoir un droit préférable excluant totalement ou partiellement celui des parties (art. 73 CPC), n'est pas pertinente dans le contexte qui nous intéresse ici.

[2191] GASSER 2011, p. 890. On peut théoriquement imaginer aussi qu'un administrateur intervienne aux côtés du demandeur à un procès en responsabilité du réviseur afin d'accabler celui-ce et de se prémunir ainsi contre

succomberait, qu'elle pourrait faire valoir des prétentions contre lui ou être l'objet de prétentions de sa part (art. 78 al. 1 CPC). La dénonciation de l'instance n'oblige pas le dénoncé à participer à la procédure, mais permet de lui rendre opposable le résultat de celle-ci (art. 80 en relation avec l'art. 77 CPC). La dénonciation d'instance peut être envisagée par le défendeur à un procès en responsabilité des organes afin de rendre possible une défense commune, mais aussi de préparer une éventuelle action récursoire en application de l'art. 759 al. 3 CO [2192] ou d'un accord d'indemnisation contractuel [2193].

955 La dénonciation d'instance est faite par simple courrier adressé au juge ou directement au dénoncé [2194]. Elle peut intervenir à tout moment [2195]. Le dénoncé peut alors intervenir en faveur de la partie qui a dénoncé l'instance sans devoir justifier d'un intérêt digne de protection (art. 79 al. 1 let. a CPC) ou procéder à la place du dénonçant si celui-ci y consent (art. 79 al. 1 let. b CPC). La partie adverse du dénonçant ne peut pas s'opposer à l'intervention du dénoncé [2196].

6.5. Appel en cause

6.5.1. Introduction

956 L'appel en cause permet à une partie de forcer un tiers à participer à la procédure en faisant valoir contre lui des prétentions qu'elle peut avoir contre lui si elle succombe (art. 81 CPC). L'appel en cause permet de liquider au cours de la même procédure le litige entre demandeur et défendeur et celui entre appelant et appelé [2197] ; il crée un second lien d'instance entre l'appelant et l'appelé. Il n'existe en revanche pas de lien entre la partie qui n'a pas appelé en cause et l'appelé [2198] : dans le procès en responsabilité des organes, cela implique que l'appelé en cause ne pourrait pas être condamné à verser une indemnité au demandeur par la force de l'appel en cause.

957 L'appel en cause peut être intéressant pour le défendeur à l'action en responsabilité, car il permet d'impliquer les autres responsables solidaires, ce qui permettra de liquider au cours de la même procédure les rapports internes et les rapports externes ; il évite ainsi les

d'éventuelles prétentions récursoires (BÖCKLI 2009, § 18 N 520d).

2192 GASSER 2011, p. 891.

2193 BAZZANI 2007, p. 124 ; WEY 2010, p. 69 s.

2194 BOHNET 2014a, N 545 ; CPC-HALDY, art. 79 N 6.

2195 Message CPC, p. 6897 ; BOHNET 2014a, N 545.

2196 BSK ZPO-FREI, art. 78 N 16.

2197 BÖCKLI 2009, § 18 N 519t.

2198 BK ZPO I-GROSS/ZUBER, art. 82 N 2 ; GASSER 2011, p. 892 s.

jugements contradictoires et permet une économie de procédure [2199]. Cette coordination des actions peut également améliorer les chances de parvenir à une transaction entre toutes les personnes concernées [2200].

L'appel en cause peut cependant s'accompagner d'effets indésirables, puisque l'implication d'une nouvelle partie complique inévitablement la procédure, ce qui retarde la mise en œuvre du droit pour la partie qui n'a pas appelé en cause [2201]. Pour cette raison, l'appel en cause est parfois considéré comme une manœuvre de défense utile pour les administrateurs recherchés en responsabilité. Un bref exposé des conditions de l'appel en cause nous permettra de déterminer dans quelle mesure cette institution pourrait constituer un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité [2202]. 958

6.5.2. Conditions et procédure de l'appel en cause

La condition matérielle à l'admission de l'appel est l'affirmation que l'appelant a une prétention contre l'appelé au cas où il succomberait dans le procès principal [2203]. Cette condition est remplie lorsque la prétention invoquée est connexe à celle du procès principal [2204]. Pour admettre la connexité, il faut et il suffit que le prétention invoquée contre l'appelé en cause dépende du sort de la prétention principale [2205]. Les prétentions récursoires au titre des rapports internes dans la responsabilité solidaire en sont un exemple typique [2206]. 959

Les conditions formelles à la recevabilité d'un appel en cause sont la compétence matérielle du tribunal saisi pour connaître de la prétention invoquée contre l'appelé [2207] et l'identité de procédure pour les deux litiges ; l'appel en cause est par ailleurs exclu en procédure sommaire ou simplifiée (art. 81 al. 3 CPC) [2208]. L'appel en cause fonde une attraction de compétence 960

[2199] Message CPC, p. 6898 ; BOHNET 2014a, N 523 ; DASSER/ROTH 2014, p. 279 ; GASSER 2011, p. 893. Stratégiquement, l'appelant sera attentif au risque que l'appelé tente de l'accabler dans le but de s'exonérer de toute responsabilité dans les rapports internes (DASSER/ROTH 2014, p. 279 s. ; BERTSCHINGER 2011, p. 816 s.).

[2200] BÖCKLI 2009, § 18 N 519t ; CAMPONOVO R./CAMPONOVO S. 2013, p. 709.

[2201] DASSER/ROTH 2014, p. 279 ; GASSER 2011, p. 893 ; BERTSCHINGER 2011, p. 816.

[2202] DASSER/ROTH 2014, p. 276 ss ; GASSER 2011, p. 893.

[2203] BOHNET 2014a, N 530.

[2204] ATF 139 III 67, consid. 2.4.3 et les réf.

[2205] ATF 139 III 67, consid. 2.4.3, JdT 2014 II 321 ; TF 4A_467/2013 du 23 janvier 2014, consid. 2.1 ; 4A_51/2013 du 8 janvier 2014, consid. 3.

[2206] BERTSCHINGER 2011, p. 817. Voir p. ex. ATF 139 III 67, consid. 2.6, JdT 2014 II 321 ; TF 4A_51/2013 du 8 janvier 2014, consid. 3 ; 4A_431/2009 du 18 novembre 2009, consid. 2.4. Ce dernier arrêt fait un sort à la thèse d'une irrecevabilité de l'appel en cause dans le contexte de l'art. 759 CO (voir les motifs de la Cour de justice genevoise reproduits *in* TF 4P.284/2005 du 1er février 2006, consid. 4.3).

[2207] ATF 139 III 67, consid. 2.4.2, JdT 2014 II 321 ; BOHNET 2014a, N 525.

[2208] ATF 139 III 67, consid. 2.4.2, JdT 2014 II 321. Voir cependant BOHNET 2014a, N 527 en ce qui concerne les conclusions relevant de la procédure simplifiée en raison d'une faible valeur litigieuse.

(art. 16 CPC) [2209]. En matière internationale, l'art. 6 ch. 2 en relation avec l'art. 3 par. 1 CL permet d'attraire l'appelé en cause devant le tribunal saisi de la demande principale [2210]. Hors du champ d'application de la CL, l'art. 8*b* LDIP prévoit que le tribunal suisse compétent pour connaître de l'action principale connaît aussi de l'appel en cause pour autant que la LDIP attribue à un tribunal suisse la compétence internationale pour l'action contre l'appelé en cause. Rappelons, qu'en matière de responsabilité des organes, les art. 151 s. LDIP prévoient un for en Suisse lorsque la société a son siège en Suisse ou que le défendeur est domicilié en Suisse.

961 La demande d'appel en cause doit être introduite avec la réponse ou la réplique dans la procédure principale (art. 82 al. 1 CPC). Dans cette requête, le dénonçant doit énoncer les conclusions qu'il entend prendre contre l'appelé et les motiver succinctement (art. 82 al. 1 i. f. CPC). Cette motivation doit révéler en quoi la prétention invoquée dans l'appel en cause dépend de la prétention principale [2211]. En revanche, l'appelant n'a pas à justifier d'un intérêt concret ou rendre vraisemblable l'existence de sa prétention [2212].

962 Saisi d'une requête d'appel en cause, le tribunal donne l'occasion à la partie adverse et à l'appelé en cause de s'exprimer (art. 82 al. 2 CPC). Lorsque les conditions de l'appel en cause sont remplies, le juge doit admettre celui-ci ; il ne peut pas le refuser au motif que celui-ci compliquerait la procédure [2213]. Si les conditions de recevabilité de l'appel en cause sont remplies, le juge n'examine d'ailleurs pas l'existence d'un intérêt digne de protection de l'appelant (art. 59 al. 2 let. a CPC) [2214]. La décision d'admission de l'appel en cause peut faire l'objet d'un recours (art. 82 al. 4 CPC). L'appelé en cause ne peut pas lui-même appeler un tiers en cause (art. 81 al. 3 CPC).

963 L'admission de l'appel en cause force l'appelé à participer à la procédure [2215]. Si l'appel en cause est admis, le moment et l'étendue de l'échange d'écritures qui s'y rapportent sont déterminés par le juge (art. 82 al. 3 CPC). L'intégration de l'appel en cause dans la procédure

[2209] À moins d'un abus de for, comp. BERTSCHINGER 2011, p. 821.

[2210] TF 4A_736 du 11 avril 2012, consid. 3.3 ; DASSER/ROTH 2014, p. 278 ; certains États parties à la CL ont émis une réserve à cette disposition concernant les personnes domiciliées dans ces États, voir l'art. II par. 1 du protocole n° 1 et l'annexe IX CL.

[2211] ATF 139 III 67, consid. 2.4.3, JdT 2014 II 321 ; TF 4A_51/2013 du 8 janvier 2014, consid. 3 (motivation jugée insuffisante, les prétentions récursoires invoquées étant définies en termes très larges) ; BERTSCHINGER 2011, p. 824.

[2212] ATF 139 III 67, consid. 2.4.3, JdT 2014 II 321 ; TF 4A_467/2013 du 23 janvier 2014, consid. 2. D'un autre avis, apparemment, BSK ZPO-FREI, art. 81 N 20a. DOMINIK GASSER soutient que l'appelant doit également démontrer qu'il a un intérêt pratique à l'appel en cause en rendant vraisemblable que sa prétention récursoire est dirigée contre un organe solvable ou disposant d'une couverture d'assurance (GASSER 2011, p. 894). Au vu de la jurisprudence claire du Tribunal fédéral, cette condition ne peut pas être déterminante.

[2213] ATF 139 III 67, consid. 2.3, JdT 2014 II 321 ; CPC-HALDY, art. 82 N 8.

[2214] ATF 139 III 67, consid. 2.3, JdT 2014 II 321.

[2215] WEY 2010, p. 71.

relève dès lors du pouvoir d'appréciation du juge dans la conduite du procès [2216]. Le juge peut également faire usage des possibilités prévues à l'art. 125 CPC (art. 82 al. 3 i. f. CPC). Le principe du procès unique, censé faciliter la mise en œuvre de la responsabilité pour le demandeur ne s'oppose à notre avis pas à une disjonction des causes (art. 125 let. b CPC) [2217]. Le juge peut également limiter la procédure à la prétention principale (art. 125 let. a CPC) ou échelonner les débats [2218].

6.5.3. Importance de l'appel en cause pour la mise en œuvre de la responsabilité

L'appel en cause est parfois envisagé comme une tactique de défense dans le procès en responsabilité des organes. Il faut dès lors se demander s'il peut compliquer excessivement la procédure et retarder ainsi le moment où le demandeur obtiendra réparation. 964

Il est vrai qu'un appel en cause du côté du défendeur prive dans une certaine mesure le demandeur de la maîtrise de la procédure et l'expose à des retards et des complications dans la mise en œuvre de ses droits, ne serait-ce qu'en raison de l'exercice du droit d'être entendu de chaque partie [2219]. Qui plus est, au stade de l'examen de la recevabilité de l'appel en cause, le juge n'examine pas le bien-fondé de la prétention récursoire invoquée par l'appelant, ce qui pourrait ouvrir la voie à des manœuvres dilatoires [2220]. Le juge dispose cependant d'un grand pouvoir d'appréciation sur la conduite de la procédure. Il peut en particulier décider de limiter les débats à la procédure principale et de reporter le moment de l'échange d'écritures se rapportant à l'appel en cause ; un recours de l'appelant contre une telle ordonnance d'instruction ne sera recevable qu'à des conditions strictes [2221]. Dans l'intérêt de la célérité 965

[2216] TF 4A_618/2013 du 22 avril 2014, consid. 1.4.

[2217] La situation est différente de celle où le demandeur agit lui-même contre plusieurs coresponsables solidaires, voir N 951 *supra*. *Contra* : BERTSCHINGER 2011, p. 827. Pour l'exercice d'une certaine retenue dans la disjonction des causes : WEY 2010, p. 74.

[2218] BK ZPO I-GROSS/ZUBER, art. 82 N 8. Une « suspension de la procédure d'appel en cause » (art. 126 al. 1 CPC ; *idem*, N 9) n'entre pas en ligne de compte, puisque la prétention principale et la prétention de l'appel en cause font l'objet d'une seule et même procédure du point de vue formel.

[2219] WYSS 2015, N 23.

[2220] BSK ZPO-FREI, art. 81 N 20.

[2221] La décision du juge fixant le moment de l'échange d'écritures relatif à l'appel en cause est uniquement susceptible de recours en cas de retard injustifié du tribunal (art. 319 let. c CPC) ou si elle peut causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC ; BK ZPO I-FREI, art. 125 N 28 ; BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, art. 125 N 20 ; WEY 2010, p. 79). Dans cette hypothèse, la jurisprudence retient que l'allongement de la procédure ou l'augmentation de ses coûts pour l'appelant en cause ne constituent pas un motif de recours suffisant (comp. TF 4A_618/2013 du 22 avril 2014, consid. 1.4, où la question est toutefois appréciée sous l'angle de l'art. 93 al. 1 let. a LTF).

de la procédure (art. 124 al. 1 CPC), il est en outre permis d'attendre du juge qu'il prenne les décisions d'instructions nécessaires pour liquider le litige principal sans retard [2222].

966 L'appel en cause peut aussi jouer en défaveur de l'appelant, car celui-ci s'expose à ce que le juge ordonne l'échange des écritures se rapportant à la procédure d'appel en cause à un moment où il n'est pas encore en mesure de motiver et de prouver le bien-fondé de sa prétention récursoire [2223]. L'appelant prend également un risque financier : il s'engage à devoir supporter les frais d'une seconde procédure sans certitude sur la nécessité de celle-ci et ses chances de succès [2224].

7. Conclusion intermédiaire

967 La qualité pour défendre à l'action en responsabilité des organes appartient à celui contre qui le demandeur affirme avoir une prétention. Nous avons examiné dans ce chapitre les conditions de la légitimation passive dans le cadre des normes pouvant fonder une responsabilité des dirigeants. Dans le contexte de la responsabilité des personnes chargées de la gestion (art. 754 CO), celle-ci peut dépendre tout d'abord d'un critère formel, à savoir la qualité de membre du conseil d'administration ou de gérant au sens de l'art. 716*b* al. 1 CO. Elle peut également découler de critères matériels, à savoir l'exercice de la gestion en fait ou l'apparence de l'exercice de telles fonctions. Pour être qualifiée d'organe de fait, une personne doit avoir eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes ; il faut que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été ainsi en situation d'empêcher la survenance du dommage.

968 Dans le contexte de l'art. 752 CO, les administrateurs peuvent être passivement légitimés dans la mesure où la rédaction du prospectus d'émission entre dans les attributions du conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO). Cette tâche peut cependant être déléguée à un membre du conseil d'administration ou à un tiers en vertu de l'art. 716*b* CO ; on retiendra que seules les personnes impliquées dans le processus et ainsi en mesure d'éviter la survenance du dommage devraient répondre des dommages causés.

969 Pour être auteur d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, il faut que le défendeur soit le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire instituée par une norme protectrice ; celle-ci peut découler notamment des attributions du conseil d'administration en matière de comptabilité ou plus généralement des connaissances des dirigeants relatives aux affaires internes à l'entreprise. Dans le contexte de la responsabilité fondée sur la confiance, la légitimation

[2222] GASSER 2011, p. 894.
[2223] Ce cas de figure était à l'origine de l'arrêt TF 4A_618/2013 du 22 avril 2014.
[2224] BK ZPO I-GROSS/ZUBER, art. 81 N 28 ; WYSS 2015, N 24.

passive présuppose l'existence d'un lien de confiance particulier ; ici aussi, la position des organes de gestion au sein de l'entreprise peut justifier une confiance particulière.

Un dommage à la société ou aux actionnaires peut typiquement être causé par plusieurs personnes. L'art. 759 al. 1 CO prévoit à cet égard une responsabilité solidaire des organes fautifs. Selon l'art. 759 al. 2 CO, ces personnes tenues solidairement peuvent être actionnées par le demandeur pour la totalité du dommage dans une seule procédure (principe du procès unique) ; cette disposition ne fait que rappeler le principe de la consorité simple (art. 71 CPC). L'art. 759 al. 2 CO interdit cependant une division des causes opposant le demandeur aux défendeurs. 970

Des organes qui risquent d'être débiteurs de prétentions récursoires ont en principe un intérêt justifiant une intervention aux côtés du défendeur (art. 74 CPC) ; celle-ci leur permet de faire valoir leurs arguments contre la prétention du demandeur et de se prémunir contre une gestion négligente de la procédure par le défendeur. Celui-ci peut également impliquer des tiers dans la procédure, par la voie de la dénonciation d'instance (art. 78 CPC) et de l'appel en cause (art. 81 CPC). La première ne contraint pas le dénoncé à participer à la procédure, mais permet de lui rendre opposable le jugement ; le second force l'appelé à participer à la procédure. L'appel en cause crée un second lien d'instance entre appelant et appelé. 971

L'appel en cause est parfois présenté comme une manœuvre de défense procédurale pour le défendeur au procès en responsabilité des organes ; en effet, il complique et allonge la procédure. Le potentiel dilatoire de cette institution est cependant limité dans la mesure où le tribunal peut prendre les décisions d'instruction qui s'imposent afin de ne pas retarder la liquidation du litige principal. Il peut en particulier limiter l'objet de la procédure à certaines questions ou aux conclusions principales ou encore diviser les causes. Dans tous les cas, l'intérêt à une mise en œuvre efficace de la responsabilité des organes ne commande pas de modifier le régime légal sur ce point. 972

Chapitre 17

Délais

1. Introduction

La gestion du temps peut être un paramètre important dans les procès en responsabilité des organes. En effet, la collecte des informations nécessaires à la préparation d'une demande motivée peut s'éterniser, en particulier si elle doit passer par un contrôle spécial [2225]. Cette durée peut être problématique en raison des délais fixés par la loi pour intenter une action. 973

L'art. 760 CO prévoit des délais de prescription pour les actions en responsabilité fondées sur le droit de la société anonyme. Dans la mesure où une action fondée sur le dommage de l'actionnaire peut aussi reposer sur l'art. 41 CO et la responsabilité fondée sur la confiance, il faudra également examiner l'application des délais relatifs à ces actions (art. 60 CO). 974

Les délais prévus à l'art. 760 CO peuvent être modifiés, en ce qui concerne le dommage subi par la société, par l'octroi de la décharge. Si l'assemblée générale décide de décharger les dirigeants, les actionnaires qui n'ont pas voté en faveur de cette décision ont un délai de déchéance de six mois pour faire valoir un dommage de la société fondé sur les faits révélés (art. 758 al. 2 CO). 975

Nous entamerons le présent chapitre par l'identification des bases légales applicables à la prescription des actions en responsabilité des dirigeants (N 977 ss *infra*) ; nous présenterons ensuite les points de départ et les modalités des différents délais prévus par la loi (N 978 ss *infra*). Nous nous intéresserons encore à l'interruption des délais de prescription (N 989 ss *infra*) et enfin au délai de déchéance fondé sur la décision de décharge (N 995 ss *infra*). 976

2. Bases légales

Lorsque l'action en responsabilité des organes de gestion repose sur les art. 752 ss CO, 977

[2225] Voir N 709 *supra*.

la prescription est soumise à l'art. 760 CO. La prescription de l'action en responsabilité délictuelle (art. 41 al. 1 CO) est réglée de manière générale à l'art. 60 CO ; cette disposition s'applique également à la responsabilité fondée sur la confiance [2226]. Cependant, le Tribunal fédéral retient que l'art. 760 CO s'applique également à l'action en réparation du dommage direct du créancier fondée sur l'art. 41 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance ; en effet, les dispositions de procédure du droit de la société anonyme (art. 759 à 761 CO) doivent valoir pour toutes les actions en responsabilité, sans égard au type de dommage allégué ou au fondement juridique invoqué [2227]. Cette jurisprudence doit également s'appliquer à l'action de l'actionnaire pour son propre dommage hors faillite ; dès lors, dans la mesure où le demandeur a été lésé en sa qualité d'actionnaire, il faut appliquer l'art. 760 CO, quel que soit le fondement juridique invoqué.

3. Délais de prescription prévus à l'art. 760 CO

978 L'art. 760 al. 1 CO prévoit un délai de prescription relatif de cinq ans, à compter de la connaissance du dommage et de la personne responsable, et un délai absolu de dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit. l'art. 760 al. 2 CO réserve les délais de prescription plus longs prévus par le droit pénal si la prétention du lésé a été causée par une infraction.

3.1. Délai de prescription relatif

979 l'art. 760 al. 1 CO prévoit un délai de prescription relatif assez long. Cette durée s'explique par les difficultés auxquelles le demandeur peut faire face dans la reconstitution des événements ayant donné lieu au dommage [2228]. Le point de départ du délai de prescription relatif de cinq ans est le jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, ainsi que de la personne responsable (art. 760 al. 1 i. i. CO).

980 Selon la jurisprudence, le lésé a connaissance du dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments, les circonstances propres à fonder et à motiver une

[2226] ATF 134 III 390, consid. 4.3.3, JdT 2010 I 143.

[2227] TF 4A_452/2013 du 31 mars 2014, consid. 6.1 ; 4C.298/2000 du 21 décembre 2000, consid. 3 ; voir ég. TF 4C.142/2004 du 4.10.2004, consid. 2.1 ; 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.2 ; TF 4C.343/1999 du 3 février 2000, consid. 3 ; CR CO II-CORBOZ, art. 760 N 3.

[2228] DRUEY 2003a, p. 10 ; pour BERNARD CORBOZ, on aurait simplement choisi une durée intermédiaire entre le délai relatif de l'action délictuelle (art. 60 al. 1 CO ; un an) et l'action contractuelle (art. 127 CO ; dix ans) en raison de la nature controversée, tantôt délictuelle, tantôt contractuelle de la responsabilité des organes (CR CO II-CORBOZ, art. 760 N 2).

demande en justice [2229]. Pour que le délai de prescription relatif commence à courir, il n'est pas nécessaire que le lésé soit en mesure de chiffrer son dommage, la fixation de celui-ci pouvant être laissée à l'appréciation du juge (art. 42 al. 2 CO) [2230]. Il suffit que le demandeur dispose d'assez d'éléments pour apprécier celui-ci [2231].

Le lésé a connaissance de la personne responsable lorsqu'il connaît les éléments propres à fonder et à motiver une demande en justice contre lui [2232]. Il n'est en revanche pas nécessaire que le lésé ait connaissance du fondement juridique de l'obligation de réparer [2233]. Le moment déterminant est celui où le lésé a effectivement connaissance de l'auteur et du dommage et non celui où aurait pu découvrir l'importance de sa créance en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances [2234]. 981

Concernant la prétention en réparation d'un dommage causé par les organes de gestion à la société, qui peut être invoquée par celle-ci et par chaque actionnaire (art. 756 al. 1 CO), il faut considérer que le lésé, c'est-à-dire la société, a connaissance du dommage et de son auteur lorsque l'assemblée générale est informée des faits déterminants ; la connaissance des organes de gestion ne suffit pas [2235]. Selon les auteurs qui retiennent, comme nous, la théorie de la *Prozessstandschaft*, le délai de prescription relatif de l'action appartenant à chaque actionnaire commence aussi à courir au moment où la société a connaissance du dommage et de la personne responsable [2236]. 982

Dans le contexte de la responsabilité des organes de la société anonyme, on peut aussi s'interroger sur la relation entre le contrôle spécial et le départ du délai relatif de prescription. À notre sens, l'admission d'une requête en contrôle spécial indique que, pour les faits visés, 983

[2229] Parmi d'autres : ATF 131 III 61, consid. 3.1.1 ; en matière de responsabilité des organes : ATF 122 III 195, consid. 9c ; 116 II 158, consid. 4a, JdT 1991 I 58 ; TF 4F_5/2010 du 9 août 2010, consid. 3 ; TF 4C.142/2004 du 4 octobre 2004, consid. 5.3 (départ du délai au moment où il apparaît qu'une société de gestion de fortune ne libérera pas des avoirs déposés) ; 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.2 ; 4C.298/2000 du 21 décembre 2000, consid. 5a.

[2230] ATF 131 III 61, consid. 3 ; 116 II 158, JdT 1991 I 58 ; ATF 108 Ib 97, consid. 1c ; TF 4F_5/2010 du 9 août 2010, consid. 3 ; CR CO II-CORBOZ, art. 760 N 14.

[2231] TF 4F_5/2010 du 9 août 2010, consid. 3 : dommage subi et connu, car évaluable, au moment de la vente d'un paquet d'actions d'une société victime de malversations.

[2232] ATF 131 III 61, consid. 3.1.1 ; 136 III 322, consid. 4.1, JdT 2011 II 537 ; 108 Ib 97, consid. 1b ; TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.2.

[2233] ATF 131 III 61, consid. 3.1.2 ; TF 4C.298/2000 du 21 décembre 2000, consid. 5a.

[2234] ATF 136 III 322, consid. 4.1, JdT 2011 II 537 ; 131 III 61, consid. 3.1.2 ; TF 4C.298/2000 du 21 décembre 2001, consid. 5b.

[2235] JENNY 2012, N 473 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 760 N 9 ; dans le même sens, en cas de conflit d'intérêts : BÄRTSCHI 2001, p. 328.

[2236] HaftpflichtKomm-LUTERBACHER, art. 760 N 17 ; JENNY 2012, N 473 ; BÄRTSCHI 2001, p. 428 ; ZK-BÜRGI, art. 760 N 14. *Contra*, sur la base de la théorie de la prétention autonome de l'actionnaire : FORSTMOSER 1987, N 509.

l'actionnaire n'est pas encore en mesure de fonder et motiver une demande en justice [2237]. Dès lors, le délai de prescription relatif ne peut commencer à courir qu'au moment de la communication des résultats du contrôle spécial à l'assemblée générale (art. 697*f* al. 1 CO).

984 En cas de pluralité de responsables, le départ des délais doit s'apprécier individuellement pour chaque défendeur [2238]. Dans le contexte de la responsabilité des organes, on relèvera cependant que le demandeur a la possibilité d'agir contre plusieurs responsables pour le dommage total (art. 759 al. 2 CO) ; le fait qu'il ne soit pas en mesure d'individualiser précisément la contribution de chaque défendeur au dommage ne devrait dès lors pas empêcher le départ de la prescription, du moins lorsque la légitimation passive découle de la qualité d'administrateur ou de directeur au sens de l'art. 716*b* al. 1 CO.

3.2. Délai de prescription absolu

985 L'action en responsabilité du droit de la société anonyme est soumise à un délai de prescription absolu de dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (art. 760 al. 1 i. f. CO).

986 Le jour où le fait dommageable s'est produit est celui où a été commis l'acte fondant la prétention [2239]. Le délai de prescription absolu commence à courir indépendamment de la survenance du dommage et de la connaissance de celui-ci par le lésé [2240].

987 En cas d'omission, le départ du délai sera fixé hypothétiquement au moment où le défendeur aurait dû intervenir pour prévenir la survenance du dommage [2241]. Lorsque le manquement invoqué consiste en une action durable, le délai commence à courir au moment où celle-ci a pris fin [2242].

3.3. Délai de prescription plus long prévu par le droit pénal

988 Selon l'art. 760 al. 2 CO, si les dommages-intérêts dérivent d'une infraction soumise par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile. L'application de cette disposition peut entrer en ligne de compte lorsque le

[2237] L'octroi du contrôle spécial présuppose que l'actionnaire ne soit pas en mesure de se faire une idée suffisamment claire des circonstances entourant un manquement potentiel aux devoirs, comp. TF 4A_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.2.2.

[2238] BK-BREHM, art. 60 N 63.

[2239] ATF 119 II 216, consid. 4a/aa, JdT 1995 I 117 ; 106 II 134, consid. 2a : « événement qui a créé la responsabilité ».

[2240] ATF 127 III 257, consid. 2b, SJ 2002 I 113 ; 119 II 216, consid. 4a/aa, JdT 1995 I 117 ; 106 II 134, consid. 2a et les réf.

[2241] BÖCKLI 2009, § 18 N 471.

[2242] BÖCKLI 2009, § 18 N 471.

lésé peut invoquer une escroquerie (art. 146 al. 1 CP) ou la gestion déloyale dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (art. 158 ch. 1 i. f. CP) et le faux dans les titres (art. 251 ch. 1 CP), pour lesquels l'action pénale se prescrit par quinze ans (art. 97 al. 1 let. b CP) [2243]. Ce délai extraordinaire s'applique lorsque l'acte illicite est pénalement punissable, indépendamment de l'introduction d'une procédure ou d'une condamnation pénale [2244]. Le délai plus long ne s'applique qu'à l'auteur visé par le droit pénal ; les personnes qui ne répondent qu'en vertu du droit civil ne sont pas touchées [2245].

4. Interruption de la prescription

Les délais de prescription – absolu et relatif – peuvent être suspendus ou interrompus conformément aux art. 134 ss CO. La suspension arrête l'écoulement du délai alors que l'interruption en fait partir un nouveau (art. 134 al. 2 et 137 al. 1 CO) [2246]. Ces dispositions sont applicables aux délais prévus à l'art. 760 CO [2247]. La prescription est notamment interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par une requête de conciliation ou par une action (art. 135 ch. 2 CO) ; une requête de preuve à futur n'interrompt pas la prescription [2248]. Par ailleurs, la prescription interrompue du fait d'une requête en conciliation ou d'une action ne recommence à courir qu'après la fin de la procédure (art. 138 al. 1 CO). Lorsque la prescription est acquise, le créancier perd la possibilité de faire valoir sa créance contre la volonté du débiteur [2249]. 989

Si un délai de prescription pénale plus long s'applique, il est interrompu selon les mêmes modalités que les délais de droit civil. S'il est interrompu avant la prescription de l'action pénale, le nouveau délai s'aligne sur le droit pénal [2250]. Si, en revanche, l'interruption est postérieure à la prescription de l'action pénale, le nouveau délai s'aligne sur le droit 990

[2243] Les autres infractions entrant en ligne de compte se prescrivent par dix (art. 151, 152 CP en relation avec l'art. 97 al. 1 let. c CP) ou sept ans (art. 325 CP en relation avec l'art. 97 al. 1 let. c CPC).

[2244] ATF 136 III 502, consid. 6.3.2 ; 122 III 225, consid. 4, JdT 1997 I 195 ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 91 ; BK-BREHM, art. 60 N 69 ss.

[2245] ATF 122 II 195, consid. 9c ; 112 II 172, consid. II.2c, JdT 1986 I 574.

[2246] Les motifs de suspension ne sont pas typiques pour l'action en responsabilité dirigée contre des organes de gestion. Ce point ne sera donc pas approfondi ici.

[2247] CR CO II-CORBOZ, art. 760 N 6 ; voir p. ex. TF 4C.363/2006 du 13 mars 2007, consid. 4.2.

[2248] ATF 131 III 61, consid. 3.1.2. L'introduction d'une procédure pénale n'interrompt la prescription qu'en cas d'adhésion du lésé (art. 119 al. 2 let. b CPP) (GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 486).

[2249] ATF 99 II 185, consid. 2b. La prescription n'est pas prise en compte d'office ; elle doit être invoquée par le défendeur s'il souhaite s'en prévaloir.

[2250] ATF 131 III 430, consid. 1.2, JdT 1986 I 574 ; 127 III 538, consid. 4c s, JdT 2002 I 187.

civil [2251]. Il n'est pas interrompu par l'introduction d'une procédure pénale, si aucune action d'adhésion n'est introduite [2252].

991 L'interruption de la prescription doit en principe émaner du créancier (art. 135 ch. 2 CO). La jurisprudence admet cependant que l'actionnaire, qui a le droit d'agir au titre du dommage de la société (art. 756 al. 1 CO) peut également interrompre la prescription de l'action en responsabilité fondée sur le dommage social [2253].

992 La prescription n'est interrompue par une requête de conciliation ou une demande que si elle est formellement valable et déposée devant une autorité compétente [2254]. Pour que la prescription puisse être interrompue, il faut que le litige soit suffisamment individualisé dans l'acte interruptif en question. Selon l'art. 202 al. 2 CPC, la requête de conciliation doit contenir la désignation de la partie adverse, les conclusions et la description de l'objet du litige (art. 202 al. 2 CPC). Celle-ci doit permettre au débiteur de reconnaître de quelle prétention il s'agit [2255].

993 L'interruption de la prescription ne vaut en principe qu'à concurrence de la somme indiquée. Ce principe souffre cependant une exception lorsque l'acte introductif d'instance ne nécessite pas la formulation d'un montant déterminé [2256]. Tel est le cas d'une action en paiement non chiffrée demandant au juge de fixer équitablement le dommage (art. 42 al. 2 CO) [2257].

994 L'interruption de la prescription selon l'art. 760 CO vaut pour tous les débiteurs solidaires (art. 136 al. 1 CO) [2258].

5. Délai de déchéance fondé par la décharge (art. 758 al. 2 CO)

995 Si l'assemblée générale a déchargé les administrateurs, les actionnaires qui ne se sont pas

[2251] ATF 131 III 430, consid. 1.3, JdT 1986 I 574.

[2252] Voir la n. 2248 *supra*.

[2253] TF 4C.363/2006 du 13 mars 2007, consid. 4.3.

[2254] BOHNET 2014a, N 598, avec réf. à ATF 132 V 404, consid. 4.1 ; 130 III 202, consid. 3.2. L'art. 63 al. 1 CPC s'applique en cas de dépôt devant une autorité incompétente.

[2255] Comp. HG ZH du 26 janvier 2014, HG120149-O, consid. 2.5.2 (Swissair/Airlittoral) : individualisation jugée suffisante, la requête de conciliation mentionnant des prétentions en responsabilité fondées sur les art. 754 ss CO et délimitant l'objet du litige par *« Beteiligung am französischen Luftfahrtunternehmen Air Littoral (inbesondere der Erwerb und Leistung von Sanierungsbeiträgen) »*. Voir ég. ATF 136 III 545 (désignation d'une partie n'ayant pas la qualité pour défendre) ; TF 4C.363/2006 du 13 mars 2007, consid. 4.2 ; 4C.185/2005 du 19 octobre 2006, consid. 3.

[2256] ATF 133 III 675, consid. 2.3.1 ; 119 II 339, consid. 1c/aa.

[2257] ATF 133 III 675, consid. 2.3.1 ; 119 II 339, consid. 1c/aa.

[2258] BÖCKLI 2009, § 18 N 477, 519 ; CR CO II-CORBOZ, art. 760 N 6 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 760 N 8 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 486 ; NOBEL 2003, p. 118 ; HG ZH du 26 janvier 2015, HG120149-O, consid. 2.5.2.

prononcés en faveur de cette décision disposent d'un délai de six mois pour faire valoir le dommage de la société (art. 758 al. 2 CO). Ce délai est un délai de déchéance [2259]. Il ne peut pas être prolongé, ni suspendu [2260]. Dès lors, l'instance doit être introduite avant l'expiration du délai de six mois [2261] ; nous renvoyons à cet égard aux développements relatifs à l'interruption des délais de prescription [2262].

Ce délai de déchéance ne s'applique qu'aux actions fondées sur des faits connus de la totalité des actionnaires. Cela signifie en particulier que la déchéance ne frappera pas les faits pour lesquels la réalisation d'un contrôle spécial est nécessaire [2263]. Comme cette interprétation est controversée, il peut se recommander d'introduire à la fois une requête en institution d'un contrôle spécial et une action en responsabilité, puis de demander la suspension de celle-ci au stade de la conciliation en attendant les résultats d'un éventuel contrôle spécial [2264]. En regard du délai de déchéance, le litige devrait être suffisamment individualisé si le demandeur reproduit dans sa requête de conciliation le complexe de faits et l'argumentation juridique invoqués dans la requête de contrôle spécial déposée parallèlement [2265]. 996

6. Conclusion intermédiaire

La prescription des créances en responsabilité fondées sur les art. 752 ss CO est réglée à l'art. 760 CO. Cette disposition s'applique également aux prétentions de l'actionnaire au titre de son propre dommage, qu'elles soient fondées sur les dispositions du droit de la société anonyme ou sur l'art. 41 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance, pour autant qu'il ait été lésé en sa qualité d'actionnaire. 997

L'art. 760 al. 1 CO prévoit un délai absolu de dix ans et un délai relatif de cinq ans. En lien avec la préparation d'une action en responsabilité, on relèvera que ce délai relatif ne peut pas commencer à courir pour les faits visés par un contrôle spécial tant que les résultats de celui-ci ne sont pas communiqués à l'assemblée générale. 998

l'art. 760 al. 2 CO réserve le délai de prescription plus long applicable aux infractions pénales. Cette disposition peut être amenée à s'appliquer lorsque les actes des responsables sont constitutifs d'escroquerie (art. 146 al. 1 CP), de gestion déloyale dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (art. 158 ch. 1 i. f.) ou de faux dans les 999

[2259] N 412 *supra*.
[2260] ATF 119 II 429, consid. 3b.
[2261] BOHNET 2014a, N 599.
[2262] N 989 ss *supra*.
[2263] N 397 ss *supra*.
[2264] N 416 ss *supra*.
[2265] N 420 ss *supra*.

titres (art. 251 ch. 1 CP), pour lesquels l'action pénale se prescrit par quinze ans (art. 97 al. 1 let. b CP).

1000 La prescription est notamment interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par une requête de conciliation ou par une action (art. 135 ch. 2 CO) ; le cas échéant, elle ne recommence à courir qu'après la fin de la procédure (art. 138 al. 1 CO). Pour le dommage de la société, l'interruption peut émaner aussi bien de la société que de l'actionnaire (comp. art. 756 al. 1 CO). La prescription n'est interrompue par une requête de conciliation ou une demande que si elle est formellement valable et déposée devant une autorité compétente. Dans le cas d'une interruption par le dépôt d'une requête de conciliation, le demandeur veillera à suffisamment individualiser le litige. De manière générale, il convient également de formuler une somme à concurrence de laquelle la prescription est interrompue, à moins que le demandeur ne puisse se prévaloir de l'art. 42 al. 2 CO.

1001 Lorsque la société a accordé décharge à ses administrateurs, les actionnaires qui n'ont pas adhéré à cette décision ont un délai de déchéance de six mois pour agir au titre du dommage de la société. Ce délai ne vise que les faits connus des actionnaires ; à notre sens, il ne saurait s'appliquer aux faits pour lesquels un contrôle spécial est ordonné. Cette interprétation restant controversée, une alternative viable serait d'introduire l'action en responsabilité dans le délai de six mois à un for où elle est soumise à la procédure de conciliation et de demander sa suspension à ce stade dans l'attente des résultats du contrôle spécial.

Chapitre 18

Allégations

1. Introduction

Conformément au principe général énoncé à l'art. 55 al. 1 CPC, l'action en responsabilité des organes de gestion est soumise à la maxime des débats [2266]. Il revient dès lors aux parties d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions (art. 55 al. 1 CPC). Ces allégations servent à constituer l'état de fait sur la base duquel la cause sera juridiquement qualifiée [2267]. L'apport des faits vise également à préparer la procédure probatoire, qui a pour objet les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC). Le droit est en revanche appliqué d'office et n'a pas à être allégué (art. 57 CPC). 1002

Le procès en responsabilité des dirigeants présente quelques particularités du point de vue des allégations, qu'il faudra présenter dans le présent chapitre. Dans ce contexte, il faut également détailler le régime des défenses que le défendeur peut opposer au demandeur. Cette thématique soulève des questions spécifiques lorsqu'un actionnaire agit au titre du dommage de la société, qu'il s'agira de résoudre. 1003

Lorsque l'action en responsabilité est dirigée contre plusieurs défendeurs, le principe du procès unique institué à l'art. 759 al. 2 CO est censé assouplir les exigences auxquelles doivent répondre les allégations du demandeur quant au dommage causé par chaque défendeur. Il faut dès lors définir l'étendue et les modalités de cet allègement en faveur du demandeur. 1004

Nous commencerons le présent chapitre par un rappel des règles générales relatives à l'apport et à la contestation des faits pertinents (N 1006 ss *infra*). Ensuite, nous étudierons les questions concernant les allégations relatives aux conditions de la responsabilité (N 1013 1005

[2266] L'action en responsabilité des organes de gestion ne tombe pas dans l'un des domaines où le CPC prévoit un établissement des faits d'office, comp. l'art. 247 al. 2 en relation avec l'art. 243 al. 2 CPC, l'art. 255 CPC l'art. 277 al. 3 CPC et l'art. 296 al. 1 CPC. La procédure simplifiée, applicable lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30000 francs et que le litige n'est pas porté devant un tribunal de commerce (art. 243 al. 1 et 3 CPC), prévoit certes un devoir du tribunal de poser des questions appropriées mais reste soumise en principe à la maxime des débats (BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 7).

[2267] NYFFELER 2004, p. 10 s.

ss *infra*). Après cela, nous présenterons le régime des défenses pouvant être invoquées par le défendeur (N 1033 ss *infra*). La dernière section sera consacrée aux particularités de l'action en responsabilité solidaire (N 1045 ss *infra*).

2. Exigences en matière d'allégations et de contestation des allégués

1006 Sauf disposition légale contraire, les faits pertinents doivent être allégués par la partie qui s'en prévaut pour en déduire un droit (art. 55 al. 1 et 2 CPC). Le tribunal base en principe son appréciation sur les faits allégués par les parties ; les éléments omis ou insuffisamment allégués ne sont pas pris en compte *(quod non est in actis non est in mundo)* [2268]. L'apport des faits pertinents constitue une incombance pour les parties : celle qui omet d'alléguer ou allègue insuffisamment un fait sur lequel elle base sa position juridique risque la perte du procès [2269]. Il y a donc un parallèle à établir avec la répartition du fardeau de la preuve selon l'art. 8 CC (notion de « fardeau de l'allégation objectif » [2270] ou *« Verteilung der Behauptungslast »* [2271]) [2272]. En définitive, il s'agit pour le demandeur à l'action en responsabilité d'alléguer les faits fondant la responsabilité du dirigeant et pour ce dernier d'alléguer les faits pouvant mener à son exonération ou à la réduction de l'indemnité [2273].

1007 Les faits pertinents pour la cause sont énoncés par le droit matériel [2274] : il incombe aux parties d'alléguer tous les faits aptes et nécessaires à remplir l'état de fait de la règle juridique invoquée en leur faveur [2275]. Une certaine rigueur est de mise : les parties doivent alléguer

[2268] ZPO Komm-Schulthess-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 12 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 4 ; CPC-HALDY, art. 55 N 2 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 10 N 15 s.. Voir p. ex. en matière de responsabilité des organes TF 4A_127/2013 du 22 mai 2013, consid. 7.2 ; 4A_231/2011 du 20 septembre 2011, consid. 5.5. Ce principe est notamment tempéré par le devoir d'interpellation du juge (art. 56 CPC).

[2269] Comp. ATF 140 III 485, consid. 3.3 ; TF 4C.166/2006 du 25 août 2006, consid. 3 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 15 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 3 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 487.

[2270] HOHL 2001, N 785.

[2271] STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 10 N 16.

[2272] TF 4C.166/2006 du 25 août 2006, consid. 3 ; ZPO Komm-Schulthess-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 13. Le fardeau de l'allégation et celui de la preuve ne sont cependant pas identiques lorsque la loi prévoit un renversement du fardeau de la preuve, p. ex. lorsque la faute est présumée (BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 16 ; HOHL 2001, N 789) ; voir à ce sujet le N 1032 *infra*.

[2273] JENNY 2012, N 253 ; plus généralement : HOHL 2001, N 788. Sur les défenses, voir les N 1033 ss *infra*.

[2274] ATF 123 III 35, consid. 2b, JdT 1997 I 322 ; 108 II 337, consid. 2b, JdT 1983 I 538 ; TF 4A_229/2012 du 19 juillet 2012, consid. 4 ; 5A_213/2007 du 11 octobre 2007, consid. 4.4.

[2275] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 182 ; PRYBNOW/GOGNIAT 2013, p. 107 ; WALDMANN 2009, p. 289. En lien avec les allégations relatives au dommage : TF 4A_144/2009 du 6 octobre 2009, consid. 3.2. Voir ég. ATF 108 II 337, consid. 2b, JdT 1983 I 538.

soigneusement les faits pertinents et désigner précisément les moyens de preuve à l'appui de leurs allégations [2276].

Les exigences concrètes en matière de précision des allégations résultent de l'état de fait fondant l'application de la norme invoquée et du comportement de l'autre partie en procédure [2277]. Dans un premier temps, les allégations d'une partie sont suffisantes si, en admettant qu'elles soient prouvées, il en résulte un état de fait que le juge peut attribuer aux normes pertinentes et qu'il peut admettre la prétention sur cette base [2278]. Il n'est ainsi pas interdit aux parties d'alléguer des faits dont elles ne sont pas certaines, qui ne pourront être vérifiés que dans le cadre de l'administration des preuves, pour autant que le moyen de preuve proposé soit à même de clarifier le point en suspens [2279]. La formulation doit cependant être suffisamment concrète pour permettre une contestation motivée ou l'administration de la contre-preuve [2280]. L'art. 8 CC est violé lorsque le juge exige des allégations plus détaillées que ce qui est nécessaire pour qualifier juridiquement l'état de fait litigieux [2281]. 1008

La partie à l'encontre de laquelle le droit est invoqué aura alors la charge de contester ces allégations de manière valable par des allégations propres *(Bestreitungslast)* [2282]. Ces contestations déterminent l'objet de la procédure probatoire (art. 150 al. 1 CPC) [2283] ; un fait non contesté doit être considéré comme admis [2284]. La contestation doit dès lors être assez détaillée permettre au demandeur de savoir quels allégués précis de la demande sont contestés et devront faire l'objet d'une preuve [2285]. Il ne suffit donc pas de contester en bloc les faits allégués par la partie qui invoque un droit [2286]. Il serait en revanche excessif d'exiger 1009

[2276] TF 4A_127/2013 du 22 mai 2013, consid. 7.2 ; BOHNET 2014a, N 807 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 487.

[2277] ATF 127 III 365, JdT 2001 I 390, consid. 2b ; TF 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 4.2. Sur l'effet du comportement d'une partie avant la procédure proprement dite sur la précision exigée, voir WALDMANN 2009, p. 285.

[2278] TF 4A_155/2014 du 5 août 2014, consid. 3.2 ; 4A_210/2009 du 7 avril 2010, consid. 3.2 ; 4A_144/2009 du 6 octobre 2009, consid. 3.2.

[2279] WALDMANN 2009, p. 283 s.

[2280] ATF 136 III 322, consid. 3.4.2, JdT 2011 II 537 ; 127 III 365, consid. 2b, JdT 2001 I 390 ; TF 4A_299/2015 du 2 février 2016, consid. 2.3 (publication prévue) ; 4A_144/2009 du 6 octobre 2009, consid. 3.2 ; 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 4.2.

[2281] ATF 114 II 289, consid. 2a ; TF 4A_155/2014 du 5 août 2014, consid. 3.2 ; 4A_410/2011 du 11 juillet 2012, consid. 6.1 ; 4A_144/2009 du 6 octobre 2009, consid. 3.2.

[2282] ATF 108 II 337, JdT 1983 I 538 ; PRYBNOW/GOGNIAT 2013, p. 108, 111 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 487, 496 ; voir art. 222 al. 2 CPC.

[2283] CPC-TAPPY, art. 222 N 18 ; PRYBNOW/GOGNIAT 2013, p. 111.

[2284] Voir p. ex. TF 4A_155/2014 du 5 août 2014, consid. 3.2.

[2285] ATF 141 III 433, consid. 2.6 ; TF 4P.195/2005, consid. 5.1. Voir ég. CPC-TAPPY, art. 222 N 18 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 191 ; BK ZPO II-KILLIAS, art. 222 N 18. *Contra* : CPC-SCHWEIZER, art. 150 N 4, 12, pour qui seuls les faits expressément admis devraient être considérés comme non contestés.

[2286] ATF 141 III 433, consid. 2.6. Voir p. ex. TF 4A_155/2014 du 5 août 2014, consid. 3.2 : la demanderesse n'a pas explicitement contesté l'allégation selon laquelle la société avait accordé décharge au défendeur.

de l'autre partie qu'elle reprenne un à un les faits énoncés et indique s'ils sont admis ou contestés [2287].

1010 Savoir dans quelle mesure les contestations doivent être motivées dépend du niveau de détail des allégations ; plus celles-ci sont précises, plus l'autre partie doit indiquer concrètement quels allégués de fait sont contestés ou non [2288]. En principe, la partie qui se défend contre une allégation devra offrir une motivation moins précise que celle attendue de la partie qui invoque un droit à son avantage [2289]. Une motivation peut toutefois être exigée du défendeur lorsque les allégations du demandeur concernent des faits négatifs, lorsque la partie frappée du fardeau de la preuve fait face à des difficultés de preuve ou lorsque le défendeur est plus proche de la preuve [2290].

1011 Dans le cadre de la maxime des débats, le juge peut demander aux parties de clarifier ou de compléter leurs actes ou leurs déclarations lorsque ceux-ci sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets (art. 56 CPC). Cette règle doit être appliquée avec retenue si les parties sont représentées par des avocats ; le cas échéant, le juge n'interviendra qu'en cas de manquement manifeste [2291]. Le devoir d'interpellation du tribunal devrait dès lors avoir peu d'importance dans le procès en responsabilité des organes de gestion.

3. Allégations relatives aux conditions de la responsabilité

1012 Dans le contexte de l'action en responsabilité des organes, il revient au demandeur d'alléguer et éventuellement de motiver les faits permettant de conclure à la responsabilité du défendeur (faits générateurs) [2292]. Il devra dès lors alléguer une action ou une omission du dirigeant, ainsi que les circonstances dont il avait ou aurait dû avoir connaissance [2293], la survenance d'un préjudice et son montant [2294], la causalité naturelle et la causalité

[2287] Comp. BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 150 N 14 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 191.

[2288] ATF 141 III 433, consid. 2.6 ; TF 4A_299/2015 du 2 février 2016, consid. 2.3 (publication prévue)

[2289] ATF 141 III 433, consid. 2.6 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 191 ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 150 N 13, 15 ; CPC-TAPPY, art. 222 N 19 s.

[2290] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 192 ss ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 44 ; BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 222 N 23 ; principe rappelé *in* TF 4P.196/2005 du 10 février 2005, consid. 5.2. Voir p. ex. 4A_70/2008, 4A_230/2009 du 12 août 2009, consid. 5.5 : la défenderesse avait allégué des faits propres à réduire le dommage ; ceux-ci se trouvant exclusivement dans la sphère de la demanderesse, il était permis d'attendre d'elle qu'elle fournisse une contestation motivée. Voir ég. TF 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 5b/bb : valeur d'un poste comptable que les défendeurs étaient en mesure d'évaluer avec précision. Plus restrictif : BK ZPO II-KILLIAS, art. 222 N 20 avec réf. à l'ATF 115 II 1 : *« Beweisnotstand »*.

[2291] Message CPC, p. 6890. CPC-HALDY, art. 56 N 3 ; ZÜRCHER 2012, p. 16 s.

[2292] STEINAUER 2009, N 703.

[2293] NYFFELER 2004, p. 16 s., 30.

[2294] ATF 122 III 219, consid. 3b, JdT 1997 I 246 ; TF 4C.300/2001 du 27 février 2002, consid. 3b ; 4C.190/2000 du 10 novembre 2000, consid. 5c ; CHAIX 2005, p. 54.

hypothétique, à moins qu'elle soit établie uniquement sur la base de l'expérience générale de la vie et non sur la base de moyens de preuve [2295] et l'intention ou la négligence de l'auteur. Le défendeur aura la charge de contester ces faits.

3.1. Manquement aux devoirs

Le demandeur étant frappé du fardeau de l'allégation des conditions de la responsabilité, il doit alléguer les faits qui sont à l'origine du manquement aux devoirs. Le demandeur alléguera donc que le défendeur a eu un comportement s'écartant de celui qu'un administrateur raisonnable aurait adopté dans la même situation [2296]. En cas d'omission, le demandeur devra alléguer les circonstances imposant une intervention de l'administrateur et la nature de celle-ci [2297]. En raison des exigences relatives à la précision des allégations, le manquement allégué devra être en lien avec une ou plusieurs affaires déterminées ; une critique de la gestion en général ne suffit pas [2298]. 1013

Il faut préciser quelque peu les exigences auxquelles doivent répondre les allégations et les contestations relatives au manquement aux devoirs lorsqu'il est question d'un manquement dans la gestion ou dans la surveillance de personnes à qui la gestion a été confiée. 1014

3.1.1. Décisions de gestion

Le juge fait preuve de retenue dans l'appréciation des décisions de gestion prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et exempt de conflits d'intérêts [2299]. Pour alléguer un manquement aux devoirs en lien avec une décision de gestion, le demandeur peut s'en prendre aussi bien au processus décisionnel qu'au contenu matériel de la décision. Pour le demandeur, il peut être avantageux de chercher à démontrer un vice formel dans la prise de décisions ou un conflit d'intérêts, ce qui suffit à conclure à un manquement aux devoirs [2300]. Le cas échéant, il reviendra au défendeur de 1015

[2295] ATF 132 III 715, JdT 2009 I 183, consid. 2.3 ; TF 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, consid. 2.3 ; d'un autre avis, PETER/SAUERWEIN 2007, p. 166.

[2296] Voir N 48 *supra*. Pour la responsabilité fondée sur l'art. 41 CO, il s'agit d'alléguer et de démontrer la violation d'une norme de comportement destinée à protéger le patrimoine du lésé (ATF 132 III 122, consid. 1 ; 118 Ib 473, consid. 2b) ; en cas de responsabilité fondée sur des informations inexactes, il faut également alléguer le caractère trompeur ou inexact des informations (NOTH/GROB 2002, p. 1450 s.).

[2297] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 493.

[2298] TF 4C.201/2001 du 19 juin 2002, consid. 2.1.1 ; voir cependant TF 4A_675/2014 du 9 mars 2014, consid. 2.2 : en cas de manquements dans la comptabilisation de diverses transactions, il ne faut pas encore vérifier si chacune d'elles est conforme à l'intérêt social.

[2299] ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328, consid. 3.3.

[2300] Comp. TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 5.2 s. (décision dépassant les attributions du défendeur) ; 4A_13/2013 du 11 juillet 2013 (conflit d'intérêts).

contester ce fait de manière motivée, en démontrant p. ex. que le conflit d'intérêts a été géré correctement ou que la décision était entièrement opportune [2301].

1016 Il est plus ardu d'alléguer suffisamment un manquement dans le processus d'information, puisque le Tribunal fédéral prête un certain pouvoir d'appréciation aux dirigeants en la matière. Si le demandeur allègue que le défendeur a ignoré des informations importantes ou aurait dû se renseigner de manière plus approfondie, il devrait indiquer avec précision quelles informations étaient disponibles au moment de la prise de décision et en quoi leur prise en compte s'imposait [2302].

1017 Les mêmes difficultés surviennent lorsque le demandeur s'en prend au contenu matériel de la décision de gestion. En effet, il devra le cas échéant alléguer et motiver avec un soin particulier en quoi les choix faits par le dirigeant étaient inopportuns, quelles mesures ce dernier aurait dû prendre et en quoi celles-ci auraient produit un résultat plus avantageux pour la société [2303]. On rappellera cependant que l'opportunité de décisions de gestion s'apprécie de manière globale [2304] : plus la qualité du processus décisionnel est discutable, plus l'opportunité de la décision est susceptible d'être remise en question. Le demandeur peut dès lors alléguer que la qualité du processus décisionnel n'était pas suffisante pour garantir que l'intérêt social a été pris en compte de manière appropriée, ce qui devrait faciliter ensuite la démonstration de l'inopportunité matérielle de la décision.

1018 On peut se demander si cette jurisprudence ne crée pas un régime trop sévère, en particulier compte tenu des difficultés que peut avoir le demandeur à accéder aux informations pertinentes pour fonder une demande en responsabilité. Il faut cependant relever que la ligne du Tribunal fédéral est cohérente avec l'interprétation du droit matériel, qui réserve un certain pouvoir d'appréciation aux organes de gestion. Si les exigences relatives à l'apport des faits dans la demande étaient assouplies, on court le risque que les organes actionnés doivent justifier, dans leur réponse, de l'opportunité de leur gestion, ce que la *business judgment rule* vise justement à éviter. Cette interprétation restrictive complique assurément la tâche du demandeur à l'action en responsabilité. Pour surmonter ces difficultés, nous considérons cependant qu'il est préférable de développer les moyens permettant de préparer un procès en responsabilité plutôt que d'assouplir ou de renverser les fardeaux de l'allégation et de la preuve [2305].

[2301] Comp. BERTSCHINGER 2012, p. 26 ; voir N 92 *supra*.
[2302] Illustratif : TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 6.3.
[2303] TF 4A_306/2009 du 8 février 2010, consid. 7.2.4. Voir ég. GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 493 ; BERTSCHINGER 2012, p. 9.
[2304] N 101 *supra* ; voir ég. TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1 s.
[2305] Sur les moyens d'information avant le procès proprement dit, voir les N 540 ss (droits à l'information des actionnaires) et 729 ss (moyens d'information de la société) *supra*.

3.1.2. Délégation de la gestion (art. 754 al. 2 CO)

L'art. 754 al. 2 CO inverse le fardeau de la preuve en cas de manquement dans le choix, l'instruction et la surveillance des personnes à qui la gestion a été confiée. Ces faits doivent être allégués dans un premier temps par le demandeur [2306]. Il revient ensuite à l'administrateur qui se prévaut de l'exonération prévue à l'art. 754 al. 2 CO d'alléguer, puis, le cas échéant, de motiver en quoi son comportement correspondait au soin attendu de lui dans le choix, l'instruction et la surveillance des gérants [2307]. 1019

3.2. Dommage

3.2.1. Nature du dommage allégué

Le dommage allégué est la réparation maximale requise par le demandeur [2308]. Il s'agit pour ce dernier d'élaborer une hypothèse indiquant quel serait, selon l'expérience de la vie, l'état du patrimoine lésé si l'événement dommageable ne s'était pas produit ou si le responsable avait respecté ses devoirs et agi conformément à la loi [2309]. Il faut donc alléguer d'une part le patrimoine actuel, constaté après le manquement, et d'autre part l'état hypothétique du patrimoine lésé, soit le patrimoine qui existerait si l'atteinte n'avait pas eu lieu [2310]. Ce dernier s'établit généralement à partir de l'état du patrimoine avant l'acte dommageable, puis en déterminant comment il aurait évolué jusqu'au moment du calcul du dommage [2311]. Les allégations relatives au dommage doivent présenter un certain niveau de précision : on attendra du demandeur qu'il soit en mesure d'exposer les bases de calcul du dommage [2312]. 1020

3.2.2. Montant du dommage

Le demandeur doit alléguer non seulement l'existence du dommage, mais aussi le chiffrer [2313]. 1021

[2306] Voir BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 16.

[2307] *Contra* : GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 493, qui ignorent apparemment le renversement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 754 al. 2 CO.

[2308] CHAIX 2005, p. 41.

[2309] BÖCKLI 2009, § 18 N 363 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 488. Pour une illustration dans le contexte d'un dommage direct de l'actionnaire : OG ZH LB 110049, consid. 6.

[2310] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 489 ; voir l'arrêt TF 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 3.3 ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/aa.

[2311] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 490.

[2312] TF 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 4.3 (perspectives de remboursement réduites) ; TF 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 4.4.4 (éléments permettant une estimation de la valeur de certains actifs). Voir ég. TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006, consid. 3.3 (justification par le défendeur d'une diminution du patrimoine de la société).

Ce montant doit faire l'objet d'un calcul concret, qui doit être restitué dans la demande [2314]. Le demandeur veillera à alléguer tous les éléments du dommage, en particulier aussi les intérêts.

1022 En pratique, le calcul ne portera pas sur l'état global du patrimoine, mais se concentrera sur l'évolution de postes précis du bilan [2315]. Il faut cependant inclure dans ce calcul toutes les positions concernées par l'événement, l'existence d'une perte au bilan n'étant pas nécessairement équivalente au dommage subi par la société [2316]. Fonder le calcul du dommage sur l'évolution d'un seul poste sans tenir compte de l'évolution des autres postes concernés par la violation alléguée n'est pas suffisant [2317].

3.2.3. Dommage « direct » et « indirect »

1023 Dans ses allégations, le demandeur sera particulièrement attentif au patrimoine touché par le dommage ; il s'agit de distinguer clairement le dommage de la société (dommage « indirect ») du dommage direct subi par l'actionnaire.

1024 En cas d'action de l'actionnaire pour le dommage « indirect » (action oblique ; art. 756 al. 1 CO), seul le dommage subi par la société est déterminant [2318]. Le fait que le demandeur ait lui-même subi un préjudice ou non n'a pas d'importance [2319]. Ce dommage doit par ailleurs se rapporter à la violation d'un devoir envers la société [2320].

1025 Lorsqu'il fait valoir son propre dommage, l'actionnaire ou le créancier devra alléguer une atteinte à son propre patrimoine, qui ne découle pas d'un préjudice subi par la société. Il doit en outre clairement établir un lien entre la violation d'une norme destinée à le protéger personnellement et son dommage [2321].

3.2.4. Dommage indéterminé (art. 42 al. 2 CO)

1026 Lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, l'art. 42 al. 2 CO permet

[2313] TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/bb.
[2314] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 490 ; principe du calcul concret : BK-BREHM, art. 42 N 14 ss.
[2315] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 489 ; UMBACH/WEBER 2003, p. 125 ; dans le même sens, ZÜRCHER 2012, p. 26. Voir plus généralement BK-BREHM, art. 42 N 9d.
[2316] TF 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 3b/bb ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 489.
[2317] TF 4A_598/2010 du 11 avril 2011.
[2318] Voir TF 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, consid. 3.5 ; 4C.316/2003 du 3 mars 2003, consid. 7.3.1 ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/aa ; 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 3b/cc ; 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 3 ss, en part. 3c.
[2319] TF 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 3.4 ; NYFFELER 2004, p. 26.
[2320] HÄNNI 2013, p. 277 ; STEININGER 2011, p. 274.
[2321] Comp. TF 4C.48/2005 du 13 mai 2005, consid. 2.2 ; 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 6b ; BÖCKLI 2009,

au demandeur de s'en remettre au juge pour déterminer le dommage équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette règle découle de l'idée qu'il serait injuste de ne pas allouer de réparation simplement parce que le dommage ne peut pas être chiffré. L'art. 42 al. 2 CO est applicable à la responsabilité des organes [2322]. Il entre en jeu lorsque le dommage est impossible à chiffrer ou que la preuve du dommage est impossible ou excessivement difficile à apporter [2323].

L'objet de l'art. 42 al. 2 CO est principalement de faciliter la preuve du dommage [2324] ; les exigences relatives aux allégations sont également réduites : si les conditions d'application de l'art. 42 al. 2 CO sont remplies, le demandeur est dispensé de chiffrer le montant du dommage dans ses conclusions (art. 85 al. 1 CPC) [2325] ; le cas échéant, il doit indiquer une valeur litigieuse minimale et chiffrer sa demande dès qu'il est en état de le faire sur la base des preuves administrées et des informations fournies par le défendeur [2326]. 1027

Pour jouir du bénéfice de l'action non chiffrée, le demandeur doit alléguer et exposer de manière motivée en quoi la formulation d'un montant du dommage est impossible [2327]. Il est également tenu, dans la mesure où c'est possible et où on peut l'attendre de lui, d'apporter tous les éléments de fait indiquant l'existence d'un dommage et permettant ou facilitant son estimation [2328]. Ainsi, le demandeur doit alléguer tous les faits concrets servant de base à la qualification d'un préjudice de dommage juridiquement pertinent [2329]. Les circonstances alléguées par le lésé doivent faire apparaître un dommage comme pratiquement certain [2330]. On ne saurait en revanche exiger de lui qu'il fournisse des indications détaillées sur des éléments dont il ne peut pas avoir connaissance [2331]. 1028

§ 18 N 363.

2322 ATF 136 III 322, consid. 3, JdT 2011 II 537 ; TF 4P.196/2006 du 10 mai 2007, consid. 3.1 ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2.d/bb ; 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 3b/aa ; CHAIX 2005, p. 51.

2323 ATF 105 II 87, consid. I.3, JdT 1980 I 17.

2324 FELLMANN 2007, p. 61.

2325 ATF 131 III 243, consid. 5.1, JdT 2006 I 320 ; 116 II 215, consid. 4a, JdT 1991 I 34 ; CPC-BOHNET, art. 85 N 13 ; BK ZPO I-MARKUS, art. 85 N 10.

2326 Si le demandeur persiste à exiger un montant trop élevé, il s'expose à devoir payer une partie des frais (TF 4P.196/2006 du 10 mai 2007, consid. 4.1) ; voir à ce sujet N 1198 *infra*.

2327 ATF 140 III 409, consid. 4.3.1, SJ 2015 I 19.

2328 ATF 131 III 360, consid. 5.1 ; 122 III 219, consid. 3a, JdT 1997 I 246 ; TF 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 4.4.3 ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/aa ; TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/cc ; 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 3b/cc.

2329 ATF 127 III 365, consid. 2b, JdT 2001 I 390 et les réf. Voir p. ex. TF 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 4.4.4 (allégations insuffisantes en lien avec l'état du bilan au moment où la faillite aurait dû être prononcée et sur les bases de l'évaluation d'actifs prétendument surévalués) ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/cc.

2330 ATF 133 III 462, consid. 4.4.2 ; 122 III 219, consid. 3a, JdT 1997 I 246.

2331 P. ex. alléguer en détail quels postes du bilan sont surévalués (TF 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 5a/bb). Voir ég. 4P.196/2006 du 10 mai 2007, consid. 2 (allégations relatives au retard dans le prononcé de la faillite).

3.3. Causalité

3.3.1. Causalité naturelle

1029 Au titre de la causalité naturelle, il s'agit d'alléguer que l'action ou l'omission en question est la condition *sine qua non* du dommage [2332]. Le manquement doit effectivement apparaître comme la cause nécessaire du dommage ; tel n'est pas le cas si le dommage a été causé par d'autres circonstances [2333]. Le demandeur doit alléguer concrètement quelle violation a causé quel dommage et pourquoi, en précisant tous les éléments de la chaîne de causalité entre le manquement et la survenance du dommage [2334].

3.3.2. Causalité adéquate

1030 La causalité adéquate est une question de droit [2335]. En tant que telle, elle n'a en principe pas à être alléguée par les parties, puisque le droit est appliqué d'office par le tribunal (art. 57 CPC) ; la question de la causalité adéquate pourra cependant faire l'objet d'une motivation en droit dans la demande (art. 221 al. 3 CPC). La délimitation de la causalité naturelle et de la causalité adéquate n'est pas nécessairement nette. Par ailleurs, il peut être risqué de s'en remettre entièrement au juge sur cette question ; le demandeur veillera dès lors à apporter des faits qui, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, étaient propres à causer le dommage invoqué [2336].

3.3.3. Causalité hypothétique

1031 En cas d'omission, le demandeur doit alléguer un déroulement hypothétique afin de démontrer que le dommage ne serait pas survenu si l'organe avait agi à temps et conformément à ses devoirs [2337]. La causalité par omission a nécessairement un caractère hypothétique et ne peut pas être directement prouvée. Pour cette raison, la jurisprudence admet que la partie demanderesse doit pouvoir alléguer différents scénarios pouvant mener à ce que le dommage allégué soit évité [2338]. La présentation de plusieurs états de fait n'a pas pour conséquence qu'aucun d'entre eux ne peut être considéré comme plus vraisemblable. Le cas

[2332] N 252 *supra.*
[2333] Voir TF 4C.399/2001 et 4P.325/2001 du 21 novembre 2002.
[2334] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 494.
[2335] ATF 132 III 715, consid. 2.2, JdT 2009 I 183 ; TF 4A_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 7.
[2336] Parmi d'autres : ATF 129 II 312, consid. 3.3 ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 66. Plus généralement sur l'opportunité d'une motivation en droit dans la demande : ZPO Komm-Schulthess-LEUENBERGER, art. 221 N 47.
[2337] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 494
[2338] TF 4A_588/2011 du 3 mai 2012, consid. 2.2.5.

échéant, le juge doit se faire sa conviction sur la base des moyens de preuve, de l'expérience de la vie et des hypothèses sur le cours ordinaire des choses [2339]. Cette interprétation souple peut être utile en particulier lorsque le demandeur reproche au défendeur de ne pas avoir agi assez rapidement en cas de détérioration de la situation financière de la société [2340] ; en effet, le cas échéant, il est difficile d'établir avec une précision absolue quand une intervention s'imposait et quelle aurait dû être la nature de celle-ci. Par ailleurs, une application de l'art. 42 al. 2 CO peut entrer en ligne de compte lorsque le moment de la survenance du dommage ne peut pas être établi [2341].

3.4. Faute

Il revient en principe au demandeur d'alléguer la faute, quelle que soit la partie frappée du fardeau de preuve [2342]. Dès lors, le demandeur devra alléguer que le défendeur a agi intentionnellement ou par négligence. Dans le second cas, le demandeur devra affirmer qu'un dirigeant moyen aurait agi différemment dans les circonstances du cas d'espèce [2343]. 1032

4. Défenses

Le défendeur à l'action en responsabilité dispose de divers moyens de défense ; on distinguera tout d'abord les défenses de procédure, qui conduisent à l'irrecevabilité de la demande, et les défenses au fond, qui mènent au rejet total ou partiel de la demande [2344]. 1033

4.1. Défenses de procédure

Selon l'art. 60 CPC, le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies. Cependant, il n'a pas le devoir de vérifier en détail chaque condition, s'il n'a pas de raison de 1034

[2339] TF 4A_588/2011 du 3 mai 2012, consid. 2.2.5.
[2340] Voir N 140 ss *supra*.
[2341] Comp. TF 4P.196/2006 du 10 mai 2007, consid. 3.1.
[2342] Voir, en lien avec la responsabilité contractuelle selon l'art. 97 al. 1 CO : BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 16.
[2343] Comp. TF 4A_22/2008 du 10 avril 2008, consid. 4 ; CPra-Actions-BOHNET, § 60 N 68. Au titre de l'aspect subjectif de la faute, il faudrait en principe aussi alléguer la capacité de discernement de la personne recherchée (N 277 *supra*). Celle-ci est cependant présumée (ATF 134 II 235, consid. 4.3.3), raison pour laquelle le demandeur est dispensé d'alléguer ce fait (BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 14 ; BOHNET 2009a, p. 310).
[2344] BOHNET 2014a, N 1160. Pour une étymologie et un tour d'horizon des différentes acceptions du terme « exception » : BOHNET 2010, N 4 ss.

douter qu'elles sont bien remplies [2345]. Il incombe dès lors à la partie à qui profite le motif tiré de l'irrecevabilité de l'invoquer [2346].

1035 Les défenses de procédure peuvent être énumérées en se référant à l'art. 59 al. 2 CPC, qui énonce – de manière non exhaustive – les conditions de recevabilité *(Prozessvoraussetzungen)* de l'action. Pour autant que ces éléments ne soient pas examinés d'office par le juge (art. 60 CPC), le défendeur pourra ainsi alléguer l'absence d'intérêt digne de protection du défendeur (let. a) ; l'incompétence du tribunal (let. b) ; l'incapacité du demandeur d'être partie ou d'ester en justice (let. c) ; la litispendance (let. d) ou l'autorité de chose jugée (let. e) ou enfin le non-paiement des avances ou des sûretés en garantie des frais de procès (let. f). À cette liste, on ajoutera notamment la question de la qualité pour agir et celle du respect des délais pour agir [2347].

1036 Parmi ces conditions, on distinguera celles relatives à l'instance, qui concernent « le respect des règles propres au procès entamé » de celles relatives à l'action, « entendue comme l'existence d'une prétention (et non d'un droit) considérée comme digne de protection par l'ordre juridique » [2348]. L'irrecevabilité due au non-respect des règles du procès est temporaire ; une nouvelle demande respectant les règles, relatives p. ex. à la compétence, sera recevable. En revanche, une demande irrecevable faute d'action, ne pourra plus être réintroduite, à moins d'un changement dans la situation de fait.

1037 Dans le contexte qui nous intéresse, il convient de relever deux particularités qui interviennent en cas d'action pour le dommage de la société : tout d'abord, la défense (relative à l'instance) [2349] tirée de la litispendance n'est pas opposable lorsqu'une seconde action est introduite pour le même dommage par un autre titulaire du droit d'agir [2350]. Ensuite, la défense (relative à l'action) [2351] du défaut de qualité pour agir ne peut pas être opposée au demandeur qui est actionnaire de la société au moment de l'introduction de la demande [2352].

[2345] BK ZPO I-ZINGG, art. 60 N 4 s. ; BSK ZPO-GEHRI, art. 60 N 3 ; ZPO Komm-Schulthess-ZÜRCHER, art. 60 N 4 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 11 N 6 : « *beschränkte Untersuchungsmaxime* ».

[2346] BK ZPO I-ZINGG, art. 60 N 5 ; CPC-BOHNET, art. 60 N 4.

[2347] BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 165 s. ; CPC-BOHNET, art. 59 N 9 et 139. Sur la nature de l'exception tirée de l'octroi de la décharge (art. 758 CO), voir le N 1041 *infra*.

[2348] CPC-BOHNET, art. 59 N 6. Pour une classification détaillée, *idem*, N 11 ss. FABIENNE HOHL emploie les termes de « fins de non-recevoir dilatoires » ou « péremptoires » selon qu'elles s'opposent de façon permanente ou provisoire à la recevabilité de la demande (HOHL 2001, N 306).

[2349] CPC-BOHNET, art. 59 N 44.

[2350] N 806 *supra*.

[2351] CPC-BOHNET, art. 59 N 94.

[2352] N 844 *supra*. La qualité pour agir appartient aussi à celui qui n'était pas actionnaire au moment où la société a subi le préjudice invoqué.

4.2. Défenses au fond

Pour se défendre, la partie défenderesse peut soit contester les faits allégués par le demandeur, soit soulever des objections, c'est-à-dire alléguer des faits dont il résulte que le droit invoqué par le demandeur n'existe pas malgré les faits allégués par lui, soit faire valoir des exceptions, c'est-à-dire exercer des droits s'opposant à la mise en œuvre du droit invoqué par le demandeur [2353]. La contestation des allégations a été examinée ci-dessus [2354]. Nous présenterons dans les sections qui suivent les particularités des objections, puis des exceptions dans le contexte du procès en responsabilité des organes de gestion. 1038

4.2.1. Objections

La partie à l'encontre de laquelle un droit est invoqué peut faire valoir des faits s'écartant de l'ordre normal des choses dont il résulte que le droit invoqué n'existe pas (faits dirimants) ou plus (faits extinctifs ou destructeurs) [2355]. Sont notamment des faits dirimants les motifs de réduction de l'indemnité prévus aux art. 43 et 44 CO. Ceux-ci devront être invoqués par le défendeur à l'action en responsabilité et pourront être contestés par le demandeur [2356]. 1039

4.2.2. Exceptions

La partie défenderesse peut également soulever des exceptions (« au sens technique » [2357]), qui paralysent le droit invoqué. Les exceptions ne sont prises en compte que si elles ont été expressément invoquées par la partie qui souhaite s'en prévaloir [2358]. On distingue les exceptions de droit civil péremptoires, qui bloquent définitivement l'exercice du droit de l'adversaire, et les exceptions dilatoires, qui ont un effet provisoire [2359]. Ainsi, la prescription de l'action en responsabilité des organes de la société anonyme, fondée sur l'art. 760 CO, est une exception péremptoire. Elle devra être invoquée par le défendeur s'il souhaite s'en prévaloir. Si la prescription est acquise, la demande doit être rejetée car mal fondée [2360]. 1040

[2353] BOHNET 2014a, N 1167 ; HOHL 2001, N 334 ss.
[2354] N 1009 *supra*.
[2355] BOHNET 2014a, N 1174 s ; STEINAUER 2009, N 705 ; DESCHENAUX 1969, p. 240 s.
[2356] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 528 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 26 ; VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 113 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 441. Voir TF 4C.344/1998 du 24 novembre 2000, consid. 5.
[2357] DESCHENAUX 1969, p. 240.
[2358] BOHNET 2014a, N 1179.
[2359] BOHNET 2014a, N 1182 ss ; DESCHENAUX 1969, p. 240 s.
[2360] TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.2.

4.3. Nature de la défense tirée de l'octroi de la décharge (art. 758 CO)

1041 Déterminer la place de la décharge dans la classification des défenses ne va pas de soi. Ces difficultés sont dues à l'incertitude sur la nature juridique de cette institution, mais aussi aux opinions doctrinales divergentes sur le traitement des délais dans le régime des défenses. Rappelons tout d'abord que la décision de décharge agit sur le droit d'action de la société et de chaque actionnaire et non sur l'éventuelle prétention en réparation elle-même [2361]. L'octroi de la décharge prive d'action la société et les actionnaires qui ont adhéré à cette décision ou qui ont acquis leurs actions postérieurement à celle-ci en connaissance de cause (art. 758 al. 1 CO). Confronté à une demande en responsabilité émanant de la société ou de l'un de ces actionnaires, le défendeur pourra dès lors faire valoir un motif d'irrecevabilité lié à l'action [2362]. La décharge fait donc un sort définitif à toute action intentée par la société et les actionnaires concernés. En revanche puisqu'elle ne touche pas l'existence de la prétention, on comprend aisément qu'elle ne puisse pas être opposable à la masse en faillite [2363].

1042 Les actionnaires qui n'ont pas adhéré à la décharge ou acquis leurs actions postérieurement en connaissance de cause disposent d'un délai de déchéance de deux mois à compter de la décision de décharge pour intenter l'action (art. 758 al. 2 CO). Ici aussi, le motif tiré de l'échéance du délai est une défense de procédure, qui débouche sur l'irrecevabilité de la demande. En effet, le délai de six mois prévu à l'art. 758 al. 2 CO doit être rapproché des délais de déchéance en matière de demandes formatrices, tels que ceux prévus à l'art. 273 al. 1 CO [2364] et à l'art. 706*a* al. 1 CO [2365]. Il s'agit dès lors d'une question que le tribunal examine d'office (art. 60 CPC). La majorité des auteurs considère cependant que le non-respect des délais de déchéance conduit au rejet de la demande, non à son irrecevabilité, sans toujours opérer de distinction entre les délais en matière de demande formatrice et les autres délais de droit matériel [2366].

[2361] N 364 ss *supra*.

[2362] D'un autre avis : JENNY 2012, N 286, qui considère que la décharge fonde une exception de droit matériel. Si l'on considère que la décharge est une renonciation à la prétention en responsabilité, la décision de décharge constitue un fait extinctif, à invoquer par voie d'objection (N 1039 *supra* ; dans ce sens : TF 4A_155/2014 du 5 août 2014 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 452a ; OULEVEY 2008, p. 167 ; WATTER/DUBS 2001, p. 913).

[2363] Comp. ATF 136 III 148, consid. 2.5 ; 117 II 432, consid. 1b/gg, JdT 1993 I 72. La jurisprudence explique l'inopposabilité de la décharge par le fait que, dans la faillite, la créance de la société est remplacée par une créance de la « communauté des créanciers » (ATF 136 III 148, consid. 3.2.2 ; *« Anspruch der Gläubigergesamtheit »*, ATF 117 II 432, consid. 1b/dd, JdT 1993 I 72). Or, même en admettant cette théorie, on voit mal comment la faillite de la société peut faire renaître une créance qui avait disparu en vertu de la décharge.

[2364] Voir TF 4A_171/2008 du 22 mai 2008, consid. 1.2.

[2365] CPC-BOHNET, art. 59 N 148.

[2366] BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 166 ; ZPO Komm-Schulthess-ZÜRCHER, art. 59 N 62 ; ZK-TANNER, art. 706a N 5 ; HOHL 2001, p. 190.

4.4. Défenses opposables en cas d'action oblique

Lorsqu'une prétention en responsabilité de la société est invoquée par un actionnaire (art. 756 al. 1 CO), il faut se demander quelles sont les défenses que le défendeur peut invoquer, en particulier s'il peut faire valoir des objections ou des exceptions qu'il aurait envers la société ou envers l'actionnaire demandeur. Puisque l'actionnaire agit sur la base du droit d'autrui et n'invoque pas une prétention propre [2367], on peut partir du principe que les défenses – du moins celles au fond – doivent être dirigées contre la société, qui est titulaire de la créance invoquée ; les objections et exceptions que le défendeur aurait envers l'actionnaire sont exclues [2368]. Il faut cependant apporter quelques précisions concernant les défenses de procédure, dont certaines dépendront de la société et d'autres de la personne de l'actionnaire. On admet ainsi que l'actionnaire qui invoque la prétention sociale doit se laisser opposer une clause de prorogation de for à laquelle s'est soumise *la société* [2369]. En revanche, ce sera la qualité d'ester et d'être partie de *l'actionnaire* qui sera déterminante en regard de l'art. 59 al. 2 let. c CPC. Par ailleurs, la litispendance n'est pas opposable lorsque la demande ultérieure émane d'une autre personne titulaire du droit d'agir [2370]. 1043

Le régime des défenses dans l'action oblique, en particulier l'opposabilité des objections et exceptions que le défendeur a envers la société, peut sembler problématique. On craint en effet qu'un dirigeant dont la responsabilité est engagée s'entende avec ses collègues et profite de l'apathie ou de la bienveillance de la majorité des actionnaires pour liquider à son avantage les prétentions que la société aurait contre lui, p. ex. par une ratification des actes concernés ou une transaction. Précisons toutefois qu'une ratification prononcée par l'assemblée générale permet de valider un acte juridique, mais n'exonère pas les dirigeants [2371]. De fait, seul un consentement de tous les actionnaires peut libérer l'administrateur de sa responsabilité *(volenti non fit iniuria)* [2372]. L'assemblée générale peut certes octroyer la décharge (art. 758 CO), mais celle-ci n'a d'effet que sur le droit d'agir, pas sur la prétention au fond. Par conséquent, les moyens par lesquels la société peut disposer des prétentions en responsabilité contre ses organes de gestion sont de toute manière limités. Il faut toutefois encore se demander quelles sont les conséquences d'une transaction ou d'un désistement d'action ; ces questions seront examinées au chapitre consacré à l'issue du litige [2373]. 1044

[2367] Voir N 870 *supra*.
[2368] BÖCKLI 2009, § 18 N 229 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 10 ; JENNY 2012, N 149 ; REITER 2003, p. 192 ; BÄRTSCHI 2001, p. 309.
[2369] N 786 *supra*.
[2370] N 806 *supra*.
[2371] N 115 *supra*.
[2372] Voir N 51 ss *supra*.
[2373] N 1365 ss *infra*.

5. Action en responsabilité solidaire (art. 759 al. 2 CO)

5.1. Problématique

1045 Le demandeur a intérêt à agir contre plusieurs personnes lorsqu'il n'est pas en mesure de déterminer précisément la responsabilité de chaque défendeur ou ne souhaite pas encore le faire, voire lorsqu'il a des doutes quant à la solvabilité de certains défendeurs. Dans ce cas, l'art. 759 al. 2 CO prévoit que le demandeur peut actionner plusieurs responsables pour la totalité du dommage et demander au juge de fixer au cours de la même procédure les dommages-intérêts dus par chacun des défendeurs. Cette disposition s'applique à toutes les actions en responsabilité selon les art. 752 ss CO, et ce aussi bien pour l'action de la société que celle de l'actionnaire ou du créancier, dans la faillite ou hors de celle-ci [2374].

1046 L'art. 759 al. 2 CO, qui consacre ainsi le principe du *procès unique* ou *pour la totalité du dommage*, a été introduit lors des débats parlementaires relatifs à la révision du droit de la société anonyme de 1992 [2375]. Cette disposition constitue une réponse à la solidarité différenciée prévue à l'art. 759 al. 1 CO [2376] : elle vise à limiter le risque que prend le demandeur, qui n'a pas nécessairement connaissance des processus internes ayant conduit au dommage [2377]. Ce risque est particulièrement marqué lorsque l'action en responsabilité est envisagée par un actionnaire. Concrètement, le but de l'art. 759 al. 2 CO est de placer le demandeur dans la même situation que s'il agissait contre un seul défendeur [2378]. La doctrine et la jurisprudence ont déduit de cette disposition un allègement du point de vue des frais [2379]. Cependant, pour certains auteurs, l'art. 759 al. 2 CO n'influence pas seulement la répartition des frais, mais aussi les exigences auxquelles doivent répondre les allégations relatives aux conditions de la responsabilité [2380]. L'interprétation de cette disposition est toutefois controversée, notamment en regard de la notion de totalité du dommage et des conditions imposées aux allégations et à la motivation *(Substanziierung)* des conditions de la responsabilité.

2374 CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 13 ; BÄRTSCHI 2001, p. 117 ; HABLÜTZEL 2009, p. 257 s. ; BÖCKLI 2009, § 18 N 38 ; conformément à la jurisprudence, qui interprète de manière extensive les règles de procédure applicables à la responsabilité des organes, l'art. 759 al. 2 CO doit également s'appliquer à l'action d'un actionnaire pour son dommage direct reposant sur l'art. 41 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance (TF 4C.343/1999 du 3 février 2000, consid. 3).

2375 Voir BO CN 1990, p. 1389 ss.

2376 STOFFEL 2009, p. 122.

2377 Intervention David, BO CN 1990, p. 1390 ; voir ég. ATF 122 III 324, consid. 7b ; NOBEL 2003, p. 115.

2378 Intervention David, BO CN 1990, p. 1390.

2379 Voir N 1209 *infra*.

2380 Voir BÖCKLI 2009, § 18 N 498 : *« Art. 759 Abs. 2 erleichtert die prozessuale Erstellung des Klagfundamentes »*. *Contra* : HABLÜTZEL 2009, p. 265 ; SCHMID 2008, p. 606.

5.1.1. Dommage pertinent

L'interprétation de la notion de « totalité du dommage » prévue à l'art. 759 al. 2 CO n'est pas claire. Selon les partisans d'une acception large, elle désigne la somme des dommages causés par plusieurs défendeurs, indépendamment du fait qu'ils aient été causés en commun ou qu'il s'agisse d'une somme de dommages individuels [2381]. Il faudrait cependant que les dommages pertinents puissent se calculer de la même manière [2382]. Le dommage total serait dès lors plus large que le dommage maximal dont pourraient répondre solidairement des organes en application de l'art. 759 al. 1 CO [2383]. 1047

Dans la mesure où l'action pour le dommage total a été instituée en vue de compenser le désavantage que constitue la responsabilité différenciée pour le demandeur, d'autres auteurs estiment que l'art. 759 al. 2 CO se limite à libérer le demandeur de l'obligation de tenir compte des facteurs de réduction individuels des défendeurs [2384]. Cette position trouve son assise dans l'argument historique, puisque l'art. 759 al. 2 CO a été édicté en réponse à la solidarité différenciée prévue à l'art. 759 al. 1 CO [2385]. Elle respecte en outre les fardeaux de l'allégation et de la preuve, qui imposent au demandeur d'alléguer individuellement les conditions de la responsabilité pour chaque défendeur [2386]. Dans ce cadre, il s'agira en particulier de chiffrer le dommage et d'établir le lien de causalité pour chaque défendeur. En application de la maxime des débats, les défendeurs doivent alors faire valoir leurs défenses, notamment alléguer les facteurs de réduction individuels en application de l'art. 759 al. 1 CO. 1048

La question de la définition de la « totalité du dommage » rejoint à notre sens celle de la précision des allégations relatives aux conditions de la responsabilité, que nous développerons à la section qui suit. 1049

5.1.2. Précision des allégations relatives aux conditions de la responsabilité

La doctrine est également divisée sur la manière dont l'art. 759 al. 2 CO influence les allégations relatives aux conditions de la responsabilité. Ici aussi, il y a une opposition apparente entre une approche souple et une approche plus formaliste. 1050

Selon la première approche, l'art. 759 al. 2 CO dispense le demandeur de motiver, au stade de la demande, les manquements individuels et contributions au dommage de 1051

[2381] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 7 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 504 ss ; SCHMID 2008, p. 604 ; MEINHARDT 2003, p. 148 s. ; ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 429.

[2382] BÖCKLI 2009, § 18 N 372 ; voir ég. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 59.

[2383] SCHMID 2008, p. 604 ; voir ég. ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 429 s.

[2384] CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 24, 26 ; HABLÜTZEL 2009, p. 260 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 443.

[2385] STOFFEL 2009, p. 122.

[2386] Dans ce sens : GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 492 ; SCHMID 2008, p. 609 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 443.

chaque défendeur [2387]. En effet, l'action en responsabilité ne doit pas déjà échouer parce que le demandeur n'est pas en mesure d'alléguer la contribution individuelle de chaque défendeur au dommage [2388]. Le demandeur peut dès lors déterminer, dans un premier passage grossier *(« Grobstrahl »)*, les « cercles de causalité » *(« Verursachungskreise »)* selon la fonction et le cahier des charges des personnes recherchées [2389]. À ce stade, les conditions de la responsabilité peuvent être alléguées de manière générale [2390]. Il revient ensuite au tribunal d'ordonner aux parties de fournir les éléments nécessaires à la différenciation lorsque les allégations et offres de preuve du demandeur ne suffisent pas à déterminer la réparation due par chaque défendeur [2391]. Le juge détermine, dans un deuxième temps, par une analyse fine *(« Feinstrahl »)* la responsabilité et le plafond de responsabilité individuels de chacun [2392].

1052 Ce pouvoir du juge dans la conduite de la procédure est critiqué par les partisans de l'approche étroite. Selon ceux-ci, l'art. 759 al. 2 CO ne fait que rappeler aux parties les fardeaux de l'allégation et de la preuve [2393]. Ainsi, le demandeur est en principe tenu d'alléguer et de motiver les faits démontrant que les conditions de la responsabilité sont remplies pour chaque défendeur individuellement [2394]. Dans ce cadre, le demandeur devrait alléguer en détail quelle violation est reprochée à qui, compte tenu des attributions de chacun [2395]. Chaque défendeur devra quant à lui faire valoir ses facteurs de réduction [2396]. Selon les partisans de cette approche, on ne pourrait attendre une contestation motivée de la part des défendeurs qu'en application des principes généraux, p. ex. parce qu'une allégation circonstanciée est impossible à fournir pour le demandeur [2397]. Simplement, si le dommage a été causé en commun, il pourra être allégué de manière uniforme pour tous les défendeurs [2398]. Le demandeur reste en revanche tenu de chiffrer la part du dommage qui peut effectivement être attribuée à chaque défendeur sur la base du lien de causalité individuel [2399].

[2387] BÖCKLI 2009, § 18 N 497 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 7 ; VOGT 2008, p. 49 ; MEINHARDT 2003, p. 148 ; ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 431. Voir ég. OG ZH LB090080/U du 25 mars 2013, consid. 2a.
[2388] REITER 2003, p. 190.
[2389] BÖCKLI 2009, § 18 N 496 ; voir ég. MÜLLER 1998, p. 296.
[2390] ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 431.
[2391] BÖCKLI 2009, § 18 N 501.
[2392] BÖCKLI 2009, § 18 N 497 ; voir ég. ATF 122 III 324, consid. 7b ; STOFFEL 2009, p. 121.
[2393] HABLÜTZEL 2009, p. 264 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 442 ; dans le même sens : CHABLOZ 2012, N 857.
[2394] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 492 ; HABLÜTZEL 2009, p. 264 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 442.
[2395] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 493.
[2396] CHABLOZ 2012, N 858.
[2397] SCHMID 2008, p. 609 ; HABLÜTZEL 2009, p. 264 s. ; voir N 1010 *supra*.
[2398] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 493, n. 146 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 442, n. 96.
[2399] GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 494.

5.2. Analyse

La controverse relative à l'interprétation de l'art. 759 al. 2 CO oppose une opinion concentrée sur les difficultés que le demandeur peut avoir à motiver une action en responsabilité et une tendance rattachée à une application stricte de la maxime de disposition et du fardeau de l'allégation. Avant d'interpréter cette disposition, il faut tout d'abord relativiser le conflit apparent entre une interprétation large du principe du procès pour le dommage total et la maxime de disposition : il est unanimement admis que l'art. 759 al. 2 CO ne libère pas le demandeur de ses fardeaux de motivation et de preuve envers chaque défendeur [2400] : les conditions de la responsabilité doivent être démontrées pour chaque auteur [2401]. En outre, le demandeur reste tenu d'apporter les éléments de fait que l'on peut raisonnablement exiger de lui et qui permettent d'individualiser la part de chaque défendeur au dommage [2402]. La différence réside apparemment dans la précision que l'on attend du demandeur dans l'exposé de la contribution de chacun au dommage et dans le pouvoir accordé au juge dans la conduite de la procédure. 1053

En réalité, lorsque le principe du procès pour la totalité du dommage est considéré dans le contexte de la responsabilité des organes de gestion, les deux approches débouchent généralement sur un résultat identique, comme le démontre l'exposé qui suit. Nous nous plaçons ici dans la situation d'une action en responsabilité au titre du dommage social envisagée par un actionnaire. On peut présumer que l'art. 759 al. 2 CO a moins d'importance lorsque l'action est envisagée par la société, puisqu'elle disposera en principe des informations nécessaires pour différencier ses prétentions. 1054

Au sein des organes de gestion, la loi prévoit une répartition des tâches verticale, par la délégation de tâches de gestion à des administrateurs individuels ou des tiers (art. 716*b* al. 1 CO) et un partage horizontal, par l'institution de comités chargés de préparer et d'exécuter des décisions dans le contexte des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716*a* al. 1 CO). Hors de ce cadre, la loi prévoit que la gestion est exercée par le conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO). Sur le plan de la responsabilité, la délégation de la gestion, lorsqu'elle est licite, permet d'exonérer les membres du conseil d'administration s'ils ont fait preuve du soin nécessaire dans le choix, l'instruction et la surveillance des personnes chargées de la gestion (art. 754 al. 2 CO) ; en cas de délégation illicite, une réduction de l'indemnité est possible en application de l'art. 759 al. 1 CO si les trois 1055

[2400] BÖCKLI 2009, § 18 N 510 ; KRAUSKOPF 2011, p. 146 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 189 ; SCHMID 2008, p. 608 ; REITER 2003 ; NOBEL 2003, p. 114.

[2401] Comp. ATF 129 III 71, consid. 2.4. L'art. 759 al. 2 CO ne libère pas non plus le demandeur de l'obligation de chiffrer sa prétention lorsque les conditions d'une action non chiffrée ne sont pas remplies (TF 4C.53/2003 du 25 juin 2003, consid. 2 ; SCHMID 2008, p. 611 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 441 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 24).

[2402] BÖCKLI 2009, § 18 N 497 ; SCHMID 2008, p. 609.

curae ont été respectées [2403]. En cas de répartition des tâches horizontale, la différenciation est fonctionnelle : les membres d'un comité auront une responsabilité accrue liée à la préparation et à l'exécution des décisions alors que les autres peuvent se fier dans une certaine mesure aux travaux des comités [2404].

1056 Lorsque le demandeur cherche à démontrer la responsabilité solidaire des membres du conseil d'administration avec une personne à qui la gestion a été confiée, les membres du conseil d'administration répondent en principe du dommage causé comme du leur (art. 754 al. 2 CO) ; il leur revient de faire valoir les motifs d'exonération au sens de l'art. 754 al. 2 CO ou de l'art. 759 al. 1 CO. Dans ce cas, rien ne s'oppose à ce que le demandeur allègue le dommage et le lien de causalité de manière uniforme. En ce qui concerne la condition du manquement aux devoirs, le demandeur devra alléguer un manquement de la personne chargée de la gestion et des manquements dans le respect des *curae* par les membres du conseil d'administration. Il peut toutefois s'en tenir à la répartition formelle des tâches ressortant du règlement d'organisation : il existe en effet un lien intime entre la transparence sur le partage des attributions et la limitation de la responsabilité qui en découle [2405]. En termes de procédure, on pourra également dire qu'il ne peut raisonnablement être exigé du demandeur qu'il allègue le fonctionnement interne de l'organe de gestion [2406].

1057 Ce principe doit aussi prévaloir en cas de partage horizontal des tâches : le demandeur peut partir du principe d'une décision prise en commun (art. 716 al. 1 et 716*a* al. 1 CO), ce qui justifierait qu'il allègue le dommage de manière uniforme. On pourra seulement attendre du demandeur qu'il tienne compte de la répartition des tâches ressortant des statuts, du règlement d'organisation ou d'autres réglementations dont il peut prendre connaissance. Le lien de causalité et le dommage pourront également être allégués de manière uniforme puisqu'ils trouvent leur origine dans une décision du conseil d'administration ; il revient aux défendeurs d'apporter les faits justifiant une appréciation différenciée.

1058 En conclusion, il découle déjà de la répartition du fardeau de l'allégation que le demandeur pourra alléguer un dommage et un lien de causalité de manière uniforme, du moins en ce qui concerne les manquements au sein de l'organe de gestion ; une certaine différenciation devra être opérée concernant les allégations relatives au manquement, mais seulement dans la mesure où le partage des tâches est apparent pour le demandeur. La faute, objectivée, est généralement donnée en même temps que le manquement et pourra également être alléguée de manière relativement uniforme. De fait, on débouche sur le principe d'une demande délimitant grossièrement les cercles de responsabilité, préconisé par les partisans d'une interprétation souple de l'art. 759 al. 2 CO *(Grobstrahl)* [2407]. Il revient ensuite aux

[2403] N 296 *supra*.
[2404] Voir N 87 *supra*.
[2405] Message 1983, p. 870.
[2406] N 1010 *supra*.
[2407] N 1051 *supra*.

défendeurs de préciser le tableau en faisant valoir des motifs de réduction, une exonération de la responsabilité au sens de l'art. 754 al. 2 CO ou un partage des tâches. Sur cette base, le tribunal fixera pour chaque défendeur le plafond individuel de solidarité [2408]. En définitive, dans le contexte qui nous occupe, l'art. 759 al. 2 CO n'a pas de véritable portée pratique ; la préoccupation à laquelle il répond est déjà résolue par l'application du fardeau de l'allégation tel qu'il découle de l'art. 55 al. 1 CPC et de l'art. 8 CC.

6. Conclusion intermédiaire

Chaque partie doit alléguer les faits fondant le droit dont elle se prévaut. Ainsi, le demandeur à l'action en responsabilité doit alléguer les conditions de la responsabilité ; le défendeur devra alléguer les faits qui s'opposent à la mise en œuvre de la responsabilité (p. ex. la prescription ou la déchéance de l'action en responsabilité) ou qui diminuent celle-ci (p. ex. les facteurs de réduction au sens des art. 43 et 44 CO). 1059

En ce qui concerne les allégations relatives aux conditions de la responsabilité, la *business judgment rule* offre une certaine protection au défendeur : lorsqu'il s'en prend au contenu matériel d'une décision, le demandeur devra faire preuve d'un soin particulier et démontrer de manière détaillée en quoi les choix faits par l'organe de gestion ont été inopportuns, quelles mesures le dirigeant recherché aurait dû prendre et en quoi celles-ci auraient produit un résultat plus avantageux pour la société. En ce qui concerne les allégations relatives au dommage, on rappellera que l'art. 42 al. 2 CO, qui permet de dispenser le demandeur de chiffrer, dans un premier temps, ses conclusions, s'applique à la responsabilité des organes de gestion. 1060

L'action d'un actionnaire au titre du dommage de la société (action oblique ; art. 756 al. 1 CO) repose sur un droit de faire valoir en son nom la prétention d'autrui et non sur une prétention propre. Le demandeur devra dès lors se laisser opposer les défenses que le défendeur a envers la société. Ce dernier ne peut en revanche pas se prévaloir des exceptions ou objections personnelles qu'il a envers le demandeur. 1061

Lorsque l'action en responsabilité est dirigée contre plusieurs défendeurs, l'art. 759 al. 2 CO prévoit que le demandeur peut actionner plusieurs responsables pour la totalité du dommage et demander au juge de fixer au cours de la même procédure les dommages-intérêts dus par chacun des défendeurs. Dans le contexte de la responsabilité solidaire au sein de l'organe de gestion, il en découle que le demandeur peut s'en tenir à alléguer le dommage et la causalité de manière uniforme pour tous les défendeurs. Une certaine différenciation devra être opérée concernant condition du manquement, mais seulement dans la mesure 1062

[2408] ATF 122 III 324, consid. 7b ; BÖCKLI 2009, § 18 N 497. Le tribunal doit procéder à ce calcul d'office, du moins sans requête du demandeur dans ce sens (BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 7 ; SCHMID 2008, p. 603).

où le partage des tâches est apparent pour le demandeur, c'est-à-dire qu'il découle du règlement d'organisation, des statuts ou d'une autre réglementation accessible à celui-ci. La faute, objectivée, est généralement donnée en même temps que le manquement et pourra également être alléguée de manière relativement uniforme. Il revient ensuite aux défendeurs de préciser le tableau en faisant valoir des motifs de réduction, une exonération de la responsabilité au sens de l'art. 754 al. 2 CO ou un partage des tâches. Sur cette base, le juge fixera pour chaque défendeur le plafond individuel de solidarité.

Chapitre 19

Preuve

1. Introduction

La preuve a principalement pour objet les faits pertinents et contestés de la cause (art. 150 al. 1 CPC) [2409]. Elle sert à convaincre le juge de la véracité des allégations de fait à la base de l'action [2410]. En effet, un fait non prouvé doit être considéré comme inexistant dans le procès [2411]. 1063

Il est généralement admis que l'action en responsabilité des organes de gestion est caractérisée par une asymétrie de l'information importante entre demandeur et défendeur [2412]. En effet, lorsque l'action est envisagée par un actionnaire, la réglementation stricte de ses droits à l'information limite son accès aux moyens de preuve pertinents [2413]. Afin de cerner au mieux cette problématique, il faut tout d'abord déterminer les exigences en matière de preuve des conditions de la responsabilité. Ceci permettra de définir quels faits doivent être prouvés par qui avec quel degré de certitude au cours de la procédure. 1064

L'aptitude du demandeur à répondre à ces exigences dépend également des moyens de preuve à disposition des parties et de leur valeur. Par ailleurs, lorsque l'action en responsabilité est intentée par l'actionnaire, les pièces pertinentes sont généralement détenues par le défendeur ou la société. Nous devrons donc déterminer dans quelle mesure ceux-ci peuvent être contraints de participer à l'administration des preuves. 1065

Le code de procédure civile prévoit une administration anticipée de la preuve, par l'institution de la preuve à futur (art. 158 CPC), qui peut notamment être envisagée pour estimer les chances de succès d'une procédure. Il faut ici examiner si cette procédure permet de réduire 1066

[2409] Elle peut également porter sur l'usage, les usages locaux et, dans les litiges patrimoniaux, le droit étranger (art. 150 al. 2 CPC). Sur la notion de faits pertinents, voir N 1007 *supra*.

[2410] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 14, 56 ; STEINAUER 2009, N 625 ; DESCHENAUX 1969, p. 222.

[2411] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 166.

[2412] PFEIFER 2009, p. 17 ; VON DER CRONE 2006b, p. 8 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 60 ; GLANZMANN 2000, p. 175 ; ZÜRCHER 2012, p. 8.

[2413] Voir à ce sujet les N 540 ss *supra*.

la complexité et les coûts de l'action en responsabilité par un traitement anticipé de questions importantes du procès.

1067 L'objectif du présent chapitre est de présenter le régime en vigueur en matière de preuves et d'étudier dans quelle mesure des adaptations permettraient d'améliorer la praticabilité de l'action en responsabilité. Pour ce faire, nous commencerons par exposer les exigences relatives à la preuve des conditions de la responsabilité (N 1068 ss *infra*). Nous développerons ensuite la thématique des moyens de preuve à disposition des parties (N 1112 ss *infra*), puis les questions en lien avec l'administration de la preuve, en particulier concernant l'obligation de collaborer (N 1123 ss *infra*). Enfin, nous traiterons de la preuve à futur comme outil potentiel de réduction des coûts et des incertitudes liés à l'action en responsabilité des organes de gestion (N 1153 ss *infra*).

2. Rappel des principes relatifs au fardeau, au degré et au champ de la preuve

2.1. Fardeau de la preuve

1068 Au sens strict, le fardeau de la preuve désigne le mécanisme réglant les conséquences de l'absence de preuve. Aux termes de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette disposition signifie que la partie qui invoque un droit supporte l'absence de preuve des faits fondant ce droit [2414]. En d'autres termes, la partie qui ne parvient pas à prouver les faits à l'appui du droit qu'elle invoque perd le procès [2415].

1069 En application de l'art. 8 CC, il incombe au demandeur de prouver que les conditions de la responsabilité sont remplies [2416], et ce pour chaque personne recherchée [2417]. Le demandeur a également la charge de prouver la légitimation active, respectivement passive,

[2414] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 32 ; STEINAUER 2009, N 628, 677 ; DESCHENAUX 1969, p. 237 ; TF 4A_501/2008 du 30 janvier 2009, consid. 3.

[2415] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 32 ; STEINAUER 2009, N 628, 677.

[2416] Aussi bien pour une action basée sur les art. 752 ss CO (parmi d'autres : ATF 136 III 148, consid. 2.3 ; 132 III 564, consid. 4.2, JdT 2007 I 448 ; 128 III 180, consid. 2d ; BÖCKLI 2009, § 18 N 432 ; REITER 2003, p. 189 ss ; DAENIKER/WALLER 2003, p. 86 ; relevons cependant que selon la jurisprudence, la faute est présumée en cas de responsabilité des organes envers la société, voir N 1105 *infra*) que lorsqu'elle est basée sur l'art. 41 CO (BK ZGB-WALTER, art. 8 N 520).

[2417] ATF 129 III 71, consid. 2.4 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 492. Le principe du procès unique (art. 759 al. 2 CO) ne modifie pas le fardeau de la preuve (voir N 1108 *infra*).

des parties [2418]. Si ces conditions ne sont pas prouvées, le demandeur perdra le procès. Le défendeur peut, quant à lui, apporter une preuve à même d'ébranler celle du demandeur (contre-preuve) ou tenter de prouver des faits dirimants ou extinctifs s'opposant à l'existence de prétentions en responsabilité contre lui (preuve du contraire) [2419].

La répartition du fardeau de la preuve peut être modifiée par la loi (art. 8 al. 2 CC). Le fardeau de la preuve peut également être renversé en application du principe de la bonne foi si le défendeur prend des mesures de nature à éliminer des moyens de preuve ou à rendre impossible leur administration (*Beweisvereitelung* ; art. 2 al. 2 CC, voir ég. l'art. 52 CPC) [2420]. Le principe de la bonne foi est également violé lorsqu'une partie manque à une obligation de droit matériel imposant la création et la conservation de moyens de preuve [2421]. 1070

Le code des obligations prévoit à cet égard divers devoirs de consigner et de conserver des pièces en lien avec l'activité des sociétés commerciales. Ainsi, l'art. 958*f* al. 1 CO impose la conservation des livres et des pièces comptables, ainsi que du rapport de gestion et du rapport de révision pendant dix ans à compter de la fin de l'exercice concerné. L'obligation de conservation pendant dix ans vise également les documents internes à la société qui ne sont pas directement mentionnés à l'art. 958*f* al. 1 CO, comme les procès-verbaux des séances du conseil d'administration (art. 713 al. 3 CO) ou de l'assemblée générale (art. 702 al. 2 CO) [2422]. De même, l'art. 730 al. 1 CO prévoit que l'organe de révision doit conserver les rapports de révision et toutes les pièces importantes pendant dix ans. 1071

Lorsque les conditions d'un abus de droit ne sont pas remplies, la difficulté à prouver un fait allégué en raison d'une asymétrie de l'information ne conduit pas à un renversement du fardeau de la preuve [2423]. Cette problématique est réglée en procédure par l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve (art. 160 ss CPC) [2424] : si l'organe 1072

[2418] BÖCKLI 2009, § 18 N 231 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 481. La question de la légitimation passive est importante en particulier lorsque l'action est dirigée contre un organe de fait (voir à ce sujet les N 931 ss *supra*).

[2419] BOHNET 2014a, N 1168, 1177 ; STEINAUER 2009, N 676, 689 ; DESCHENAUX 1969, p. 234. Définition de la contre-preuve : ATF 133 III 81, consid. 4.2.2.

[2420] Pour un cas dans le cadre de la responsabilité des organes : KG ZG du 22 février 1996, consid. 5.5, RSJ 1998, p. 366 ss. Voir ég. ATF 123 III 140, consid. 2c, JdT 1998 I 22 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 373a ; WEBER 2012, p. 196 ; UMBACH/WEBER 2003, p. 132 ; WEBER 2002, p. 7 ; plus généralement, BK ZGB-WALTER, art. 8 N 321 ; BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, art. 8 N 81 et les réf. citées. Dans sa thèse, BEAT JUCKER soutient que la conséquence de la *Beweisvereitelung* doit être une présomption naturelle selon laquelle la partie qui fait disparaître les moyens de preuve a manqué à ses devoirs (JUCKER 2015, N 584 ss) ; il considère cette solution plus adéquate et équilibrée qu'un renversement du fardeau de la preuve (*idem*, N 637 ss).

[2421] KG ZG du 22 février 1996, consid. 5.5, RSJ 1998, p. 366 ss.

[2422] JUCKER 2015, N 360 ss ; BÖCKLI 2009, § 12 N 197.

[2423] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 314 ; DESCHENAUX 1969, 244 ss ; voir à cet égard ATF 119 II 305, consid. 1b/aa ; 118 II 27, consid. 3a, JdT 1994 I 535 ; TF 4C.167/2006 du 16 mai 2007, consid. 5.3.

[2424] Certains auteurs retiennent un renversement du fardeau de preuve dès le moment où les défendeurs sont maîtres des moyens de preuve et refusent de collaborer de manière appropriée (BÖCKLI 2009, § 18 N 373a ; UMBACH/WEBER 2003, p. 132 ; WEBER 2002, p. 7). Cette affirmation peut être vraie dans son résultat, mais

concerné ou la société refusent de collaborer à l'administration de la preuve, le juge en tiendra compte dans l'appréciation des preuves (art. 164 CPC).

2.2. Degré et champ de la preuve

1073 En principe, la preuve des conditions de la responsabilité doit être apportée avec un degré de certitude presque absolu (preuve stricte) [2425]. Pour qu'un fait générateur de responsabilité puisse être considéré comme admis, la preuve sur laquelle il se base doit dès lors être de nature à convaincre le juge de la véracité d'une allégation au point que l'alternative ne peut pas être raisonnablement envisagée [2426].

1074 Les exigences quant au degré de preuve peuvent être allégées lorsqu'il est impossible d'apporter la preuve stricte d'un fait ou que celle-ci ne peut pas être raisonnablement exigée [2427]. La preuve est alors réputée apportée si le fait s'impose avec une vraisemblance prépondérante [2428] ou une haute vraisemblance [2429]. Ces difficultés peuvent survenir en particulier lorsqu'il s'agit de prouver un trait de pensée (p. ex. la connaissance d'un fait ou la bonne foi) ou des faits négatifs [2430]. La vraisemblance prépondérante est atteinte lorsque, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou entrent raisonnablement en considération [2431]. L'allègement du degré de preuve n'est pas admis facilement. Il doit en particulier être nié lorsque les difficultés à apporter la preuve dépendent de circonstances propres au cas concret [2432]. Il ne peut dès lors reposer que sur des critères généraux et abstraits, détachés du cas d'espèce, lorsque la preuve stricte ne peut presque jamais être apportée dans un grand nombre de cas similaires [2433].

1075 Il faut distinguer du degré de preuve les allègements quant au champ de la preuve. Il arrive ainsi que le juge déduise l'existence d'un fait de la preuve d'un autre fait. On parle de preuve

est méthodologiquement inexacte sous une forme aussi absolue, voir les N 1141 ss *infra*.

2425 BOHNET 2014a, N 1371 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 135 ss ; GASSER 2011, p. 884 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 61.

2426 ATF 133 III 81, consid. 4.2.2 ; 133 III 153, consid. 3.3 ; 130 III 321, consid. 3.2, JdT 2005 I 618 ; 128 III 271, consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 79 ; CPC-SCHWEIZER, art. 157 N 21 : « j'y crois ferme, il y a un doute mais il est très faible ».

2427 Notion de « *Beweisnot* », voir ATF 133 III 81, consid. 4.2.2 ; 132 III 715, consid. 3.1, JdT 2009 I 183 ; 130 III 321, consid. 3.2, JdT 2005 I 618 ; STEINAUER 2009, N 672.

2428 « *Überwiegende Wahrscheinlichkeit* » ; voir ATF 133 III 81, consid. 4.2.2.

2429 STEINAUER 2009, N 672.

2430 Voir BK ZGB-WALTER, art. 8 N 314 ; DESCHENAUX 1969, 244 ss.

2431 ATF 133 III 81, consid. 4.2.2 ; 132 III 715, consid. 3.1, JdT 2009 I 183 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 138.

2432 ATF 130 III 321, consid. 3.2, JdT 2005 I 618 ; BOHNET 2014a, N 1373 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 143.

2433 BK ZGB-WALTER, art. 8 N 129, 140 ; tel est notamment le cas de la preuve de la causalité naturelle et de la causalité hypothétique (ATF 132 III 715, consid. 3.2, JdT 2009 I 183 ; 128 III 271, consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606) ou de la capacité de discernement (ATF 124 III 5, consid. 1b).

par indices ou de présomption de l'homme ; celle-ci ne repose pas sur les circonstances du cas concret, mais sur l'expérience générale de la vie [2434] : si celle-ci enseigne que le fait servant d'indice s'accompagne typiquement du fait allégué, la preuve par indices sera admise [2435]. La jurisprudence connaît une telle présomption de fait dans le contexte de l'action en responsabilité en cas d'avis tardif au juge (art. 725 al. 2 CO) : elle retient ainsi que le retard dans le dépôt du bilan est en général préjudiciable à la société, ne serait-ce qu'en raison de l'arrêt du cours des intérêts (art. 209 al. 1 LP) [2436].

3. Preuve des conditions de la responsabilité

3.1. Manquement aux devoirs et illicéité

3.1.1. En général

Sous l'angle du manquement aux devoirs, le demandeur doit en principe prouver de manière stricte que l'administrateur a violé une disposition légale ou statutaire [2437]. Par exception à ce principe, l'art. 754 al. 2 CO met à la charge du défendeur la preuve du soin dans le choix, l'instruction et la surveillance de la personne à qui la gestion a été déléguée [2438]. La question de la preuve du manquement aux devoirs nécessite quelques précisions en ce qui concerne le traitement des décisions de gestion. 1076

3.1.2. Décisions de gestion

a) *De lege lata*

Lorsque l'action en responsabilité concerne une décision de gestion, le respect des devoirs s'apprécie essentiellement d'un point de vue formel. En effet, la jurisprudence précise que le juge fait preuve de retenue dans l'examen de décisions prises au cours d'un processus irréprochable, sur la base d'informations adaptées, et exempt de conflits d'intérêts [2439]. Le fait que la décision ait eu résultat négatif pour le patrimoine de la société ne fonde pas 1077

[2434] STEINAUER 2009, N 654 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 85.

[2435] ATF 123 III 341 ; voir ég. STEINAUER 2009, N 654 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 79.

[2436] Cette présomption est réfragable. Voir ATF 132 III 564, consid. 6.3, JdT 2007 I 448 ; TF 4C.118/2005 du 8 août 2005, consid. 4.5 ; 4P.305/2001 du 18 mars 2002, consid. 2d.

[2437] Sur le manquement aux devoirs, voir N 39 ss *supra*. Voir, p. ex. TF 4A_306/2009, consid. 7.2.5, en lien avec la violation de l'art. 678 CO ; 4A_248 du 27 octobre 2009, consid. 8.2 *(Übernahmeverschulden)* ; 4A_306/2009 du 8 février 2010, consid. 7.2.

[2438] CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 31 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 137.

[2439] ATF 139 III 24, consid. 3.2, JdT 2013 II 328.

de présomption de manquement aux devoirs [2440]. *De lege lata*, l'admission de la *business judgment rule* n'implique pas de renversement du fardeau de la preuve, ni d'allégement du degré de celle-ci [2441]. Il faut cependant rappeler les conséquences des différentes conditions énoncées par la jurisprudence.

1078 La preuve d'un manquement aux devoirs est apportée lorsque le processus décisionnel n'est pas conforme aux règles de compétence légales ou statutaires, indépendamment de son contenu matériel [2442]. Le cas échéant, le défendeur peut se libérer en apportant la preuve de l'entière opportunité de la décision.

1079 Lorsque le demandeur parvient à établir l'existence d'un conflit d'intérêts, il bénéficie en principe d'une présomption de manquement aux devoirs [2443]. Le cas échéant, il revient à l'administrateur de renverser cette présomption en démontrant positivement que la décision était dans l'intérêt de la société [2444] ou que le conflit d'intérêt a été géré de manière correcte [2445]. Dans ce cas, le demandeur peut encore tenter de démontrer que l'acte de gestion n'est pas justifié par l'intérêt social [2446]. Dans une décision récente, le Tribunal fédéral semble s'écarter de l'idée d'une présomption de manquement aux devoirs en cas de conflit d'intérêts : il retient ainsi qu'une décision de gestion entachée d'un conflit d'intérêts ne suffit pas à admettre le manquement aux devoirs ; il faut au contraire déterminer si la décision prise dans le cas concret apparaît erronée dans le cadre d'un examen libre et global par le juge [2447]. Dans la mesure où le devoir de fidélité impose aux dirigeants de prendre les dispositions adéquates pour garantir que les intérêts de la société seront respectés [2448], cette relativisation ne se justifie pas. Lorsqu'en présence d'un conflit d'intérêts, aucune mesure n'a été prise pour limiter le risque d'atteinte aux intérêts de la société, la présomption de manquement aux devoirs doit rester applicable [2449].

1080 Lorsqu'il s'agit de prouver que la décision a été prise sur une base d'informations insuffisante,

[2440] BÖCKLI 2009, § 18 N 401.

[2441] NIKITINE 2007, p. 278, 281 ; BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 68 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 626 s. *Contra* : GRASS 1998, p. 150 s., qui voudrait qu'il suffise au demandeur d'alléguer de manière détaillée *(« substanziiert darlegen »)* que certaines conditions de la *business judgment rule* ne sont pas remplies pour mettre à la charge des administrateurs la preuve de l'opportunité de la décision.

[2442] TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 3.2.

[2443] ATF 127 III 332, consid. 2a, JdT 2001 I 258.

[2444] VON DER CRONE 2006b, p. 8 ; GARBARSKI 2006, p. 137 ; VON DER CRONE 1994, p. 8 ; voir ég. TF 4C.155/2002, du 9 septembre 2002, consid. 2.3 (prélèvement de biens sociaux par un administrateur) ; 4A_127/2013 du 22 mai 2013, consid. 7.1 (Sàrl ; prélèvement de biens sociaux par un gérant).

[2445] NIKITINE 2007, p. 285 ; VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 627 ; GARBARSKI 2006, p. 137 ; voir à ce sujet les N 117 ss *supra*.

[2446] GARBARSKI 2006, p. 138 ; VON DER CRONE 1994, p. 9. NIKITINE 2007, p. 286, considère, à notre avis à tort, que la preuve que l'opération a été passée aux conditions du marché est une preuve stricte du respect du devoir de fidélité (voir N 121 ci-devant).

[2447] TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1 s.

[2448] ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223.

[2449] Voir ég. N 93 *supra*.

il faut garder à l'esprit que les dirigeants disposent d'un certain pouvoir d'appréciation en la matière [2450]. Un manquement aux devoirs ne devrait être admis qu'en cas de vice d'une certaine gravité ; il ne suffit pas de démontrer que la qualité du processus d'information aurait pu être meilleure [2451].

Si le demandeur ne parvient pas à prouver que les conditions formelles de la *business judgment rule* ne sont pas respectées, il ne pourra s'en prendre au contenu matériel de la décision que s'il est en mesure de démontrer qu'elle n'est pas défendable, c'est-à-dire qu'aucun motif tiré de l'intérêt social ne peut la justifier [2452]. Comme exposé plus haut, le caractère défendable de décisions s'apprécie cependant de manière globale [2453]. Si le processus décisionnel présente des vices qui ne fondent pas à eux seuls un manquement aux devoirs [2454], cela peut justifier un examen plus approfondi de l'opportunité de la décision. Celui-ci sera ouvert si le demandeur parvient à démontrer que la qualité du processus décisionnel n'est pas suffisante pour garantir une prise en compte convenable de l'intérêt social. Dans ce cas, le demandeur devra être en mesure de prouver aussi bien les vices formels que l'inopportunité matérielle de la décision. 1081

b) *De lege ferenda* : renversement du fardeau de preuve ?

Pour déterminer si le processus décisionnel était irréprochable ou s'il était au contraire vicié, le demandeur a besoin d'accéder à des données se situant dans la sphère de la société ou du défendeur. En application des principes généraux, cette asymétrie de l'information ne justifie pas de renversement du fardeau de la preuve, mais fonde une obligation de collaborer de la société et des organes de gestion [2455]. Dans le cadre de l'examen des décisions de gestion, ces difficultés à clarifier les circonstances formelles de la décision peuvent réduire le demandeur à ne pouvoir s'en prendre qu'à la conformité de la décision à la loi ou à son opportunité ; or la preuve d'un tel manquement sera particulièrement difficile à apporter en raison de la retenue qu'impose la jurisprudence en la matière [2456]. 1082

Dans l'intérêt de la mise en œuvre de la responsabilité, il pourrait dès lors se justifier d'instituer un renversement du fardeau de la preuve. La *business judgment rule* américaine – sous sa forme admise par les tribunaux du Delaware – prévoit un tel renversement si le demandeur parvient à prouver que l'une des conditions formelles de la prise de décision 1083

[2450] Voir N 79 ss *supra*.
[2451] Comp. TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 6.3. Dans le même sens, NIKITINE 2007, p. 288, qui considère qu'une base d'informations insuffisante ne devrait pas suffire à faire sortir le juge de sa réserve.
[2452] NIKITINE 2007, p. 287 ; JENNY 2012, p. 460 s. Voir N 96 ci-devant.
[2453] N 101 *supra*.
[2454] P. ex. le non-respect de règles de *soft law* (VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 60).
[2455] N 1072 *supra*.
[2456] Comp. VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 627.

n'est pas remplie [2457] : il revient alors au défendeur de démontrer l'opportunité *(fairness)* de la décision. Dans ce système, la tâche du demandeur est facilitée dans la mesure où il n'a pas à démontrer de vice matériel dans la décision de gestion [2458] ; de l'autre côté, les dirigeants bénéficient d'une protection dans la mesure où l'opportunité de décisions ne peut quasiment pas être examinée par le juge tant qu'un vice dans le processus décisionnel n'a pas été établi [2459]. Ce régime a du sens dans le contexte du droit américain, où le procédé de la *pre-trial discovery* offre aux demandeurs, en amont du procès au fond, un accès étendu aux moyens de preuve permettant de remettre en cause le processus décisionnel [2460]. Dans le paysage juridique suisse, un tel renversement du fardeau de preuve ne permettrait pas au demandeur de s'affranchir des difficultés causées par l'asymétrie de l'information.

1084 Le droit allemand règle cette problématique de manière différente : le § 93 al. 2 AktG prévoit que la preuve du respect du devoir de diligence revient au défendeur [2461]. Ce renversement porte aussi bien sur les conditions formelles que sur le contenu matériel de la décision [2462]. Cette solution serait mieux compatible avec l'ordre juridique suisse et pourrait faciliter la mise en œuvre de la responsabilité puisqu'elle dispense le demandeur d'accéder aux documents internes à la société qui attestent de la qualité du processus décisionnel [2463]. La position du défendeur serait aussi protégée : le droit aux renseignements étendu accordé aux membres du conseil d'administration en vertu de l'art. 715 CO leur garantit l'accès aux pièces pertinentes pour leur défense.

1085 On peut cependant se demander si l'introduction d'un tel renversement du fardeau de la preuve ne risque pas de rendre trop difficile la défense des dirigeants. Le renversement du fardeau de la preuve implique en effet que l'absence de preuve attestant du caractère irréprochable du processus décisionnel est supportée par le défendeur (art. 8 CC) [2464] ; s'il

[2457] Pour un exposé récent : Quadrant Structured Products Company, Ltd. v. Vertin, C. 6990-VCL (Del. Ch. 2014), N 33 : *« Entire fairness is Delaware's most onerous standard of review. It applies when a plaintiff rebuts one or more of the presumptions of the business judgment rule. [...]. Unless the defendants implement protective procedural devices, they bear the burden of proving that the transaction with the controlling stockholder was entirely fair to the minority stockholders »* ; voir ég. BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 56.

[2458] VOGT/BÄNZIGER 2012, p. 627.

[2459] *« Safe harbor »* (GERICKE/WALLER 2014, p. 293). Comp. Quadrant Structured Products Company, Ltd. v. Vertin, C. 6990-VCL (Del. Ch. 2014), N 32 : *« Unless one of its elements is rebutted, the court merely looks to see whether the business decision made was rational in the sense of being one logical approach to advancing the corporation's objectives. [...]. Only when a decision lacks any rationally conceivable basis will a court infer bad faith and a breach of duty ».*

[2460] Pour un survol des modalités de la *pre-trial discovery* : KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 934 ss.

[2461] *« Ist streitig, ob [die Vorstandsmitglieder] die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast ».*

[2462] Comp. § 93 al. 1, 2[e] phr. : *« Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln ».*

[2463] Comp. BAUDENBACHER/SCHWARZ 2016, p. 61.

[2464] N 1068 *supra.*

subsiste des doutes sur le respect des conditions de la *business judgment rule*, le manquement aux devoirs devrait être admis. Or la preuve stricte d'un processus décisionnel conforme aux devoirs peut être difficile à apporter [2465]. La jurisprudence allemande rétablit l'équilibre en imposant au demandeur d'alléguer le manquement de manière circonstanciée, le défendeur ayant la charge de contester ces allégations [2466]. Si un renversement du fardeau de la preuve devait être introduit dans l'ordre juridique suisse, il faudrait l'accompagner d'une relativisation de ce genre. En guise d'alternative, on pourrait aussi exiger du défendeur qu'il démontre le respect de ses devoirs avec une haute vraisemblance.

Une modification de la répartition des fardeaux de preuve a également été proposée par HANS CASPAR VON DER CRONE : cet auteur considère qu'il serait opportun de régler celle-ci dans une procédure sommaire préalable où le demandeur devrait simplement rendre vraisemblable la violation des devoirs [2467]. S'il y parvient, il reviendra au défendeur de démontrer de manière positive que le devoir de diligence a été respecté [2468]. Si le demandeur échoue à rendre vraisemblable le manquement aux devoirs, les fardeaux de preuve ne sont pas modifiés dans la procédure principale [2469]. Ce régime est plus favorable aux défendeurs que le § 93 al. 2 AktG puisqu'il n'y a un renversement que si le demandeur parvient à rendre vraisemblable un manquement, mais reste une solution envisageable pour améliorer la mise en œuvre de la responsabilité [2470]. Toutefois, le processus serait inutilement alourdi si cette question devait être réglée au cours d'une procédure préalable. On pourrait en revanche imaginer que le juge limite, dans un premier temps, la procédure à la question de la preuve du manquement (art. 125 let. a CPC). 1086

Ces propositions d'aménagement du fardeau de la preuve du manquement aux devoirs constituent des pistes intéressantes pour faciliter la mise en œuvre de la responsabilité. Elles éliminent un obstacle de taille, puisque le demandeur est dispensé d'investir des moyens et du temps dans la collecte d'informations détaillées sur le processus décisionnel. Cependant, cette charge ne disparaît pas ; elle est simplement transférée aux dirigeants. Tout comme une *business judgment rule* concentrée uniquement sur les aspects formels d'une décision de gestion, un renversement du fardeau de la preuve du manquement aux devoirs crée le risque que les dirigeants accordent plus d'attention à la constitution de moyens de preuve et à suivre des procédures standardisées qu'à la promotion des intérêts de l'entreprise [2471]. Pour cette raison, les modifications du fardeau de la preuve doivent être 1087

[2465] Comp. BACHMANN 2014, p. E 33 avec les réf. citées en n. 93.

[2466] BGH du 4 novembre 2000, II ZR 224/00, consid. 1b. Exigences quant à la contestation jugées trop sévères *in* BGH du 22 février 2011, II ZR 146/09, consid. 3b ss ; BGH du 18 juin 2013, II ZR 86/11. Voir ég. AktG-SCHMID/LUTTER I, § 93 N 39 ; BACHMANN 2014, p. E 34 s.

[2467] VON DER CRONE 2006b, p. 9.

[2468] VON DER CRONE 2006b, p. 9.

[2469] VON DER CRONE 2006b, p. 9.

[2470] Critique, en raison des répercussions sur la défense des dirigeants : NIKITINE 2007, p. 278 N. 1401.

[2471] Dans le même sens, avec emphase : BÖCKLI 2009, § 13 N 593a : « *Dokumentationswut* » ; « *box-ticking* » ; voir ég. FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 151.

envisagées avec circonspection. Pour surmonter l'asymétrie de l'information sans faire peser une charge excessive sur les dirigeants, il nous semble préférable de développer l'accès aux renseignements en vue de préparer le procès et d'éliminer les barrières financières à la mise en œuvre de la responsabilité par les actionnaires [2472].

3.2. Dommage

3.2.1. En général

1088 La preuve du dommage incombe au demandeur (art. 42 al. 1 CO) [2473]. Cette règle vaut manifestement pour toutes les formes de responsabilité étudiées ici. Conformément à la définition du dommage, le demandeur doit dès lors prouver l'état du patrimoine lésé suite à l'événement dommageable ainsi que l'état hypothétique de sa fortune en l'absence du dit événement [2474]. Pour l'action relative au dommage de la société, il ne suffit ainsi pas de renvoyer à une perte nette au bilan annuel [2475], ni au montant de divers postes à l'actif de ce bilan [2476].

1089 Nous rappelons ici l'importance de bien distinguer le dommage social et le dommage de l'actionnaire. Ainsi, lorsqu'il agit pour le dommage de la société, l'actionnaire ne doit pas prouver que sa participation a subi une moins-value, mais doit démontrer les processus à l'intérieur de la société ayant causé un dommage à celle-ci [2477]. L'existence et la quotité du dommage propre de l'actionnaire n'ont aucune importance [2478]. À l'inverse, s'il agit pour son propre dommage, l'actionnaire devra apporter la preuve d'un préjudice individuel et indépendant d'un éventuel dommage de la société.

1090 Le défendeur aura la charge de prouver les éventuels faits dirimants ou extinctifs relatifs à la quotité du dommage ; il supporte ainsi le fardeau de la preuve d'un éventuel avantage obtenu par le demandeur du fait du manquement [2479] ou qu'il n'a contribué à causer qu'une partie du dommage [2480].

[2472] Voir not. les N 703 ss *supra* et 1219 ss *infra*.

[2473] ATF 128 III 180 ; consid. 2d ; 115 II 1, consid. 4 ; TF 4A_214/2015 du 8 septembre 2015, consid. 3.3.

[2474] REITER 2003, p. 190. Voir ég. TF 4A_214/2015 du 8 septembre 2015, consid. 3.4.2 : « reconstituer l'état du patrimoine de la société [...] aux moments déterminants ». Le calcul du dommage doit être concret ; en matière de responsabilité des organes de gestion, un calcul abstrait est difficilement envisageable (UMBACH/WEBER 2003, p. 136).

[2475] TF 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 3a/bb ; voir ég. TF 4A_214/2015 du 8 septembre 2015, consid. 3.4.2 : augmentation des dettes insuffisante à établir une évolution négative du patrimoine.

[2476] TF 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 3b/aa.

[2477] BÖCKLI 2009, § 18 N 364a.

[2478] TF 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, consid. 3.5 ; voir ég. TF 4C.48/2005 du 13 mai 2005, consid. 1.1 (allégations relatives au dommage du créancier pour motiver l'action de la masse en faillite).

[2479] ATF 132 III 86, consid. 1b ; 128 III 22, consid. 2e/cc.

[2480] ROBERTO 2006b, p. 31.

3.2.2. Dommage indéterminé (art. 42 al. 2 CO)

Selon l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette règle vaut également pour la responsabilité des organes [2481]. Elle s'applique lorsqu'une preuve stricte du dommage allégué est impossible ou ne peut pas être raisonnablement exigée en raison de la nature de la chose [2482]. 1091

Nous avons développé plus haut les questions que soulèvent les allégations relatives à un dommage indéterminé [2483]. À proprement parler, l'art. 42 al. 2 CO ne prévoit pas de suppression ni de renversement du fardeau de la preuve [2484], mais simplement un allègement de celui-ci [2485]. Dès lors, le demandeur qui manque de preuves reste tenu de fournir, dans la mesure du possible et de ce qu'on peut attendre de lui, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du dommage et permettant ou facilitant son estimation ; il doit faire tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour faciliter cette estimation [2486]. Le demandeur doit en particulier alléguer un calcul concret, ainsi que tous les faits à même d'attester la survenance du dommage avec une certaine force probante [2487]. Le demandeur doit également rendre vraisemblable que les conditions de l'art. 42 al. 2 CO sont remplies [2488]. Si le demandeur ne satisfait pas à cette exigence, cette disposition ne saurait s'appliquer [2489]. 1092

Si les conditions sont remplies, le juge établit le dommage « en considération du cours ordinaire des choses » [2490]. L'importance de cette disposition doit être relativisée concernant la responsabilité des organes de gestion envers la société. Lorsque le dommage découle d'événements qui peuvent être saisis comptablement, il pourra souvent être prouvé 1093

[2481] TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/bb ; CHAIX 2005, p. 51.

[2482] ATF 128 III 271, consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606 ; 105 II 87, consid. I.3, JdT 1980 I 17, et les réf. citées ; TF 4C.22/2005 du 1er avril 2005, consid. 1.3 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 524 ; BK-BREHM, art. 42 N 47.

[2483] N 1026 ss *supra*.

[2484] ATF 122 III 219, consid. 3a, JdT 1997 I 246 ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/bb ; BK-BREHM, art. 42 N 50 s. ; CR CO I-WERRO, art. 42 N 29 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 490 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 59 ; CHAIX 2005, p. 47.

[2485] TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/bb. D'un autre avis : BK ZGB-WALTER, art. 8 N 142, pour qui cette norme n'allège pas l'exigence de degré de preuve concernant la survenance du dommage, mais offre au juge un pouvoir d'appréciation portant sur l'estimation du dommage.

[2486] ATF 136 III 322, consid. 3 ss, JdT 2011 II 537 (avis tardif au juge) ; 133 III 462, consid. 4.4.2 ; 131 III 360, consid. 5.1 ; 122 III 219, consid. 3a ; 98 II 37, consid. 2 ; 95 II 481, consid. 12a ; TF 4C.292/2003 du 25 mai 2004, consid. 4.4.3 ; 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2d/bb ; 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 3b/aa et les réf. ; BK-BREHM, art. 42 N 50 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 373.

[2487] Vraisemblance prépondérante : ATF 133 III 462, consid. 4.4.2. Voir ég. ATF 132 III 379, consid. 3.1, JdT 2006 I 338 : « *mit einer gewissen Überzeugungskraft* » ; 128 III 271, consid. 2b/bb, JdT 2003 I 606 ; 122 III 319, consid. 3a ; CHABLOZ 2012, N 824 ; BK-BREHM, art. 42 N 52 ; CHAIX 2005, p. 49 ; UMBACH/WEBER 2003, p. 131.

[2488] UMBACH/WEBER 2003, p. 131.

[2489] TF 4A_214/2015 du 8 septembre 2015, consid. 3.3.

[2490] Art. 42 al. 2 CO.

strictement [2491]. L'application de l'art. 42 al. 2 CO peut cependant être envisagée lorsque la comptabilité n'offre pas tous les paramètres du calcul du dommage [2492]. La situation est différente en matière de responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes dans les sociétés ouvertes au public : il n'existe pas de méthode de calcul totalement fiable pour déterminer le montant du dommage subi par un investisseur ; une application de l'art. 42 al. 2 CO semble ici inévitable [2493].

3.3. Causalité

3.3.1. En général

1094 En application de l'art. 8 CC, le demandeur doit prouver le lien de causalité naturelle [2494]. La causalité adéquate est une question de droit ; il ne s'agit pas d'en fournir la preuve, mais éventuellement d'en faire la démonstration dans la motivation de la demande en droit (art. 221 al. 3 CPC) [2495]. En matière de dommages patrimoniaux, la jurisprudence admet que la preuve de la causalité doit être apportée avec une vraisemblance prépondérante [2496], pour autant que les autres conditions de la responsabilité soient prouvées [2497].

1095 Lorsque le demandeur allègue une omission, la causalité est par essence hypothétique. Il faut dès lors convaincre le juge que, selon le cours habituel des choses, le comportement omis aurait permis d'éviter le résultat survenu avec une haute probabilité [2498].

1096 Lorsque la gestion a été déléguée, le demandeur doit prouver que le dommage a été causé par la personne à qui la gestion a été confiée [2499]. L'administrateur recherché pour le fait de la personne chargée de la gestion peut se libérer d'une part en démontrant qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances (art. 754 al. 2 CO) et d'autre part en prouvant

[2491] ATF 134 III 306, consid. 4.2 ; voir ég. ATF 128 III 180, consid. 2d. L'estimation du dommage n'est pas admissible s'il existe des indices concrets pouvant servir à la détermination du dommage, TF 4A_153/2008 du 14 octobre 2008, consid. 2.4. Voir encore les exemples de calcul chez FORSTMOSER 1987, N 174 ss et la casuistique de BK-BREHM, art. 42 N 64a.

[2492] TF 4P.196/2006 du 10 mai 2007, consid. 3.3.3.

[2493] Voir N 239 *supra*.

[2494] BK-BREHM, art. 41 N 117 ; REITER 2003, p. 191. Pour la responsabilité dans la délégation : BÖCKLI 2009, § 18 N 136. Pour la responsabilité de l'auteur de prospectus : NOTH/GROB 2002, p. 1455.

[2495] Voir ég. N 1030 *supra*.

[2496] ATF 132 III 715, consid. 3.2, JdT 2009 I 183 ; 128 III 271, consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606 ; 121 III 358, consid. 5, JdT 1996 I 66 ; 107 II 269, consid. 1b, JdT 1981 I 446 ; BK-BREHM, art. 41 N 117 ; voir ég. FORSTMOSER 1987, N 269.

[2497] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 522.

[2498] ATF 124 III 155, consid. 3d, JdT 1999 I 125 ; 121 III 358, consid. 5, JdT 1996 I 66 ; 115 II 440, consid. 5a, JdT 1990 I 362 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 521 ; BK-BREHM, art. 41 N 119.

[2499] BÖCKLI 2009, § 18 N 136.

que le dommage serait survenu même s'il avait pris toutes les mesures imposées par les circonstances [2500].

3.3.2. Responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes dans les sociétés ouvertes au public (art. 752 CO ; art. 72 LSFin)

a) *De lege lata*

Dans le cadre de la responsabilité pour le prospectus d'émission (art. 752 CO ; art. 72 al. 1 P-LSFin), certains auteurs estiment qu'il existe une présomption naturelle selon laquelle l'investisseur n'aurait pas acquis les titres ou les aurait acquis à un autre prix si l'information était exacte [2501]. En effet, le fait que le prospectus inexact a influé sur le cours du titre suffirait à démontrer l'existence d'un lien de cause à effet entre le manquement et le dommage, même si l'investisseur ne prend pas connaissance du prospectus [2502]. Le cas échéant, il reviendrait alors au défendeur de prouver que l'information inexacte n'était pas décisive pour la décision d'investir [2503]. Le Tribunal fédéral n'a pas suivi cette approche, fondée sur la *fraud on the market theory* [2504] : il retient qu'un renversement du fardeau de la preuve de la causalité serait étranger au système et ne repose sur aucune base légale [2505]. Il n'est pas autant hermétique à la théorie des marchés efficaces, mais il considère qu'elle est suffisamment prise en compte par le fait que le degré de preuve exigé est celui de la vraisemblance prépondérante, et ce aussi bien pour l'acquéreur sur le marché primaire que l'acquéreur secondaire [2506]. Ainsi, l'investisseur n'a pas à prouver qu'il a bien pris connaissance du prospectus, mais il ne peut pas pour autant s'affranchir de la preuve qu'il n'aurait pas acquis les titres ou les aurait acquis à un prix inférieur s'il avait connu les faits exacts [2507]. Sous l'angle de la vraisemblance, on accordera dès lors une certaine importance à l'écart temporel entre la publication du prospectus : plus cet intervalle est réduit, moins il y a de facteurs externes pouvant influencer la formation du cours d'un titre et, partant, plus la causalité est vraisemblable ; inversement, la connexité entre le prix du titre et les informations contenues dans le prospectus diminue 1097

[2500] CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 32 ; PETER/SAUERWEIN 2007, p. 161. Selon PETER BÖCKLI, il faut admettre cette objection lorsqu'elle permet d'établir que le comportement de l'administrateur n'a pas causé le dommage (BÖCKLI 2009, § 18 N 138).

[2501] Voir DAENIKER/WALLER 2003, p. 78 s. ; BSK OR II-WATTER, art. 752 N 27. Plus mesuré : BÖCKLI 2009, § 18 N 36.

[2502] Notion de causalité inhérente au prix (DOBLER/VON DER CRONE 2005, p. 213 ; voir ég. MÜLLER L. 2015, p. 257 et en détail LENOIR 2004, p. 142 ss).

[2503] MÜLLER L. 2015, p. 257.

[2504] Voir N 272 *supra*.

[2505] ATF 132 III 715, consid. 3.2.2, JdT 2009 I 183.

[2506] ATF 132 III 715, consid. 3.2.1, JdT 2009 I 183 ; voir déjà ATF 47 II 272, consid. 5. Dans l'ATF 131 III 306, JdT 2006 I 56, le Tribunal fédéral avait admis que l'acquéreur secondaire pouvait se prévaloir de l'art. 752 CO (consid. 2.1). Voir ég. Rapport LSFin, p. 77.

[2507] ATF 132 III 715, consid. 3.2.2, JdT 2009 I 183 ; DAENIKER 2014, p. 404.

à mesure que le temps s'écoule et que d'autres informations concernant l'entreprise sont publiées [2508]. Une interruption de la causalité doit en particulier être prise en considération si la société publie entre-temps de nouveaux états financiers [2509].

1098 L'interprétation du Tribunal fédéral est défendable dans la mesure où l'efficacité de la formation du prix sur le marché n'est pas entièrement démontrée [2510]. Pour cette raison, le législateur a aussi sciemment renoncé à introduire une présomption de causalité à l'art. 72 AP-LSFin [2511].

1099 Une solution pratique au problème posé par la détermination du lien de causalité sur les marchés financiers pourrait être la réalisation d'études empiriques sur la corrélation entre un événement et la formation du prix d'un titre *(event study)*. Cette méthode permet d'évaluer l'impact qu'a eu un événement sur le cours d'un titre coté en bourse. Elle consiste globalement à déterminer si, pour la période concernée par l'annonce inexacte, l'écart entre le rendement effectif d'un titre et son rendement attendu en fonction du marché – que l'on peut déterminer notamment à l'aide du CAPM [2512] – est statistiquement significatif [2513]. Plus les résultats de cette analyse sont significatifs, plus il est probable que l'événement étudié a bien influencé les cours [2514]. Pour être fiable, cette méthode nécessite cependant que la période faisant l'objet de l'analyse ne soit pas trop longue, afin de limiter le nombre de facteurs externes, et que le résultat du titre visé soit comparé avec un nombre suffisant de titres semblables [2515]. En toute hypothèse, la réalisation d'une *event study* fiable nécessite un travail d'expertise particulièrement soigné [2516]. Dès lors, le processus d'expertise relatif à l'étude d'événement est complexe et coûteux ; son importance pratique dépendra par conséquent de la possibilité pour les investisseurs lésés de réaliser des économies d'échelle en invoquant collectivement leurs prétentions. Or, si l'*event study* répond à la question de savoir si l'information inexacte a eu une influence sur le prix, elle ne parvient pas à établir de lien entre la décision individuelle d'acquérir un titre et l'information inexacte [2517].

1100 *De lege lata*, la preuve de la causalité en cas d'acquisition de titres surévalués reste en

[2508] DAENIKER 2014, p. 403 ; DOBLER/VON DER CRONE 2005, p. 213 ; ROBERTO 2006b, p. 153. Comp. ATF 131 III 306, consid. 2.2, JdT 2006 I 56.

[2509] CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2006, p. 457 s.

[2510] Cette théorie est en particulier mise à mal par les recherches en finance comportementale *(behavioural finance)*, qui indiquent que les décisions d'investissement ne sont pas motivées par des réflexions rationnelles (voir les références chez CHAMMARTIN/VON DER CRONE 2006, p. 457 ; DAENIKER 2014, p. 398 ; MÜLLER L. 2015, p. 255 s). Pour une actualisation de la théorie de l'efficience des marchés au regard des crises récentes, voir GILSON/KRAAKMAN 2014, p. 313 ss.

[2511] Message LSFin, p. 8191.

[2512] N 238 *supra*.

[2513] Voir en détail MÜLLER L. 2015, p. 259 ss.

[2514] MÜLLER L. 2015, p. 261.

[2515] MÜLLER L. 2015, p. 262.

[2516] MÜLLER L. 2015, p. 251.

[2517] Comp. BÖCKLI 2009, § 18 N 35a.

définitive difficile à apporter. En effet, les méthodes décrites ne permettent pas de tirer de conclusions sur la relation entre l'acte dommageable et la décision d'investissement individuelle. Cette approche personnelle de la causalité, conforme aux principes généraux de la responsabilité civile, constitue un obstacle important à la mise en œuvre de la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes dans un prospectus ou dans le cadre d'obligations de publication du droit boursier. Elle empêche en effet les investisseurs lésés de collectiviser efficacement leurs prétentions.

b) *De lege ferenda*

Dans le cadre de la procédure de consultation relative à l'avant-projet LSFin, l'Université de Zurich a proposé d'instaurer une présomption de causalité en cas de diffusion d'informations inexactes. Selon le texte suggéré, les personnes ayant participé à la rédaction et à la diffusion d'informations inexactes, incomplètes ou non conformes à la loi répondent du dommage causé, à moins qu'elles ne prouvent : 1101

1. qu'elles n'ont commis aucune faute ;
2. que les instruments financiers n'ont pas été acquis sur la base du prospectus ;
3. que l'état de fait représenté de manière inexacte ou incomplète n'a pas contribué à la baisse des cours ;
4. que l'acquéreur savait que les indications faites dans le prospectus étaient inexactes ou incomplètes ou
5. que les informations inexactes ou incomplètes ont été rectifiées avant l'exécution de la transaction par des informations dans les comptes annuels, semestriels ou trimestriels ou d'une communication dans le cadre de la publicité événementielle [2518].

Cette proposition, qui se rapproche de la réglementation prévue en Allemagne aux § 21 ss WpPG [2519] est motivée par le fait qu'il se justifie de faire supporter au maître de l'information le risque lié à la diffusion d'informations inexactes ; de plus, les personnes qui ont rédigé et 1102

[2518] ROLF SETHE, Vernehmlassung zum VE-FIDLEG, Zurich, 15 octobre 2015, p. 40 s.

[2519] Comp. § 23 al. 2 WpPG : *« Ein Anspruch nach den §§ 21 oder 22 besteht nicht, sofern 1. die Wertpapiere nicht auf Grund des Prospekts erworben wurden, 2. der Sachverhalt, über den unrichtige oder unvollständige Angaben im Prospekt enthalten sind, nicht zu einer Minderung des Börsenpreises der Wertpapiere beigetragen hat, 3. der Erwerber die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts bei dem Erwerb kannte, 4. vor dem Abschluss des Erwerbsgeschäfts im Rahmen des Jahresabschlusses oder Zwischenberichts des Emittenten, einer Veröffentlichung nach § 15 des Wertpapierhandelsgesetzes oder einer vergleichbaren Bekanntmachung eine deutlich gestaltete Berichtigung der unrichtigen oder unvollständigen Angaben im Inland veröffentlicht wurde [...]».*

diffusé le prospectus disposent typiquement des éléments de preuve et des connaissances techniques pour réfuter les accusations de l'investisseur lésé [2520].

1103 ISABELLE CHABLOZ propose également d'instituer une présomption légale réfragable en cas de diffusion d'informations inexactes sur les marchés si un investisseur a acquis le titre dans les trois mois après la survenance du comportement fautif [2521]. Celle-ci ne serait cependant admise qu'aussi longtemps que l'information inexacte n'a pas été rectifiée [2522]. Le défendeur pourrait par ailleurs se libérer en prouvant que l'information inexacte n'a pas eu d'influence sur la décision d'acquérir les titres ou que l'investisseur connaissait la fausseté de l'information ou l'information omise lors de l'acquisition ou de la vente de l'instrument financier en cause [2523]. Cette présomption de causalité est également indispensable dans le contexte de la responsabilité du fait de la diffusion d'informations inexactes sur le marché.

1104 L'introduction d'une présomption réfragable de causalité aurait sans doute un effet positif sur la mise en œuvre de la responsabilité puisqu'elle facilite pour le demandeur la preuve des conditions de la responsabilité. Il nous semble cependant discutable de faire supporter le fardeau de la preuve de la causalité à l'émetteur de l'information. Ce renversement peut dans tous les cas difficilement être justifié par la proximité de l'émetteur avec les moyens de preuve pertinents puisque la preuve de la causalité nécessitera généralement une expertise fondée sur l'évolution des cours. En outre, le renversement du fardeau de la preuve signifie qu'il reviendra au défendeur d'avancer les frais d'administration de la preuve de l'absence de causalité (art. 102 al. 1 CPC) ; celle-ci peut nécessiter une expertise très onéreuse. Or, pour autant que les investisseurs puissent efficacement rassembler leurs prétentions, le défendeur ne dispose pas d'un avantage économique déterminant sur la collectivité des personnes lésées ; le rapport de force financier peut même être inversé si l'on se place dans l'hypothèse d'une action dirigée exclusivement contre les dirigeants d'une société ouverte au public. Il nous semble dès lors plus approprié de répondre à la problématique de la preuve de la causalité en élargissant le champ de la preuve : la future disposition relative à la diffusion d'informations inexactes sur les marchés financiers devrait prévoir que la causalité est présumée si le demandeur parvient à prouver que l'information inexacte a eu une influence sur le cours du titre considéré, p. ex. par la réalisation d'une *event study* ; l'art. 752 CO, respectivement l'art. 72 P-LSFin, devraient également être modifiés en conséquence. Le défendeur aura alors la charge de fournir la contre-preuve ou de démontrer que l'acquéreur aurait acquis les titres même s'il avait connu les circonstances véritables. Cette solution permet de s'affranchir de l'analyse individuelle de la causalité, qui fait actuellement obstacle à une mise en œuvre efficace de la responsabilité sur les marchés de capitaux tout en limitant la charge pour les défendeurs.

[2520] ROLF SETHE, Vernehmlassung zum VE-FIDLEG, Zurich, 15 octobre 2015, p. 40 et renvoi à la p. 39. Comp. Rapport LSFin, p. 81.

[2521] CHABLOZ 2012, N 1096. Dans le même sens : SUTER 2010, p. 327

[2522] CHABLOZ 2012, N 1096.

[2523] CHABLOZ 2012, N 1097.

3.4. Faute

La preuve de la faute consiste en la preuve d'une intention ou d'une négligence de l'auteur [2524]. La jurisprudence retient que la relation juridique entre la société et ses organes « s'apparente » à un mandat, raison pour laquelle la faute se présume en application de l'art. 97 al. 1 CO [2525]. En ce qui concerne la responsabilité envers les actionnaires, la jurisprudence semble en revanche pencher en faveur d'une responsabilité délictuelle [2526]. La doctrine est également partagée sur la question, selon qu'elle prête à la responsabilité des organes une nature délictuelle, (quasi-)contractuelle ou *sui generis* [2527]. On retiendra que la controverse a peu d'importance en pratique, puisque l'objectivation de la faute fait que celle-ci sera généralement donnée si l'illicéité ou le manquement aux devoirs est prouvé [2528]. Dès lors, en pratique, si le demandeur apporte la preuve des autres conditions de la responsabilité, il reviendra de toute manière au défendeur d'apporter la preuve qu'il n'a pas agi fautivement [2529]. Le défendeur supporte également le fardeau de la preuve d'une faute légère et des autres facteurs de réduction des art. 43 et 44 CO [2530]. 1105

Dans le cadre de la responsabilité de l'auteur de prospectus (art. 752 CO), la jurisprudence retient explicitement que la faute n'est pas présumée [2531]. 1106

3.5. Prescription et déchéance

Le défendeur supporte le fardeau de la preuve de la prescription [2532]. Il lui revient également 1107

[2524] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 523.

[2525] TF 4A_373/2015 du 26 janvier 2016, consid. 3.3 ; 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.2 avec réf. à l'ATF 129 III 499.

[2526] ATF 122 III 176, consid. 7b, JdT 1998 II 140 ; 125 III 86, consid. 3a, , JdT 2001 I 73 ; voir ég. BÄRTSCHI 2001, p. 200.

[2527] Nature délictuelle : MEIER-WEHRLI 1968, p. 74. Nature quasi-contractuelle : DESSEMONTET 1998, p. 65 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 36, ainsi qu'apparemment KUNZ 1993, p. 20 ss ; dans le même sens, en ce qui concerne la responsabilité envers la société : CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 39 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 35 ; BÄRTSCHI 2001, p. 199 s. Responsabilité *sui generis* : BÖCKLI 2009, § 18 N 436 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 753/754 N 15 ; CHABLOZ 2012, N 795 ; BAERISWYL 2015, N 503 ; dans le même sens, en ce qui concerne la responsabilité envers les actionnaires : VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 35. Le législateur a explicitement laissé cette question indécise (BO CE 1931 614).

[2528] Parmi d'autres : BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 35 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 429 s. ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 N 40 ; REITER 2003, p. 192 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 80, 90. Voir cependant BÄRTSCHI 2014, p. 57.

[2529] BÖCKLI 2009, § 18 N 136b, 432 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 61.

[2530] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 528 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 489 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 26 ; voir ég. VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 113.

[2531] ATF 129 III 71, consid. 2.5. Voir ég. BÄRTSCHI 2001, p. 308.

de prouver qu'une décharge a été octroyée [2533]. Conformément à l'interprétation restrictive de la décharge que nous soutenons [2534], la preuve que les faits considérés sont couverts par la décharge est également à la charge du défendeur [2535].

3.6. Responsabilité solidaire

1108 Comme déjà exposé, l'art. 759 al. 2 CO offre au demandeur la possibilité d'agir contre plusieurs personnes en laissant au juge le soin de fixer le dommage causé par chaque défendeur. Cette disposition allège dans une certaine mesure le fardeau de l'allégation pour le demandeur, qui peut s'en tenir à la répartition des tâches ressortant du règlement d'organisation ou d'autres normes auxquelles il a accès et fondant un partage des compétences [2536]. De l'avis général de la doctrine, l'art. 759 al. 2 CO ne modifie en revanche pas le fardeau de la preuve des conditions de la responsabilité. Le demandeur doit ainsi apporter la preuve du dommage, d'un manquement et d'un lien de causalité pour chaque défendeur individuel [2537] ; la faute étant objectivée, la preuve en est généralement apportée en même temps que celle du manquement [2538].

1109 Il est important de rappeler ici que le défendeur supporte de toute façon le fardeau de la preuve de ses motifs de réduction individuels (art. 43 et 44 CO), ainsi que du soin dans le choix, l'instruction et la surveillance des personnes à qui la gestion a été confiée (art. 754 al. 2 CO) [2539]. Si ces preuves ne sont pas apportées, le demandeur peut, en cas de délégation verticale des tâches de gestion, s'en tenir à la preuve d'un manquement commis par la personne chargée de la gestion, duquel les administrateurs répondent solidairement en application par analogie de l'art. 101 al. 1 CO [2540].

1110 En cas de délégation horizontale, le demandeur devra en principe prouver séparément que

[2532] TF 4C.155/2002 du 9 septembre 2002, consid. 2.2 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 621 ; l'interruption de la prescription devra être prouvée par le demandeur, (*idem*, N 622).

[2533] Dans le résultat : TF 4A_155/2014 du 5 août 2014. Voir ég. ATF 95 II 320, consid. IV.3 ; JENNY 2012, p. 177 ; DESCHENAUX 1969, p. 240 ; selon HANS PETER WALTER, il reviendrait en revanche au demandeur de démontrer ensuite que l'instance a été introduite avant l'expiration du délai prévu à l'art. 758 al. 2 CO (BK ZGB-WALTER, art. 8 N 624).

[2534] Voir N 408 *supra*.

[2535] Dans le système de la responsabilité des organes, la décharge constitue l'exception au principe posé par l'art. 754 al. 1 CO (comp. DESCHENAUX 1969, p. 242 ; STEINAUER 2009, N 708) ; puisque l'étendue de la déchage doit être établie positivement, on ne saurait considérer que le caractère non révélé d'un fait constitue une exception à l'exception.

[2536] Voir les N 1051 ss *supra*.

[2537] BÖCKLI 2009, § 18 N 371, 498 ; SCHMID 2008, p. 609 ; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 492 ; voir cependant BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 7, pour qui la preuve du dommage total suffit.

[2538] N 1105 *supra*. Très strictes à cet égard : GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 495.

[2539] SCHMID 2008, p. 610.

[2540] N 151 *supra*.

les membres d'un comité ont manqué à leurs devoirs dans la préparation et l'exécution d'une décision et que les administrateurs externes ont violé leurs devoirs dans la prise de décision [2541]. On ne peut toutefois attendre du demandeur une telle délimitation fonctionnelle que si les informations relatives à la répartition des tâches lui sont accessibles [2542].

Quelle que soit la forme de la délégation, le dommage pertinent sera souvent le même pour tous les défendeurs ; le lien de causalité sera – sous réserve d'un facteur interruptif – aussi similaire pour les différents dirigeants impliqués. Le cas échéant, le demandeur peut établir ces conditions de manière globale, sans entrer en détail sur la contribution de chaque défendeur [2543]. Relevons par ailleurs que si l'un des défendeurs est partiellement ou intégralement libéré, le demandeur ne lui doit en principe pas de dépens [2544]. Pour autant que la prétention invoquée par le demandeur soit fondée, les risques d'une individualisation insuffisante de la contribution de chaque défendeur au dommage sont donc limités. 1111

4. Moyens de preuve et administration de la preuve

4.1. Moyens de preuve

4.1.1. Généralités

Les moyens de preuve sont réglés exhaustivement à l'art. 168 al. 1 CPC [2545]. Sont des moyens de preuve : le témoignage ; les titres ; l'inspection ; l'expertise ; les renseignements écrits ; l'interrogatoire et la déposition de la partie. Ces moyens de preuve sont appréciés librement par le juge (art. 157 CPC). Il n'existe donc pas de hiérarchie des moyens de preuve [2546]. 1112

Le but de la présente sous-section est de détailler quelque peu les moyens de preuve importants pour le procès en responsabilité des organes de gestion. Nous déterminerons en particulier dans quelle mesure la comptabilité, les procès-verbaux et les dossiers du conseil d'administration et le rapport de contrôle spécial entrent dans le *numerus clausus* des moyens de preuve. Nous développerons également la thématique de l'expertise judiciaire. 1113

4.1.2. Comptabilité

Les pièces comptables sont des titres au sens de l'art. 157 CPC , puisqu'il s'agit de documents 1114

[2541] Comp. GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 493.
[2542] Message 1983, p. 870.
[2543] *Contra* : GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 493.
[2544] ATF 122 III 324, consid. 7b ; voir N 1211 ss *infra*.
[2545] BOHNET 2014a, N 1291 ; CPC-SCHWEIZER, art. 168 N 5.
[2546] BOHNET 2014a, N 1380 ; CPC-SCHWEIZER, art. 157 N 19.

propres à prouver des faits pertinents (art. 177 CPC) [2547]. La comptabilité peut dès lors faire l'objet d'une preuve. On retiendra cependant que la comptabilité à elle seule peut avoir une force probante faible (pour décharger la partie qui l'a rédigée) si elle n'est pas appuyée p. ex. par des déclarations fiscales ou des relevés bancaires qui devraient pouvoir documenter les encaissements [2548].

4.1.3. Procès-verbaux des séances du conseil d'administration

1115 L'art. 713 al. 3 CO dispose que les délibérations et les décisions du conseil d'administration sont consignées dans un procès-verbal. Celui-ci doit être tenu par écrit et signé par le président du conseil d'administration et le secrétaire [2549]. Les procès-verbaux des séances du conseil d'administration sont soumis à l'obligation de conserver les livres (art. 958*f* al. 1 CO) [2550]. Ces pièces seront particulièrement importantes pour établir les circonstances de la prise de décisions [2551]. On prouvera p. ex. que le dirigeant incriminé avait connaissance de certains faits en produisant le procès-verbal d'une séance du conseil d'administration à laquelle il a participé [2552].

1116 Du point de vue du droit de la preuve, les procès-verbaux de séances du conseil d'administration sont également des titres, puisqu'il sont propres à prouver des faits pertinents (art. 177 CPC) [2553]. Le secret d'affaires, qui couvre généralement les procès-verbaux du conseil d'administration et les communications internes à la société, ne leur enlève pas la qualité de titres au sens de l'art. 177 CPC et ils sont susceptibles d'être produits en application de l'art. 160 al. 1 let. b CPC [2554]. L'intérêt de la société à préserver le secret sera pris en compte en application des règles sur le refus de collaborer à l'administration des preuves (art. 163 ss CPC) [2555] ou de la protection des intérêts des parties (art. 156 CPC) [2556]. Dans la libre appréciation de ce moyen de preuve, le juge tiendra notamment compte de la qualité

[2547] ZK-BOSSARD, Vorbem. zu Art. 957-964 OR, N 464. Comp. BÜHLER 2010, p. 90 : sont des titres tous les moyens techniques et scientifiques d'information considérés comme fiables par un large nombre de chercheurs et de professionnels de la branche concernée.

[2548] NE, CACIV 2013.43.

[2549] BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 713 N 34 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 713 N 20, 22.

[2550] BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 713 N 36 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 747 N 10 ; BK-KÄFER, art. 957 N 200 ; art. 962 N 37.

[2551] Comp. ZK-HOMBURGER, art. 713 N 339 ; BÖCKLI 2009, § 13 N 156.

[2552] Voir TF 4A_84/2013 du 7 août 2013, consid. 2.3.5.

[2553] Selon GEORG KRNETA, ils sont même dotés d'une force probante accrue (PraxKomm VR-KRNETA, N 853).

[2554] BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 160 N 17 ; JUCKER 2015, N 481. Voir ég., avant l'entrée en vigueur du CPC, BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 713 N 36 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 23 N 119 par renvoi du § 31 N 17.

[2555] Voir N 1140 *infra*.

[2556] JUCKER 2015, N 481.

formelle, de la clarté de la rédaction, de l'identité de l'auteur du procès-verbal et du délai entre la réunion du conseil d'administration et la rédaction du procès-verbal [2557].

4.1.4. Rapport de contrôle spécial

La doctrine qualifie le rapport de contrôle spécial de titre probatoire ou d'expertise privée [2558]. Sa valeur probante serait dès lors douteuse et le demandeur qui souhaite se prévaloir des résultats du contrôle spécial n'aurait d'autre choix que de demander le témoignage du contrôleur spécial et requérir la production de toutes les pièces sur lesquelles le rapport se base [2559]. Notons que lorsqu'il est entendu en qualité de témoin, le contrôleur spécial ne peut invoquer le secret des affaires pour refuser de répondre ; le juge peut prendre les mesures propres à sauvegarder celui-ci (art. 156 CPC) [2560]. 1117

Nous considérons cependant que le rapport de contrôle spécial n'est pas un titre probatoire, ni une expertise privée [2561]. En raison des garanties qu'offre la procédure de contrôle spécial quant à l'indépendance de l'expert, à la surveillance du juge sur l'objet du contrôle, à la préservation des intérêts de la société et à l'obligation de rendre rapport de manière conforme à la vérité, le contrôle spécial se rapproche de l'expertise judiciaire et la valeur probante du rapport rendu par le contrôleur spécial est incontestable. En réalité, la procédure de contrôle spécial est un type particulier de preuve à futur réglé dans le code des obligations, dont l'existence est justifiée par la relation singulière entre les actionnaires et la société. Le contrôleur spécial dispose ainsi de prérogatives d'enquête plus étendues qu'un expert judiciaire [2562]. 1118

4.1.5. Rapport de contrôle de gestion

Le rapport de contrôle de gestion est assimilable à une expertise privée [2563]. Selon le Tribunal fédéral, ce type de document n'a pas de valeur probante ; il contient uniquement des allégations de la partie qui produit l'expertise [2564]. L'importance du rapport de gestion n'est pas nulle pour autant : selon le Tribunal fédéral, les allégations basées sur une expertise privée seront souvent motivées en détail, ce qui implique que l'autre partie devra fournir une 1119

[2557] BSK OR II-WERNLI/RIZZI, art. 713 N 26 ; comp. ZR 1960 n° 130, consid. 4c.
[2558] BÖCKLI 2009, § 16 N 74 ; CASUTT 1991, § 14 N 22 s. CR CO II-PAULI, art. 697*f* N 8.
[2559] Voir en détail les N 690 ss *supra*.
[2560] CASUTT 1991, § 14 N 28.
[2561] Voir en détail les N 690 ss *supra*.
[2562] En détail sur ce qui précède : N 694 *supra*.
[2563] HARI/HÄNNI 2014, N 169 ; voir N 739 *supra*.
[2564] ATF 141 III 433, consid. 2.6.

contestation motivée [2565]. Cependant, si la contestation est suffisamment motivée, l'expertise privée n'aura pas valeur de preuve des faits qu'elle constate [2566].

4.1.6. Expertise judiciaire

1120 La complexité des questions à résoudre dans le procès en responsabilité des organes peut nécessiter la réalisation d'une expertise. Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst) impose même au juge la nomination d'un expert lorsque le premier ne dispose pas des connaissances techniques lui permettant d'établir l'existence de certains faits [2567]. Dans le contexte qui nous intéresse, l'expertise entre en ligne de compte en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer le lien de causalité et le dommage dans le cadre de la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes.

1121 En principe, l'expertise ne répond qu'à des questions de fait [2568]. Lorsqu'il s'agit de procéder à une évaluation, la détermination de la méthode à appliquer est du ressort du juge ; l'application au cas d'espèce revient à l'expert. Le juge devra apprécier si la méthode choisie par l'expert est défendable, plausible et reconnue, si elle est appliquée dans des cas similaires et si elle a fait ses preuves par rapport aux méthodes alternatives et tient compte des particularités du cas d'espèce [2569]. En lien avec la détermination du dommage et du lien de causalité dans le contexte de la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes, la doctrine évoque ainsi la méthode du *capital asset pricing model* (CAPM) [2570], respectivement l'*event study* [2571].

1122 Le résultat de l'expertise judiciaire ne lie pas le juge [2572]. Toutefois, dans les domaines techniques, il ne peut s'écarter du résultat de l'expertise que pour des motifs impérieux, lorsque la validité de l'expertise est sérieusement mise en doute [2573].

2565 ATF 141 III 433, consid. 2.6.
2566 ATF 141 III 433, consid. 2.6.
2567 TF 4A_589/2008 du 12 mars 2009, consid. 4.2.1 ; BOHNET 2014a, N 1343.
2568 BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 9 ; ATF 130 I 337, consid. 5.4.1, JdT 2005 I 95.
2569 TF 4C.363/2000 du 3 avril 2001, consid. 3b (évaluation d'actions). Voir ég. TF 4A_96/2011 du 20 septembre 2011, consid. 5.4 s. (détermination du rapport d'échange ; art. 105 LFus) ; 4A_202/2014 du 18 février 2015, consid. 3.2 (évaluation d'un fonds de placement).
2570 N 238 *supra*.
2571 N 1099 *supra*.
2572 ATF 138 III 193, consid. 4.3.1, rés. JdT 2012 II 489.
2573 ATF 138 III 193, consid. 4.3.1, réf. JdT 2012 II 489 ; 133 II 384, consid. 4.2.3, JdT 2008 I 451 ; 130 I 337, consid. 5.4.2, JdT 2005 I 95 ; TF 4A_502/2013 du 18 février 2014, consid. 4.2 (vente d'actions).

4.2. Obligation de collaborer (art. 160 ss CPC)

4.2.1. Contenu de l'obligation de collaborer

a) En général

La loi protège la partie qui n'a pas directement accès aux moyens de preuve dont elle a besoin pour prouver le bien-fondé de sa prétention en instituant une obligation de collaborer des parties et les tiers. Ce principe de procédure est important dans le domaine de la responsabilité des dirigeants, les moyens de preuve pertinents étant typiquement détenus par le défendeur ou par la société, qui n'est pas nécessairement partie à la procédure. Il s'agit donc de déterminer quelles sont les obligations frappant ces personnes ainsi que les conséquences d'un refus de collaborer. L'art. 160 al. 1 CPC prévoit à cet égard que les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves. Ils ont notamment l'obligation de faire une déposition conforme à la vérité en qualité de partie ou de témoin (let. a) et de produire les titres requis, à l'exception des documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel ou un conseil en brevets au sens de l'art. 2 de la loi du 20 mars 2009 sur les conseils en brevets (let. b). 1123

b) Production des titres requis

L'obligation de produire les titres requis (art. 160 al. 1 let. a CPC) vise les titres en possession du tiers ou de la partie dont la collaboration est requise, ou que cette personne peut se procurer facilement [2574]. Cette condition sera notamment remplie pour tous les documents que la société a l'obligation de conserver [2575]. Ainsi, l'obligation de produire les titres interviendra notamment lorsque le demandeur requiert de la société la production de pièces comptables ou d'un procès-verbal de séances du conseil d'administration, la conservation de ces documents étant prescrite par la loi (art. 713 al. 3, 958*f* al. 1 CO [2576]. 1124

L'obligation de collaborer ne s'étend qu'aux titres dont la production a été requise. Une certaine précision est de mise dans la désignation de ceux-ci ; en effet, l'obligation de produire 1125

[2574] BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 22.
[2575] JUCKER 2015, N 478.
[2576] JUCKER 2015, N 478 ; GÄUMANN/MARGHITOLA 2011, N 9.

ne doit pas servir à des fins exploratoires *(fishing expedition)* [2577]. Afin de répondre à cette exigence, la partie qui requiert la collaboration de l'autre partie ou d'un tiers doit, d'une part, désigner avec une certaine précision les titres requis et, d'autre part, alléguer leur contenu.

1126 La désignation du titre dont la production est requise doit être suffisamment précise pour que la partie ou le tiers requis puisse savoir spécifiquement quelles pièces doivent être produites ou non [2578]. Cette exigence ne présuppose pas que chaque titre soit désigné individuellement ; il doit être permis de s'en tenir à une indication générique, « pour autant qu'elle permette de distinguer objectivement les pièces visées de celles qui ne le seraient pas, ce qui se fera par référence à un fait précis [...] ou à un groupe de faits liés à une période déterminée [...] » [2579]. Il peut ainsi suffire de requérir p. ex. la correspondance ou la comptabilité en lien avec une affaire déterminée [2580]. Il serait toutefois excessif de demander la production de toute la correspondance ou de toutes les pièces comptables de la société [2581].

1127 La production doit viser des pièces aptes à prouver l'état de fait contesté (art. 177 CPC) [2582]. La partie qui requiert la production d'un titre devra dès lors donner des indications quant à son contenu pour démontrer qu'il est pertinent [2583]. Pour autant, il serait excessif d'exiger qu'elle allègue et motive son contenu exact [2584].

c) Exception à l'obligation de produire les titres requis (art. 160 al. 1 let. b i. f. CPC)

1128 L'obligation de produire les titres requis (art. 160 al. 1 let. b CPC) ne s'étend pas à la correspondance entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel. Cette exception ne couvre que la correspondance concernant la

[2577] CPC-JEANDIN, art. 160 N 13 ; BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 24 ; MEIER 2012, p. 252 ; LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 741 ; WALDMANN 2009, p. 288. En procédure pénale : TF 1P.32/2005 du 11 juillet 2005, consid. 3.2 ; en procédure administrative : TF 8C_199/2010 du 23 mars 2011, consid. 5.2. ISAAK MEIER relativise ce principe, retenant que la procédure civile n'interdit pas l'obtention de moyens de preuve dont le requérant ne connaît pas le contenu (MEIER 2012, p. 252).

[2578] CPC-JEANDIN, art. 160 N 13 ; BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 23 ; ZPO Komm-Schulthess-HASENBÖHLER, art. 160 N 13 ; LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 740 ; sous la procédure civile zurichoise : ZR 1996 nº 62, consid. 5.3.

[2579] CPC-JEANDIN, art. 160 N 13. Dans le même sens : MEIER 2012, p. 252. Plus stricts (obligation de démontrer que les titres ne peuvent pas être désignés individuellement) : BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 23 ; GÄUMANN/MARGHITOLA 2011, N 15 ss.

[2580] CPC-JEANDIN, art. 160 N 13. Comp. TF 5A_171/2009 du 15 octobre 2009, consid. 3.5 ; MEIER 2012, p. 252. Plus stricts : LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 741.

[2581] BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 24 ; ZPO Komm-Schulthess-HASENBÖHLER, art. 160 N 13 avec réf. à ZR 1996 nº 62, consid. 5.3.

[2582] ZPO Komm-Schulthess-HASENBÖHLER, art. 160 N 13 ; GÄUMANN/MARGHITOLA 2011, N 11 ; voir ég. BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 160 N 16 : *« Rechtsschutzinteresse »*.

[2583] ZPO Komm-Schulthess-HASENBÖHLER, art. 160 N 13.

[2584] GÄUMANN/MARGHITOLA 2011, N 13 ; BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 24 ; voir la justification tirée du principe de la bonne foi en procédure, sans doute valable également sous le CPC, *in* ZR 1996 nº 62, consid. 5.3. Plus strict, apparemment : ZPO Komm-Schulthess-HASENBÖHLER, art. 160 N 13.

représentation à titre professionnel d'une partie ou d'un tiers (art. 160 al. 1 let. b i. f. CPC). L'activité d'administrateur d'un avocat n'est pas couverte [2585], pas plus que la correspondance d'un juriste d'entreprise [2586]. Dans ce cas, un refus de produire les titres requis doit pouvoir être justifié par un des motifs disposés aux art. 163 ss CPC.

4.2.2. Droit de refuser de collaborer (art. 163 ss CPC)

À certaines conditions, les parties et les tiers peuvent refuser de collaborer (art. 163 ss CPC). Cette réglementation est exhaustive : un refus de collaborer ne peut être justifié que s'il remplit l'une des conditions exposées aux art. 163 ss CPC [2587]. Si le refus de collaborer est justifié, le tribunal ne peut en inférer qu'un fait allégué est prouvé (art. 162 CPC). La loi prévoit des modalités différentes pour le refus de collaborer des parties (art. 163 s. CPC) et celui des tiers (art. 165 ss CPC). 1129

Avant d'entrer dans les détails sur les conditions du droit de refus des parties et des tiers, il faut déterminer comment doivent être qualifiés les différents acteurs pouvant entrer en jeu dans le cadre d'un procès en responsabilité des organes. Sont des parties au sens des art. 163 ss CPC le demandeur – qu'il s'agisse de la société ou d'un actionnaire – et le défendeur, ainsi que leurs consorts ; lorsque l'actionnaire agit pour le dommage de la société (art. 756 al. 1 CO), c'est à lui que revient la qualité de partie [2588]. Sont également traités comme des parties l'intervenant principal et l'accessoire [2589]. Le dénoncé ne devient partie qu'au moment où il intervient dans la procédure ou procède à la place du dénonçant (art. 79 al. 1 CPC). L'appelé en cause (art. 81 CPC) est une également une partie au sens des art. 160 ss CPC [2590]. Lorsque l'action en responsabilité est intentée par la société, les organes de celle-ci sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves (art. 159 CPC) : cette disposition vise en particulier les membres du conseil d'administration de la société, mais aussi les personnes chargées de la gestion [2591]. L'art. 159 CPC signifie en particulier que, lorsque la personne morale est partie au procès, ses organes peuvent être soumis à l'interrogatoire (art. 191 CPC) ou à la déposition (art. 192 CPC) et que les conséquences d'un refus de collaborer s'apprécient d'après l'art. 164 CPC [2592]. 1130

Sont des tiers les personnes qui ne remplissent pas la qualité de partie. Il en sera ainsi 1131

[2585] CPC-JEANDIN, art. 160 N 17 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 160 N 27. Comp. ATF 114 III 105, consid. 3.
[2586] HOPF 2012, p. 676, n. 7.
[2587] CPC-JEANDIN, art. 163 N 3 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 163 N 1.
[2588] BRACHER 2011, N 86 ; cet auteur retient cependant qu'en cas de *Prozessstandschaft*, la personne dont les droits sont invoqués doit également être traitée comme une partie (*idem*, N 91).
[2589] BK ZPO II-RÜETSCHI, Vorb. zu Art. 160-167, N 7 ; BRACHER 2011, N 88.
[2590] Pour le tout : BK ZPO II-RÜETSCHI, Vorb. zu Art. 160-167, N 7.
[2591] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 159 N 10. Voir ég. CPC-SCHWEIZER, ART. 159 N 15 SS. Seuls les organes exécutifs sont visés par cette disposition (BOHNET/JÉQUIER 2014, N 122).
[2592] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 159 N 14 s.

notamment de l'organe de révision, pour autant qu'il n'ait pas qualité de partie ou d'intervenant. Lorsque la société n'est pas partie au procès, l'art. 159 CPC ne s'applique pas. En effet, cette disposition découle du principe selon lequel la personne morale s'exprime par le biais de ses organes (art. 55 al. 1 CC) [2593] ; cette « identité » entre personne morale et organe n'existe pas lorsque c'est l'organe lui-même qui est partie au procès. Dès lors, si l'action en responsabilité est intentée par un actionnaire, la société et les organes qui n'ont pas été poursuivis doivent être traités comme des tiers. Cette règle vaut aussi bien lorsque l'action porte sur le dommage de l'actionnaire que lorsqu'elle est intentée pour le dommage de la société. Dès lors, la société et les organes non défendeurs peuvent être appelés à témoigner (art. 169 CPC) et un refus de collaborer injustifié de leur part aura les conséquences prévues à l'art. 166 CPC [2594].

a) Droit de refuser de collaborer des parties

aa) Motifs de refus

1132 Selon l'art. 163 al. 1 CPC, une partie peut refuser de collaborer lorsque l'administration des preuves pourrait exposer un de ses proches à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité civile (let. a) ou lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 CP (let. b). Les motifs de refus prévus à l'art. 163 al. 1 CPC sont absolus ; s'ils sont donnés, il n'y a pas lieu de procéder à une pesée entre l'intérêt garder le secret et celui à la manifestation de la vérité (comp. art. 163 al. 2 CPC).

1133 Les parties peuvent refuser de collaborer pour prémunir leurs proches contre une poursuite pénale ou une action en responsabilité civile. En revanches, elles ne peuvent pas se protéger elles-mêmes contre de telles conséquences (art. 163 al. 1 let. a CPC) [2595]. Cette disposition ne devrait pas typiquement s'appliquer dans le contexte de l'action en responsabilité des organes. En toute hypothèse, elle ne permettrait pas au défendeur de refuser de collaborer au motif qu'un autre organe ou la société pourraient voir leur responsabilité engagée, puisqu'il ne s'agit pas là de proches au sens de l'art. 165 al. 1 CPC.

1134 Les parties peuvent également refuser de collaborer dans la mesure où la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'art. 321 CP (art. 163 al. 1 let. b CPC) [2596]. L'art. 321 CP sanctionne notamment la violation du secret professionnel des avocats, défenseurs en justice, notaires et contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du CO. La partie qui a été déliée de son devoir de garder le secret ou qui est soumise à une obligation de dénoncer

[2593] Comp. Message CPC, p. 6925.
[2594] Voir N 1148 *infra*.
[2595] CPC-JEANDIN, art. 163 N 7.
[2596] L'art. 166 al. 1 let. c, d et e CPC protège les secrets de fonction ; ceux-ci ne sont pas typiques de l'action en responsabilité de l'administrateur, raison pour laquelle ils ne seront pas exposés ici.

peut refuser de collaborer à condition de rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 163 al. 1 let. b en relation avec l'art. 166 al. 1 let. b i. f. CPC). Le secret professionnel de l'avocat bénéficie d'une protection absolue, même lorsqu'il est soumis à l'obligation de dénoncer ou a été délié de son devoir. Toutefois, cette exception ne s'applique qu'aux faits concernant la relation avocat-client, ce qui exclut ceux relatifs à l'exercice d'un mandat d'administrateur [2597]. Le refus de collaborer fondé sur la punissabilité en vertu de l'art. 321 CP est explicitement exclu pour les réviseurs ; pour eux, il ne peut se fonder que sur l'art. 163 al. 2 CPC, respectivement l'art. 166 al. 2 CPC.

Les personnes qui ne peuvent pas se prévaloir d'un motif prévu à l'art. 163 al. 1 CPC doivent rendre vraisemblable un intérêt prépondérant à garder le secret pour justifier le refus de collaborer (art. 163 al. 2 CPC). Le cas échéant, le juge procède à une pesée d'intérêts. 1135

bb) Pesée d'intérêts en cas d'invocation d'un intérêt prépondérant à garder le secret

Les parties dépositaires de secrets protégés par la loi, mais non mentionnés à l'art. 163 al. 1 CPC peuvent refuser de collaborer si elles rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 163 al. 2 et 166 al. 2 CPC). Le texte de l'art. 163 al. 2 CPC, qui mentionne les « dépositaires » et non les « titulaires » de secrets (comp. art. 166 al. 2 CPC), rend manifeste qu'une partie ne peut invoquer qu'un secret visant à protéger des tiers [2598]. En toute hypothèse, un organe de gestion devrait pouvoir faire valoir un secret visant à protéger la société, p. ex. le secret de fabrication ou, pour autant qu'il soit jugé digne de protection, le secret des affaires. 1136

Au chapitre des secrets protégés par la loi, on mentionnera en particulier le secret bancaire (art. 47 LB), le secret d'affaires confié à une direction de fonds de placement collectif (art. 148 al. 1 let. k LPCC) et le secret de fabrication ou commercial au sens de l'art. 162 CP [2599]. Le secret de la révision (art. 730*b* al. 2 CO) est également soumis à l'art. 163 al. 2 CPC (art. 163 al. 1 let. b i. m. CPC) [2600]. Dans le contexte de l'art. 162 CP, le Tribunal fédéral définit le secret de fabrication et les secrets commerciaux comme suit : « 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, 1137

[2597] BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 163 N 26.

[2598] Cette interprétation découle de l'interdiction faite à la partie de refuser de collaborer pour se prémunir elle-même contre des poursuites (dans ce sens : BK ZPO II-SCHMID, art. 163 N 8 ; HOPF 2012, p. 678). *Contra* : CPC-JEANDIN, art. 163 N 18, pour qui la portée des art. 163 al. 2 et 166 al. 2 CPC est identique. Il y a eu là une correction heureuse du texte légal, la version soumise aux chambres et adoptée faisant état des « titulaires d'autres droits de garder le secret » (BO CE 2007 515).

[2599] BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 166 N 55.

[2600] HOPF 2012, p. 678.

et celles relatives à l'organisation, la calculation du prix, la publicité et la production »[2601]. Cette définition est *a priori* moins large que celle du secret des affaires, qui couvre, selon le Tribunal fédéral, « 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 »[2602]. L'opposabilité de secrets protégés par le droit privé, notamment l'obligation de discrétion du mandataire ou de l'administrateur (art. 717 al. 1 CO) est controversée[2603]. Il est à notre avis permis de l'admettre sur le principe, étant entendu que la nature du secret jouera un rôle sur le poids que le tribunal lui accordera lors de la pesée d'intérêts.

1138 Pour que le refus de collaborer soit considéré comme justifié, la personne qui s'en prévaut doit rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 163 al. 2 CPC). Si elle n'y parvient pas, elle doit collaborer à l'administration de la preuve sans restriction[2604]. Dans ce contexte, il faut relever que la protection des secrets visés par cette disposition a un caractère exceptionnel : elle ne doit être admise que si l'intérêt à la préservation du secret prévaut nettement sur l'intérêt à la manifestation de la vérité[2605]. De même, elle ne s'impose pas si des mesures au sens de l'art. 156 CPC sont aptes à garantir la protection des intérêts invoqués[2606]. Enfin, le refus de collaborer ne peut porter que sur les faits effectivement couverts par le secret invoqué[2607].

1139 Lorsqu'il s'agit de déterminer l'intérêt qui prévaut en lien avec la production de pièces comptables, on pourra se référer à l'interprétation de l'art. 963 aCO, abrogé à l'entrée en vigueur du CPC[2608], qui permettait au juge d'obliger toute personne astreinte à tenir des livres à produire, dans les contestations qui concernent l'entreprise, ses livres, ses pièces comptables et sa correspondance, à condition qu'un intérêt digne de protection soit démontré et que le juge estime cette production nécessaire à l'administration de la preuve. Cette disposition a été remplacée par le régime des art. 163 ss CPC ; il faut à notre avis retenir que la *ratio* sous-jacente à l'art. 963 aCO reste valable : puisque les comptes sont censés refléter fidèlement la situation économique de l'entreprise (art. 958 al. 1 CO), il y a un intérêt manifeste à ce qu'ils puissent être utilisés dans le cadre d'une procédure judiciaire[2609]. Dès lors, en présence d'un intérêt à l'administration de la preuve, celui à la préservation du

2601 ATF 103 IV 283, consid. 2b ; 109 Ib 47, consid. 5c.
2602 TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.2.
2603 *Pro* : ZPO Komm-Schulthess-163, art. 163 N 8d. *Contra* : HOPF 2012, p. 678 ; GÄUMANN/MARGHITOLA 2011, N 26.
2604 BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 163 N 20.
2605 HOPF 2012, p. 678 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 163 N 19 ; dans le même ZPO Komm-Schulthess-HASENBÖHLER, art. 163 N 14. *Contra* : CPC-JEANDIN, art. 164 N 21. Voir, en relation avec une action en contestation du rapport d'échange (art. 105 LFus), ATF 134 III 255, consid. 2.4 s.
2606 Comp. HOPF 2012, p. 678. Voir à ce sujet les N 1150 ss *infra*.
2607 BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 166 N 60.
2608 RO 2010 1739.
2609 CR CO II-TORRIONE, art. 964 N 2.

secret devrait rarement pouvoir s'opposer à la production de pièces comptables ou de la correspondance [2610]. Il n'est pas nécessaire que la société soit partie à la procédure pour que l'obligation de produire les pièces comptables et la correspondance s'applique [2611].

Sous l'empire de l'art. 963 aCO, il était par ailleurs admis que les procès-verbaux du conseil d'administration étaient soumis à l'obligation de production dans le cadre d'actions en responsabilité [2612]. Cette approche doit à notre sens garder sa validité sous l'empire du CPC [2613]. L'intérêt à la manifestation de la vérité devrait également prévaloir concernant les documents de travail internes et la correspondance [2614]. 1140

cc) Conséquences d'un refus injustifié

Les art. 163 ss CPC règlent exhaustivement le droit de refuser de collaborer à l'administration des preuves. Si une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC). Il s'agit d'une émanation du principe de la bonne foi (art. 52 CPC) [2615] ; celui-ci impose en effet aux parties de contribuer à la manifestation de la vérité [2616], notamment en offrant la preuve du contraire [2617]. La partie contre laquelle un droit est invoqué doit en particulier coopérer lorsque l'autre partie doit prouver un fait négatif [2618]. L'obligation de collaborer constitue une charge procédurale pour les parties, qui peuvent ainsi décider de ne pas produire de moyens de preuve, au risque d'affaiblir leur position dans le procès [2619]. 1141

Le juge a un large pouvoir d'appréciation dans la manière de tenir compte du refus de collaborer [2620]. Cette latitude peut aller jusqu'à tenir pour établis des faits non prouvés [2621]. 1142

[2610] Selon l'art. 963 aCO, la correspondance comprenait les lettres, les fax, les notes de dossier *(Aktennotizen)* et les documents internes en lien avec l'exploitation commerciale (BSK OR II-NEUHAUS/HUBER, 3e éd., art. 963 N 6). Les e-mails ne sont soumis à l'obligation de produire que dans la mesure où ils présentent un lien de connexité avec l'exploitation commerciale et sont aptes à démontrer le caractère approprié de la comptabilité, soit lorsqu'ils sont pertinents pour déterminer l'état de la fortune de l'entreprise et présentent un lien avec les comptes annuels *(ibidem)*.

[2611] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 82.

[2612] BÖCKLI 2009, § 13 N 155 ; PraxKomm VR-KRNETA, N 851 ; ZK-HOMBURGER, art. 713 N 340 ; BK-KÄFER, art. 957 N 200. D'un autre avis : BSK OR II-NEUHAUS/HUBER, 3e éd., art. 963 N 6. *Contra* : BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 28.

[2613] Dans le même sens : HOPF 2012, p. 679.

[2614] HOPF 2012, p. 679.

[2615] CPC-JEANDIN, art. 164 N 4.

[2616] Comp. ATF 135 III 112, consid. 4.1, JdT 2009 I 491 ; TF 4A_41/2011 du 27 avril 2011, consid. 2.11.

[2617] ATF 119 II 305, consid. 1b/aa.

[2618] ATF 106 II 29, consid. 2 ; TF 5C.13/2007 du 2 août 2007, consid. 5.1.

[2619] BK ZPO II-RÜETSCHI, Vorb. zu Art. 160-167, N 7 ; HOPF 2012, p. 676 ; voir ég. Message CPC, p. 6925.

[2620] CPC-JEANDIN, art. 164 N 6.

[2621] CPC-JEANDIN, art. 164 N 7 ; BSK ZPO-SCHMID, art. 164 N 2 ; HOPF 2012, p. 677 ; GASSER 2011, p. 888. Voir ég. Message CPC, p. 6926. Voir p. ex. OG ZH LB130016 du 5 février 2014, consid. 2c, confirmé in TF 4A_155/2014

Un fait ne saurait cependant être admis comme établi sur la seule base du refus de collaborer de la partie invitée à produire la preuve offerte [2622]. Le juge appréciera plutôt les conséquences du refus de collaborer en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce. Pour qu'un fait allégué puisse être admis sans la preuve apportée par l'autre partie, il faudrait en particulier que celle-ci soit en mesure de collaborer, que la preuve soit nécessaire ou du moins utile et que la partie frappée du fardeau de la preuve ne soit pas en mesure de l'apporter [2623]. Il faudra également tenir compte de la crédibilité des allégations de l'autre partie et des motifs de la partie qui refuse de collaborer [2624]. La violation du devoir de collaborer entre en ligne de compte là où la personne recherchée est plus proche de la preuve et que la loi ou les règles de la bonne foi imposent qu'elle contribue à la clarification de l'état de fait [2625].

1143 En matière de responsabilité des organes de gestion, le secret des affaires ne devrait qu'exceptionnellement justifier un refus de collaborer. En particulier, lorsque des décisions de gestion sont remises en cause, la fourniture de pièces documentant le processus décisionnel devrait en principe avoir un effet positif sur l'appréciation de la responsabilité de l'organe de gestion ; il est donc permis d'attendre de bonne foi une collaboration sérieuse du défendeur, en particulier par l'offre de la preuve du contraire. Il en va de même lorsqu'on reproche aux dirigeants une omission ; celle-ci étant un fait négatif, par nature difficile à prouver, il est permis d'attendre des défendeurs qu'ils fournissent des moyens de preuve à leur décharge.

b) Droit de refuser de collaborer des tiers

aa) Motifs de refus

1144 Les tiers qui présentent un lien personnel étroit (p. ex. par le mariage ou la parenté) avec l'une des parties peuvent refuser de collaborer entièrement à l'administration des preuves (art. 165 CPC). Cette disposition devrait rarement trouver application dans le cadre d'un procès en responsabilité des organes de gestion [2626]. On notera en particulier que la société ne peut pas avoir de proches au sens de cette disposition [2627].

1145 La collaboration peut également être refusée lorsque l'établissement des faits visés expose

du 5 août 2014 : décharge admise sur la base des allégations du défendeur, la demanderesse ayant failli à produire les procès-verbaux des assemblées générales où la décharge était censée avoir été octroyée.

[2622] ZPO Komm-Schulthess-HASENBÖHLER, art. 164 N 6. Trop catégorique à cet égard : MEIER 2012, p. 251.

[2623] CPC-JEANDIN, art. 164 N 8.

[2624] HOPF 2012, p. 677 ; voir OG ZH LB130016 du 5 février 2014, consid. 2c.

[2625] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 319 ; voir ég. ATF 115 II 1, consid. 4.

[2626] HOPF 2012, p. 676.

[2627] BOHNET/JÉQUIER 2014, N 127.

les tiers ou leurs proches à une poursuite pénale ou engage leur responsabilité civile (art. 163 al. 1 let. a et 166 al. 1 let. a CPC). Dans le contexte du procès en responsabilité des organes, cette disposition pourrait éventuellement être invoquée par des organes individuels contre qui le défendeur pourrait invoquer des prétentions récursoires (art. 759 al. 3 CO). La société pourrait s'en prévaloir en cas d'action d'un actionnaire au titre de son propre dommage, puisqu'elle répond vers l'extérieur des actes illicites de ses organes (art. 722 CO) ; un refus de collaborer devrait en revanche être exclu lorsque l'actionnaire agit pour le dommage de la société. En particulier, les organes par le biais desquels la société est censée exécuter son obligation de collaborer (art. 55 al. 1 CC) ne peuvent refuser de produire des pièces ou de témoigner sur des éléments qui les exposeraient eux-mêmes à une responsabilité [2628].

Les tiers, comme les parties, peuvent refuser de collaborer dans la mesure où la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'art. 321 CP (art. 166 al. 1 let. b CPC) ; à cet égard, il est permis de renvoyer aux développements relatifs à l'obligation de collaborer des parties [2629]. L'art. 166 al. 1 let. c, d et e CPC permet aux tiers de se prévaloir du secret de fonction des fonctionnaires et des ombudsmen ou des médiateurs, ainsi que du secret de la presse. 1146

bb) Pesée d'intérêts en cas d'invocation d'un intérêt prépondérant à garder le secret

Les titulaires de droits de garder le secret qui sont protégés par la loi et ne sont pas énumérés à l'art. 166 al. 1 CPC peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (166 al. 2 CPC). Pour que le refus de collaborer soit admis, la personne qui s'en prévaut doit rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 166 al. 2 CPC). Il est permis à cet égard de renvoyer aux développements relatifs à la pesée d'intérêts en cas d'invocation d'un secret au sens de l'art. 163 al. 2 CPC par une partie [2630]. 1147

cc) Conséquences d'un refus injustifié

Lorsqu'un tiers refuse de manière injustifiée de collaborer, le tribunal peut (art. 167 al. 1 CPC) : lui infliger une amende d'ordre de 1000 francs au plus (let. a) ; le menacer de prendre les sanctions prévues à l'art. 292 CP (insoumission à une décision de l'autorité, punie par une amende) (let. b) ; ordonner la mise en œuvre de la force publique ou mettre les frais causés par le refus de collaborer à la charge du tiers (let. c) ; mettre les frais causés par le refus de collaborer à la charge du tiers (let. d). Les mêmes conséquences sont encourues en cas de défaut du tiers (art. 167 al. 2 CPC). Contrairement à celle des parties, l'obligation de collaborer 1148

[2628] BOHNET/JÉQUIER 2014, N 139.
[2629] N 1134 *supra*.
[2630] N 1136 ss *supra*.

des tiers peut ainsi faire l'objet d'une exécution forcée [2631]. L'amende d'ordre et la menace de sanction pénale sont des moyens de contrainte indirects qui visent à inciter le tiers à exécuter son obligation de collaborer [2632].

1149 Par la mise en œuvre de la force publique, on entend une « mesure d'exécution forcée relevant de la contrainte directe », tendant à accomplir l'acte demandé par le tribunal par l'autorité [2633]. On peut imaginer à ce titre la participation de la police pour saisir des documents que le tiers refuse de produire ou l'ouverture de conteneurs ou de locaux [2634]. La mise en œuvre de la force publique doit respecter le principe de la proportionnalité [2635]. Le refus de collaborer d'un tiers n'est en revanche pas pris en compte dans l'appréciation de la preuve.

4.3. Protection des intérêts des parties et de tiers (art. 156 CPC)

1150 Lorsque la procédure probatoire requiert la production de documents ou la divulgation d'informations internes à la société, le secret des affaires peut être mis en péril. Ce risque est particulièrement important lorsque l'action est intentée par un actionnaire, celui-ci n'ayant pas d'obligation de loyauté envers la société (art. 680 al. 1 CO). À cet égard, l'art. 156 CPC dispose 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. Cette disposition s'applique là où il n'existe pas de droit de refuser de collaborer à l'administration de la preuve (art. 163 ss CPC). En lien avec la protection des intérêts des parties, la jurisprudence retient que le 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 » [2636]. La définition est dès lors plus large que le secret de fabrication et commercial au sens de l'art. 162 CPC.

1151 Les mesures nécessaires à la protection des intérêts des parties et de tiers sont en principe ordonnées sur requête d'une partie ou d'un tiers [2637]. La partie qui se prévaut d'un intérêt digne de protection doit motiver l'existence de celui-ci [2638]. En présence d'une requête tendant à la protection des intérêts d'une partie, le juge doit procéder à une pesée d'intérêts

[2631] BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 167 N 2.
[2632] BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 167 N 5 et 8.
[2633] CPC-JEANDIN, art. 167 N 5.
[2634] BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 167 N 12 ; BRACHER 2011, N 485.
[2635] CPC-JEANDIN, art. 167 N 5 ; comp. TREZZINI 2011, N 39 concernant l'exécution de jugements condamnatoires.
[2636] TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.2 ; voir ég. la définition de MAROLDA MARTÍNEZ 2006, p. 154.
[2637] BOHNET 2014a, N 1366 ; HOPF 2012, p. 677.
[2638] ATF 134 III 255, consid. 5 ; TF 4A_64/2011, 4A_210/2011 du 1er septembre 2011, consid. 3.3. ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 156 N 18. Voir cependant CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 8 : rendre vraisemblable.

entre l'atteinte au droit d'être entendu de la partie et l'intérêt à la préservation du secret [2639]. La prépondérance du droit au secret doit en principe être admise avec réserve [2640].

L'art. 156 CPC ne permet pas de renoncer entièrement à l'administration de la preuve, mais seulement à mettre en place des mesures propres à garantir la protection des intérêts mis en danger. Celles-ci doivent respecter le principe de proportionnalité [2641]. Au titre des mesures envisageables, on citera une administration des preuves en l'absence de l'une ou des deux parties ; le caviardage de documents ou la limitation de l'accès à certaines parties du dossier [2642]. Au titre de la protection des intérêts légitimes de la société, il est ainsi possible de prévoir la production d'extraits notariés du procès-verbal d'une séance du conseil d'administration [2643]. 1152

5. Preuve à futur (art. 158 CPC)

Dans certaines circonstances, il peut se justifier d'administrer une preuve en dehors d'un procès pendant, pour des motifs d'urgence ou d'économie de procédure. Selon l'art. 158 al. 1 CPC, le tribunal administre les preuves en tout temps lorsque la loi confère le droit d'en faire la demande (let. a) ou lorsque la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant (let. b). Cette disposition permet au juge d'administrer une preuve en dehors d'une procédure, sans respecter les délais normaux [2644]. Il s'agit d'une forme de mesure provisoire ; à ce titre, le dépôt d'une requête de preuve à futur n'interrompt pas la prescription et ne crée pas la litispendance [2645]. 1153

L'art. 158 al. 1 let. a CPC vise les règles de droit matériel instituant un droit au renseignement, à la production ou à la constatation d'un état de fait [2646]. Cette disposition vise notamment les droits aux renseignements et au contrôle spécial [2647]. Relevons toutefois que le droit à l'information des actionnaires ne tend pas à l'administration d'une preuve et que la 1154

[2639] BOHNET 2014a, N 1366.
[2640] TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.2.
[2641] Message CPC, p. 6924 ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 156 N 18.
[2642] BOHNET 2014a, N 1366 ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 156 N 14 ; CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 12 ss ; HOPF 2012, p. 677 s.
[2643] PraxKomm VR-KRNETA, p. 852.
[2644] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 1 ; CPC-SCHWEIZER, art. 158 N 4 ; BSK ZPO-GUYAN, art. 158 N 1.
[2645] FELLMANN 2010, p. 110 ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 2.
[2646] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 6.
[2647] Comp. BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 7. Le contrôle spécial est une forme particulière de preuve à futur réglée dans le code des obligations (N 694 *supra*).

procédure de contrôle spécial obéit à des règles formelles propres (voir les art. 697*a* ss CO) [2648].

1155 L'art. 158 al. 1 let. b CPC, première hypothèse, permet d'administrer une preuve lorsqu'elle sera impossible ou très difficile à administrer plus tard ou qu'une administration ultérieure semble au moins menacée [2649]. Cette disposition devrait jouer un rôle limité dans le procès en responsabilité des dirigeants dans la mesure où la société a un devoir de conserver les livres comptables et les dossiers des organes dirigeants (art. 958*f* al. 1 CO). En toute hypothèse, l'absence de pièces à la conservation desquelles la société est tenue par la loi peut avoir des conséquences sévères pour les dirigeants au moment de l'appréciation des preuves, puisque l'obligation de conserver les livres relève des attributions du conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO) [2650].

1156 L'art. 158 al. 1 let. b CPC autorise la preuve à futur lorsqu'un intérêt digne de protection du requérant le justifie. À ce titre, il est admis que la preuve à futur peut servir à l'appréciation des chances de succès d'une procédure. Cette possibilité a son importance dans le procès en responsabilité des organes en raison des incertitudes auxquelles le demandeur peut devoir faire face en ce qui concerne l'accès aux moyens de preuve pertinents.

5.1. Preuve à futur comme moyen d'apprécier les chances de succès d'une procédure

5.1.1. Conditions en général

1157 La preuve à futur et autorisée dans le but d'apprécier les chances de succès d'une procédure [2651]. Selon le Message relatif au code de procédure civile, elle doit, dans ce cadre, au moins permettre d'éviter les procès dénués de chances de succès [2652]. Comprise ainsi, cette procédure doit permettre à la partie qui requiert la preuve à futur d'éviter les frais liés à une perte du procès causée par des difficultés de preuve [2653]. En réalité, l'objet de la preuve à futur est plus large : elle doit non seulement permettre de filtrer les procédures sans avenir, mais aussi d'évaluer les chances de succès, la disponibilité de moyens de preuve et l'étendue

[2648] Voir à ce sujet les N 662 ss ci-devant.
[2649] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 8 ; BOHNET 2014a, N 1479 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 18 N 148 ; FELLMANN 2010, p. 101.
[2650] Voir N 1071 *supra*.
[2651] ATF 140 III 16, consid. 2.2.1 ; GUYAN 2015, p. 273 ; MEIER 2012, p. 251 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 940.
[2652] Message CPC, p. 6925. Critique : CPC-SCHWEIZER, art. 158 N 14.
[2653] BK ZGB-WALTER, art. 8 N 315. Voir ég. FELLMANN 2010, p. 102.

des prétentions [2654]. Elle peut aussi fournir une base à la conclusion de transactions avant la procédure [2655].

Lorsqu'elle est requise dans le but de clarifier les chances de succès d'une demande, la preuve à futur ne sera admise que si un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant (art. 158 al. 1 let. b CPC). 1158

a) « Intérêt digne de protection »

Le Tribunal fédéral retient que l'intérêt à clarifier la situation en matière de preuve n'est digne de protection que s'il est mis en relation avec une prétention matérielle concrète [2656]. Le requérant doit dès lors rendre vraisemblable l'existence d'un état de fait sur lequel il peut fonder une prétention contre le requis et qu'il serait en mesure de prouver à l'aide du moyen de preuve dont l'administration à futur est requise [2657]. 1159

Pour que l'intérêt à la clarification des chances de succès d'un procès soit admis, la preuve à futur doit répondre à un critère de nécessité [2658]. Celui-ci doit être nié si la prétention invoquée peut être tranchée sans administration de la preuve requise, p. ex. parce que l'état de fait invoqué n'est pas contesté ou parce qu'il est suffisamment établi par d'autres moyens de preuve [2659]. L'intérêt à l'administration de la preuve doit par ailleurs être admis si, en l'absence de preuve à futur, le requérant ne peut qu'estimer vaguement ses chances de succès [2660]. Précisons encore qu'on ne saurait nier l'intérêt digne de protection à la preuve à futur en se référant à la possibilité d'intenter une action non chiffrée [2661]. En matière de responsabilité civile, la possibilité de s'en remettre au juge pour chiffrer le dommage (art. 42 al. 2 CO) s'accompagne du devoir de faire tout ce qui peut raisonnablement être exigé pour faciliter l'estimation de celui-ci [2662]. 1160

La preuve requise doit également être apte à prouver l'état de fait allégué [2663]. Selon la 1161

[2654] ATF 140 III 24, consid. 2.3.3 ; 140 III 16, consid. 2.5 ; MEIER 2014, p. 312 ; GUYAN 2015, p. 273.
[2655] ATF 140 III 24, consid. 3.3.3 ; GUYAN 2015, p. 273 ; DOMEJ 2014, p. 71 ; MEIER 2014, p. 312.
[2656] ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; 138 III 76, consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228 ; TF 4A_322/2012 du 21 février 2012, consid. 2.2.1 ; 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 943.
[2657] ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; 138 III 76, consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228.
[2658] ATF 140 III 16, consid. 2.5.
[2659] ATF 140 III 24, consid. 3.3.1 ; TF 4A_118/2012 du 19 juin 2012, consid. 2.2 ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 10 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 943. L'existence d'une expertise privée, qui n'a en principe pas valeur de preuve, ne suffit pas à nier l'intérêt digne de protection (ATF 140 III 24, consid. 3.3.3 ; MEIER 2014, p. 315 ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 11).
[2660] ATF 140 III 24, consid. 3.3.3 ; 140 III 16, consid. 2.5 ; est digne de protection non seulement l'intérêt à *estimer* ses chances de succès, mais aussi celui à les *évaluer* avec une certaine précision (en détail : GUYAN 2015, p. 276 ss).
[2661] KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 943.
[2662] N 1091 *supra*.

jurisprudence, il suffit à cet égard que le moyen de preuve requis puisse servir à prouver les faits à la base de la prétention invoquée [2664]. Ce critère ne doit donc pas s'apprécier avec une rigueur excessive [2665]. En effet, la preuve à futur est nécessaire justement parce que le requérant n'est pas sûr de pouvoir prouver l'état de fait allégué avec le moyen de preuve requis ; pour autant que le moyen de preuve soit apte à écarter cette incertitude, il doit être admis [2666]. Le critère de l'aptitude devrait être exclu uniquement lorsque le moyen de preuve n'est manifestement pas apte à prouver les faits à la base de la prétention invoquée [2667].

b) « Rendu vraisemblable »

1162 L'existence de l'intérêt digne de protection à l'administration de la preuve à futur doit être démontré par le requérant. Pour ce faire, il doit rendre vraisemblable l'existence d'un état de fait sur la base duquel il fonde une prétention de droit matériel contre la partie adverse et dont la preuve peut être apportée par le moyen de preuve à administrer [2668]. À cet égard, TANJA DOMEJ précise qu'il ne s'agit pas de rendre vraisemblable que le requérant est titulaire de la prétention, mais plutôt que l'état de fait en lien avec celle-ci est ou peut être contesté et que ce litige est susceptible d'être tranché à l'aide de la preuve requise [2669]. Conformément aux principes généraux relatifs au degré de preuve, il faut apporter des éléments parlant pour l'existence des faits allégués ; la vraisemblance est admise même lorsque le juge compte encore avec la possibilité que les faits se soient déroulés autrement qu'allégué par le requérant [2670]. Cependant, le but de l'art. 158 al. 1 let. b CPC serait prétérité s'il fallait rendre vraisemblable les faits que le requérant entend établir à l'aide de la preuve requise. Dès lors, si celle-ci constitue l'unique moyen pour le requérant de prouver sa prétention, il peut se limiter à alléguer de manière circonstanciée l'existence des faits sur lesquels elle se base [2671]. Compte tenu du fait que la requête de preuve à futur tend à l'administration d'une

[2663] ATF 140 III 24, consid. 3.3.3 ; 140 III 16, consid. 2.5 ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 10 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 942.

[2664] ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; 138 III 76, consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228.

[2665] TF 4A_322/2012 du 21 février 2012, consid. 2.2.1 ; 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1 ; MEIER 2014, p. 315 ; LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 942.

[2666] FELLMANN 2010, p. 102.

[2667] TF 4A_322/2012 du 21 février 2012, consid. 2.2.1 ; 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 942 ; LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743.

[2668] ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; 138 III 76, consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228 ; TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1 (en français) ; 4A_322/2012 du 21 février 2012, consid. 2.2.1 ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 13. *Contra* : LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 742 s., pour qui la vraisemblance de l'existence d'une prétention ne peut pas être exigée.

[2669] DOMEJ 2014, p. 77.

[2670] ATF 132 III 715, consid. 3.1, JdT 2009 I 183. Comp. CPC-SCHWEIZER, art. 157 N 21 : « à première vue les choses auraient très bien pu se passer comme l'allègue le requérant ».

[2671] ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; 138 III 76, consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228 ; TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1 (en français).

preuve hors procédure et non à l'examen du bien-fondé de la prétention, les exigences en matière de vraisemblance ne doivent pas être trop élevées [2672].

Pour autant que la vraisemblance de la prétention principale ait été établie, respectivement alléguée de manière circonstanciée, la jurisprudence retient que la démonstration de l'existence d'un intérêt digne de protection ne doit pas être soumise à des exigences trop sévères [2673]. Il doit en principe uniquement être nié lorsqu'il fait manifestement défaut, ce qui peut notamment être le cas lorsque le moyen de preuve n'est clairement pas approprié [2674]. Pour le requérant qui cherche à surmonter une asymétrie de l'information, cela signifie que la preuve de l'existence d'un intérêt digne de protection ne devrait pas être trop difficile à apporter [2675]. S'il parvient à établir un lien avec un acte de gestion concret, p. ex. une transaction ou une décision d'investissement, un actionnaire qui requiert la production de pièces comptables, de procès-verbaux du conseil d'administration ou de dossiers de la société en lien avec une prétention en réparation de la société ne devrait pas avoir trop de peine à démontrer que ces pièces sont susceptibles de confirmer ou d'infirmer le manquement soupçonné. 1163

5.1.2. Procédure

En ce qui concerne la procédure, l'art. 158 CPC renvoie aux règles applicables aux mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC). C'est donc la procédure sommaire qui s'applique (art. 248 let. d CPC) [2676]. 1164

La compétence locale pour connaître d'une requête de preuve à futur est donnée par l'art. 13 CPC, par le renvoi de l'art. 158 al. 2 CPC : le tribunal compétent pour ordonner l'administration de la preuve à futur est le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (let. a) – soit le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou du siège de la société (art. 40 CPC) [2677] – ou le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b), qui sera en principe le siège de la société s'il s'agit d'obtenir la production de pièces internes, sinon le domicile ou le siège du défendeur. La compétence matérielle est déterminée par le droit cantonal [2678]. 1165

L'administration d'une preuve à futur n'est soumise à aucun délai. Par ailleurs, elle peut être 1166

[2672] ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; TF 4A_225/2013 du 14 novembre 2013, consid. 2.2.2 ; TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1 (en français) ; 4A_322/2012 du 21 février 2012, consid. 2.2.1 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 941 ; FELLMANN 2010, p. 104 ; ainsi, la jurisprudence se laisse sans doute

demandée aussi bien lorsqu'un litige est pendant qu'en l'absence de litispendance [2679].

1167 La requête obéit aux formes prévues pour les mesures provisionnelles (art. 252 CPC ; voir ég. art. 130 CPC). Dans son écriture, le requérant doit fournir les indications nécessaires à l'égard de l'état fait et préciser la mesure dans laquelle la preuve requise doit être administrée [2680]. Ainsi, si le requérant demande une expertise, il lui incombe de préciser les questions qu'il faudra poser à l'expert [2681]. En principe, l'interdiction de requêtes purement exploratoires impose de désigner de la manière la plus précise possible les documents visés [2682]. Toutefois, puisque l'examen de la requête de preuve à futur n'implique pas d'apprécier le bien-fondé de la prétention au fond, le juge doit uniquement déterminer si le moyen de preuve requis permet d'évaluer les chances de succès d'un procès portant sur la prétention invoquée [2683].

1168 Par conséquent, les exigences en matière de désignation des titres peuvent être moins strictes que dans le cadre de la procédure principale [2684] : il ne faut pas partir du principe que le requérant connaît l'existence des titres et de leur contenu, mais bien qu'il est dans le flou sur ces points [2685] ; si le contenu du titre était connu, le requérant n'en aurait pas besoin pour apprécier ses chances de succès. Dès lors, le requérant n'a pas à alléguer que le titre a un contenu dont il résulte qu'il est titulaire de la prétention invoquée, mais simplement que le titre contient des informations pertinentes pour apprécier l'existence d'une prétention. En matière de responsabilité des organes, ce critère devrait facilement être rempli lorsque la requête de preuve à futur vise la production d'actes internes en lien avec la gestion. En raison de l'obligation de documenter le processus décisionnel (art. 713 al. 3 CO) et de conserver les livres, de conserver les livres (art. 958*f* CO), il est permis de partir du principe que les pièces

concilier avec les critiques formulées *in* LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 742 s.

2673 ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1.

2674 TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1.

2675 Comp. LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 742.

2676 BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 20.

2677 Voir N 769 ss *supra*.

2678 Art. 4 CPC.

2679 BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 3.

2680 TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.2 ; 4A_322/2012 du 21 février 2012, consid. 2.2.2 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 942.

2681 TF 4A_322/2012 du 21 février 2012, consid. 2.1.2.

2682 KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 942.

2683 KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 942. *Contra* : ZPO Komm-Schulthess-FELLMANN, art. 158 N 31, qui exige la vraisemblance de l'existence d'un devoir de renseigner ou de produire des titres de droit matériel.

2684 KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 942. BEAT JUCKER relève que, dans le contexte de la preuve à futur, on ne pourra généralement pas raisonnablement attendre du requérant qu'il désigne et décrive précisément les titres dont la production est requise (JUCKER 2015, N 494). *Contra* : ZPO Komm-Schulthess-FELLMANN, art. 158 N 31b ; DOMEJ 2014, p. 87 et LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743, qui retiennent toutefois que le requérant n'a pas à alléguer le contenu des titres requis.

2685 JUCKER 2015, N 494 ; MEIER 2014, p. 314 ; LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743.

attestant de la qualité de la gestion existent et sont susceptibles d'apporter la lumière sur la manière dont les organes de gestion ont exécuté leurs devoirs.

Par ailleurs, le requérant doit pouvoir s'en tenir à une désignation générique des documents requis, pour autant qu'un lien avec la prétention invoquée soit suffisamment établi, p. ex. en restreignant la requête aux titres concernant une affaire ou une période déterminée [2686]. En effet, comme le retient la jurisprudence, l'intérêt digne de protection à la preuve à futur doit être admis largement si l'existence d'une prétention a été rendue vraisemblable, respectivement alléguée de manière circonstanciée en ce qui concerne les faits visés par la requête de preuve à futur [2687]. Cette souplesse doit se répercuter sur les exigences quant à la précision de la désignation des titres requis : ils sont suffisamment déterminés si leur lien avec la prétention concrète est établi, même s'ils sont désignés de manière générique [2688]. La partie requise ne peut toutefois pas être obligée à procéder à des investigations internes pour identifier la prétention pertinente et les pièces qui s'y rapportent [2689]. 1169

La partie adverse du futur procès doit avoir l'occasion de se déterminer par écrit sur la mesure de preuve à futur (art. 253 CPC). Le requis peut contester l'intérêt digne de protection, mais aussi participer à l'administration de la preuve (art. 155 al. 3 CPC) et demander l'extension de l'administration de la preuve à d'autres faits, p. ex. en formulant des questions complémentaires à l'intention de l'expert (art. 185 al. 2 CPC) [2690]. 1170

Si les conditions de l'administration d'une preuve à futur sont remplies, elle est administrée selon les règles applicables à la procédure de preuve ordinaire [2691]. Le juge rend une ordonnance de preuve (art. 154 CPC) et invite les deux parties à l'administration de la preuve (voir art. 155 al. 3 CPC). Tous les moyens de preuve sont en principe admissibles, à l'exception de la déposition [2692]. Les modalités, en particulier le devoir de collaborer des parties, sont les mêmes que pour la procédure probatoire ordinaire [2693]. Au stade de la procédure de preuve à futur, la preuve ne fait pas encore l'objet d'une appréciation par le juge [2694]. Dès lors, le refus 1171

[2686] Comp. les exemples suivants : MEIER 2014, p. 314 : production de la correspondance relative à un ouvrage défectueux ; LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743 : production des postes du compte « honoraires » concernant un gérant soupçonné de malversations. Dans le même sens : SCHMID 2015, p. 634 ; DOMEJ 2014, p. 88.

[2687] TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 7.1.1.

[2688] Comp. TF 4A_269/2011 du 10 novembre 2011, consid. 3.3.1, requête trop imprécise car portant potentiellement sur l'ensemble de l'activité de gestion d'une personne plutôt qu'une activité concrète pouvant être prouvée à l'aide des titres requis.

[2689] LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743.

[2690] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 23 ; FELLMANN 2010, p. 105 ; TF 4A_322/2012 du 21 février 2012, consid. 2.5.

[2691] KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 946.

[2692] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 16 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 945 ; voir toutefois FELLMANN 2010, p. 106, pour qui la production de titres hors procédure ne peut reposer que sur un droit à l'information matériel.

[2693] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 19 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 945.

[2694] BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 158 N 28.

d'une partie de collaborer à la preuve à futur ne peut pas être pris en compte en application de l'art. 164 CPC [2695]. Cela signifie que l'antagoniste au procès ultérieur pourrait refuser de collaborer à la preuve à futur sans s'exposer à une sanction immédiate [2696]. En revanche, les mesures prévues à l'art. 167 CPC devraient s'appliquer aux tiers [2697].

5.2. Importance

1172 En matière de responsabilité civile, le principal avantage de la procédure de preuve à futur semble être de permettre aux parties d'obtenir la réalisation d'une expertise judiciaire hors procédure [2698]. En effet, lorsque le sort d'un litige dépend grandement du résultat d'une expertise, la preuve à futur permet aux parties d'obtenir une expertise à valeur probante tout en limitant leurs frais [2699]. Dans le contexte qui nous intéresse, cette possibilité doit entrer en ligne de compte en particulier lorsque des investisseurs souhaitent faire valoir une responsabilité fondée sur la diffusion d'informations inexactes ; les faits pertinents pour apprécier le dommage et le lien de causalité ne pourront souvent être établis qu'à l'aide d'une expertise [2700].

1173 En revanche, il paraît difficile d'exploiter la preuve à futur pour accéder aux moyens de preuve dont dispose l'autre partie [2701]. En effet, l'obligation de rendre vraisemblable l'existence d'une prétention et de désigner précisément les moyens de preuve dont l'administration est requise semblent notamment exclure la production d'un grand nombre de titres dans le but de préparer un procès [2702]. Relevons toutefois que la jurisprudence n'impose pas d'exigences trop sévères à la démonstration de l'intérêt digne de protection si le requérant parvient à rendre vraisemblable l'existence d'une prétention litigieuse [2703]. De fait, l'intérêt à l'administration de la preuve ne doit être nié que si le moyen de preuve requis est manifestement inapte à prouver les faits allégués [2704]. Il doit dès lors être possible de formuler une requête de production de manière assez large, pour autant que les moyens de preuve requis se rapportent à une affaire précise [2705].

1174 Le potentiel de la preuve à futur pour obtenir des moyens de preuve se trouvant dans la sphère de la partie requise est surtout limité par le fait que les parties peuvent refuser de collaborer à

[2695] KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 948.
[2696] ZPO Komm-Schulthess-FELLMANN, art. 158 N 30 ; SCHMID 2015, p. 629 ; LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743.
[2697] KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 948.
[2698] MEIER 2014, p. 310 ; FELLMANN 2010, p. 102 ; voir p. ex. ATF 140 III 24, consid. 3.3.3.
[2699] FELLMANN 2010, p. 111 s.
[2700] Voir en particulier les N 1097 ss *supra*.
[2701] LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743.
[2702] LIVSCHITZ/SCHMID 2011, p. 743 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 948.
[2703] N 1162 *supra*.
[2704] N 1161 *supra*.
[2705] N 1167 *supra*.

l'administration de la preuve sans que cela ne porte immédiatement à conséquence. En effet, au stade de la preuve à futur, le juge ne procède pas encore à une appréciation des moyens de preuve, au cours de laquelle il pourrait tenir compte du refus de collaborer injustifié d'une partie (art. 164 CPC) [2706]. Si une partie refuse de collaborer à la preuve, elle pourra éventuellement être condamnée à supporter les frais causés en application de l'art. 108 CPC ou de devoir prendre à sa charge les frais du procès au fond même si elle a gain de cause (art. 107 CPC). En revanche, sa position dans le litige n'est pas affaiblie puisqu'elle pourra toujours exécuter son obligation de collaborer dans le cadre de la procédure principale [2707].

Dans le contexte qui nous intéresse, cela signifie qu'un actionnaire qui envisage d'agir en responsabilité pourra difficilement forcer le potentiel défendeur à produire les moyens de preuve dont il dispose, p. ex. des procès-verbaux des séances du conseil d'administration, de la correspondance ou des pièces comptables. Toutefois, nous considérons que la société est un tiers à la procédure opposant un actionnaire et un organe de gestion, même si c'est le dommage social qui est jeu (art. 756 al. 1 CO). Le cas échéant, un actionnaire pourrait requérir par voie de preuve à futur la production de pièces se trouvant au sein de la société et obtenir l'exécution forcée d'une ordonnance de preuve tendant à la production de titres (art. 167 CPC) [2708]. Cette possibilité est particulièrement intéressante dans la mesure où le devoir de collaborer de la société doit être admis largement lorsqu'il a pour objet la production de pièces comptables et d'actes internes du conseil d'administration dans le contexte d'une action en responsabilité [2709]. Les mêmes principes doivent s'appliquer dans le cadre de la procédure de preuve à futur. Ainsi, pour autant que le requérant parvienne à rendre vraisemblable des faits sur lesquels il peut baser une prétention en responsabilité, la preuve à futur pourrait même permettre de découvrir des éléments nouveaux [2710]. 1175

À notre sens, l'intérêt à l'administration de la preuve peut également être admis lorsque l'étendue du devoir de collaborer n'est pas claire dans le cas concret. Le requérant peut ainsi avoir un intérêt à être fixé sur l'existence et la pertinence d'éventuels motifs justifiant un refus de collaborer d'une partie ou d'un tiers, typiquement le secret des affaires. 1176

Dans le contexte de l'action en responsabilité des organes de gestion, on peut encore se demander comment s'articulent la preuve à futur et le droit des actionnaires à l'information, en particulier le droit au contrôle spécial. Dans la mesure où ces procédures peuvent tendre toutes deux à la collecte de renseignements afin de préparer un procès, on peut en particulier s'interroger sur une éventuelle subsidiarité de la procédure de preuve à futur, ce d'autant plus que nous considérons que le contrôle spécial constitue une forme particulière de 1177

[2706] SCHMID 2015, p. 629 ; BK ZPO I-RÜETSCHI, art. 158 N 28.
[2707] ZPO Komm-Schulthess-FELLMANN, art. 158 N 30 ; SCHMID 2015, p. 629 s ; DOMEJ 2014, p. 87 ; KILLIAS/KRAMER/ROHNER 2011, p. 947 s.
[2708] SCHMID 2015, p. 635.
[2709] N 1139 s. *supra*.
[2710] Dans ce sens : MEIER 2014, p. 316.

preuve à futur réglée dans le code des obligations [2711]. La nature et les modalités de ces institutions sont à notre avis trop différentes pour considérer les art. 697*a* ss CO comme une *lex specialis* de l'art. 158 CPC ; alors que le contrôle spécial vise la réalisation d'une enquête tenant compte des intérêts particuliers en jeu au sein de la société anonyme, la procédure de preuve à futur ne connaît pas de limitation des moyens de preuve ; qui plus est, les conditions d'admission sont différentes puisque l'art. 697*b* al. 2 CO exige la vraisemblance d'une violation dommageable alors que la partie qui requiert la preuve à futur peut être dispensée de rendre vraisemblable l'existence de sa prétention si seul le moyen de preuve requis est à même de démontrer cette vraisemblance [2712]. En toute hypothèse, les prérogatives d'investigation du contrôleur spécial sont plus étendues que celles de l'expert judiciaire puisqu'il n'est pas lié par les art. 163 s. et 165 ss CPC relatifs au droit de refuser de collaborer des parties et des tiers [2713]. Il s'agira donc de la voie à privilégier en pratique.

1178 La preuve à futur peut cependant être exploitée par le requérant qui n'atteint pas le seuil prévu à l'art. 697*b* al. 1 CO ou lorsque la condition de subsidiarité prévue pour le contrôle spécial n'est pas remplie [2714]. Le cas échéant, l'intérêt de la preuve à futur résidera à notre avis plutôt dans la production de titres par la société, p. ex. des pièces comptables, de la correspondance ou des dossiers du conseil d'administration que dans la réalisation d'une expertise.

6. Conclusion intermédiaire

1179 L'étude du fardeau de la preuve en matière de responsabilité des dirigeants montre que la jurisprudence est réticente à instaurer des présomptions spécifiques à la responsabilité des dirigeants. A cet égard, les art. 752 ss CO obéissent ainsi aux principes généraux du droit de la responsabilité civile. Pourtant, il semble établi que la preuve de certaines conditions de la responsabilité reste difficile à apporter pour le demandeur, puisqu'il a un accès restreint aux documents internes de la société [2715]. Néanmoins, cette asymétrie de l'information n'a pas d'influence déterminante sur la répartition du fardeau de la preuve, ni sur le degré de preuve exigé. Dans la systématique du CPC, elle est réglée par l'obligation des parties et des tiers de participer à la procédure probatoire (art. 160 ss CPC).

1180 *De lege ferenda*, on pourrait envisager un renversement du fardeau de la preuve du manquement aux devoirs dans le contexte des décisions de gestion. On pourrait alternativement prévoir que le demandeur doit simplement alléguer de manière circonstanciée les faits

[2711] N 694 *supra*.
[2712] Voir le N 1162 ci-dessus.
[2713] Voir en détail N 694 *supra*.
[2714] Sur la subsidiarité du contrôle spécial, voir les N 643 ss *supra*.
[2715] BÖCKLI 2009, § 18 N 373 ; PFEIFER 2009, p. 17 ; VON DER CRONE 2006b, p. 8 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 59 s. Voir ég. LUTERBACHER 2005, p. 67.

fondant un manquement aux devoirs ou alors doit les rendre vraisemblables, à charge du défendeur d'apporter ensuite la preuve que les conditions de la *business judgment rule* sont remplies. Ces modifications du fardeau de la preuve devraient à notre avis être envisagées avec circonspection ; elles pourraient pousser les dirigeants à axer leur activité sur la production de preuves d'un processus décisionnel formellement irréprochable plutôt que sur l'intérêt de la société. Afin de limiter la charge sur les dirigeants, il nous semble préférable de développer développer l'accès aux renseignements en vue de préparer le procès et d'éliminer les barrières financières à la mise en œuvre de la responsabilité par les actionnaires.

Concernant l'action fondée sur le dommage de l'actionnaire, en particulier celle fondée 1181
sur un prospectus d'émission inexact ou sur la diffusion d'informations inexactes sur les marchés financiers, il nous semble approprié d'élargir le champ de la preuve : une future disposition relative à la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes devrait prévoir que la causalité est présumée si le demandeur parvient à prouver que l'information inexacte a eu une influence sur les cours ; l'art. 752 CO, respectivement l'art. 72 P-LSFin, devraient aussi être modifiés dans ce sens. Ceci faciliterait grandement l'invocation collective de prétentions et serait plus adéquat qu'un renversement intégral du fardeau de la preuve de la causalité, difficilement justifiable par des motifs d'intérêt public ou de proximité de la preuve.

En procédure, la problématique de l'asymétrie de l'information est résolue par l'obligation 1182
de collaborer des parties et des tiers. En matière de responsabilité des dirigeants, il faut en particulier retenir que l'intérêt à la production de pièces comptables et de documents internes attestant de la qualité du processus décisionnel doit être admis largement. La société a un intérêt évident à la collaboration lorsqu'un actionnaire intente l'action oblique. On peut également raisonnablement attendre du défendeur qu'il coopère à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du respect des devoirs. De fait, l'asymétrie de l'information ne devrait pas constituer un obstacle sérieux à la mise en œuvre de la responsabilité lorsque l'action repose sur des fondements solides.

La véritable problématique de l'asymétrie de l'information se situe en amont du procès : 1183
l'actionnaire qui envisage l'action en responsabilité n'a que peu de moyens d'estimer les chances de succès d'une demande. Le droit matériel le renvoie à la voie du contrôle spécial, dont la mise en œuvre reste difficile. Cependant, il est également possible d'obtenir la production de moyens de preuve avant la procédure par le biais de la preuve à futur. Celle-ci peut notamment servir à faciliter l'évaluation des chances de succès d'un procès. La doctrine considère que la principale utilité de la preuve à futur est de permettre la réalisation d'une expertise judiciaire à un stade avancé ; cette possibilité est intéressante en particulier dans le contexte de la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes.

Nous considérons cependant que la procédure de preuve à futur peut également permettre 1184
d'accéder à des documents internes à la société ; pour ce faire, le requérant doit pouvoir

rendre vraisemblable l'existence d'une prétention. Il peut néanmoins se contenter d'allégations circonstanciées concernant les faits qu'il est impossible de prouver sans le moyen dont l'administration est requise. Si cette démonstration est apportée, les moyens de preuve requis ne doivent être rejetés que s'ils sont manifestement inaptes à prouver l'état de fait allégué. Il en découle à notre avis que les exigences quant à la désignation des pièces dont la production est requise sont moins sévères que dans le cadre d'une procédure. En particulier, leur contenu ne pourra pas être allégué avec la même précision. Au stade de la preuve à futur, il ne s'agit pas de démontrer que l'on est *titulaire* d'une prétention, mais plutôt de rendre vraisemblable un état de fait susceptible d'être prouvé ou d'être infirmé à l'aide de la preuve requise et dont la clarification est nécessaire pour *être fixé sur l'existence d'une prétention*. La preuve à futur peut, à notre sens, permettre d'avoir accès à des données internes à la société dont le requérant n'a pas connaissance, dans le but d'évaluer les chances de succès d'une procédure. Cette possibilité, instituée par le droit de procédure, existe en parallèle au droit au contrôle spécial ; puisque les deux institutions sont de nature différente, elles ne s'excluent pas mutuellement. L'intérêt de la preuve à futur comme moyen d'obtention de titres est cependant limité dans la mesure où la partie requise peut refuser de collaborer sans subir de conséquences à ce stade.

Chapitre 20

Frais

1. Introduction

L'introduction d'une action en responsabilité n'a de sens que si le demandeur peut s'attendre à ce que le produit qu'il en retire dépasse l'investissement financier qu'elle requiert [2716]. Ce calcul dépend globalement des chances de succès du procès, du montant de la réparation potentielle et des coûts engendrés par la procédure [2717]. L'estimation des chances de succès d'une action en responsabilité dépend des moyens d'information à disposition des parties en amont du procès, que nous avons traités ci-dessus [2718] ; le présent chapitre s'intéressera aux coûts de la procédure en responsabilité et à leur relation avec le produit potentiel d'une action en responsabilité. 1185

la répartition des frais de procédure est une thématique particulièrement importante dans le contexte de la responsabilité des organes : les procédures sont souvent coûteuses, car complexes, et la capacité de réparation des défendeurs peut être largement inférieure aux dommages invoqués [2719]. Lorsque l'action en responsabilité au titre du dommage de la société est envisagée par un actionnaire, ce déséquilibre est accentué par le fait que la réparation va à la société (art. 756 al. 1 CO) ; le demandeur n'en bénéficie au mieux qu'indirectement et proportionnellement à sa participation dans la société. 1186

En principe, le tribunal met les frais à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC) ; cette règle est relativisée par l'art. 107 CPC, qui donne au juge la faculté de répartir les frais selon son appréciation lorsque les circonstances le justifient. Le droit de la société anonyme prévoit également une réglementation spéciale en cas d'action dirigée contre plusieurs défendeurs (art. 759 al. 2 CO). 1187

Dans l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014, 1188

[2716] GRAF 2013, p. 409 ; KALSS 2005, p. 646.
[2717] KALSS 2005, p. 646 ; GRAF 2013, p. 409.
[2718] N 540 ss (droit à l'information) et 1153 ss (preuve à futur) *supra*.
[2719] DASSER/ROTH 2014, p. 286.

le législateur propose deux moyens de rééquilibrer la proportion entre les coûts et le bénéfice potentiel qu'un actionnaire peut retirer de l'action oblique. Premièrement, l'art. 107 al. 1bis AP-CPC doit permettre au juge de répartir les frais en équité entre le demandeur et la société si celui-ci succombe ; deuxièmement, les art. 697*j* s. AP-CO 2014 prévoient une procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société, aux termes de laquelle une minorité qualifiée d'actionnaires peut requérir du tribunal qu'il statue à titre préalable, au cours d'une procédure sommaire, sur la prise en charge des frais du procès en responsabilité par la société. Le Conseil fédéral a renoncé à intégrer les art. 697*j* s. AP-CO 2014 au projet de révision du droit de la société anonyme. Dans le cadre de la réflexion relative à l'amélioration de la mise en œuvre de la responsabilité des organes de gestion, il se justifie néanmoins d'étudier cette procédure et, sur cette base, de proposer des solutions permettant de limiter les risques financiers que prend l'actionnaire qui agit pour le dommage de la société [2720].

1189 Les coûts de procédure sont également considérés comme problématiques en lien avec l'invocation de prétentions d'investisseurs lésés sur les marchés de capitaux ; nous présenterons ici les propositions de la doctrine en la matière ainsi que les choix faits par le législateur dans le cadre du projet de loi sur les services financiers.

1190 Nous commencerons par détailler les règles du CPC en matière de répartition des frais (art. 95 ss CPC ; N 1191 ss *infra*). Nous traiterons ensuite les particularités du règlement des frais dans le contexte de l'action en responsabilité solidaire (N 1209 ss *infra*). Les deux dernières sections seront consacrées aux efforts législatifs entrepris pour améliorer l'attractivité de l'action en responsabilité oblique (N 1219 ss *infra*) et la mise en œuvre collective des droits des investisseurs (N 1317 ss *infra*).

2. Répartition des frais selon le CPC

2.1. Notion de frais (art. 95 CPC)

1191 Les frais sont définis à l'art. 95 al. 1 CPC : ils se composent des frais judiciaires et les dépens. Les frais judiciaires incluent l'émolument forfaitaire de conciliation, l'émolument forfaitaire de décision, les frais d'administration des preuves, les frais de traduction et les frais de représentation de l'enfant (art. 95 al. 2 CPC). Les dépens couvrent les débours nécessaires, le défraiement d'un représentant professionnel ou, lorsqu'une partie n'a pas de représentant professionnel, une indemnité équitable pour les démarches effectuées, dans les cas où cela se justifie (art. 95 al. 3 CPC).

1192 Le tarif des frais est fixé par les cantons (art. 96 CPC). Cette réglementation doit respecter les

[2720] Communiqué aux médias du Conseil fédéral du 4 décembre 2015 : « Grandes lignes du projet de révision du droit de la société anonyme ».

principes de couverture des frais et d'équivalence [2721]. Selon le premier, le montant des frais ne doit pas être supérieur aux coûts engendrés par la cause [2722] ; le second implique que les frais ne doivent pas en disproportion évidente avec la valeur objective de la prestation fournie dans le cas concret [2723]. Le tarif est généralement exprimé en pourcentage de la valeur litigieuse, avec des majorations possibles en fonction de la complexité de l'affaire. Ce mode de calcul peut cependant se trouver en conflit avec le principe d'équivalence pour les valeurs litigieuses très élevées [2724].

2.2. Valeur litigieuse (art. 91 ss CPC)

La valeur litigieuse est déterminée par les conclusions (art. 91 al. 1 CPC). En matière de responsabilité des organes, elle correspond dès lors au montant réclamé [2725]. Cette règle vaut également pour l'action en responsabilité oblique : la valeur litigieuse est déterminée par l'intérêt de la société à voir son dommage réparé [2726]. 1193

L'art. 85 al. 1 CPC prévoit la possibilité d'intenter une action non chiffrée ; elle est admise en matière de responsabilité civile, y compris celle des organes de gestion, lorsque le dommage est impossible à chiffrer (art. 42 al. 2 CO) [2727]. Le cas échéant, le demandeur doit indiquer une valeur litigieuse minimale (art. 85 al. 1 i. f. CPC). 1194

L'art. 93 al. 1 CPC prévoit qu'en cas de consorité simple ou de cumul d'actions, les prétentions sont additionnées à moins qu'elles ne s'excluent. Cette disposition ne s'applique pas en cas d'action dirigée contre des responsables solidaires ; en effet, nonobstant la pluralité de défendeurs, le demandeur exige une prestation unique [2728]. 1195

2.3. Avance de frais (art. 98 CPC)

Le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés (art. 98 CPC). Dans le cadre d'une action en responsabilité portant sur un dommage déterminable, l'avance de frais est généralement calculée sur la base 1196

[2721] BOHNET 2014a, N 610 ; BK ZPO I-STERCHI, art. 96 N 5.

[2722] ATF 139 III 334, consid. 3.2.3 (importance relativisée dans la mesure où les frais perçus par les tribunaux ne couvrent généralement pas les coûts effectifs) ; 126 I 180, consid. 3a/aa, JdT 2002 I 413.

[2723] ATF 139 III 334, consid. 3.2.4 ; 126 I 180, consid. 3a/aa, JdT 2002 I 413.

[2724] ATF 139 III 334, consid. 3.2.4 ; 130 III 225, consid. 2.3 ; 126 I 180, consid. 3c/cc, JdT 2002 I 413 ; 120 Ia 171, consid. 4c.

[2725] ATF 139 III 24, consid. 4.3, JdT 2013 II 328.

[2726] ATF 139 III 24, consid. 4.3, JdT 2013 II 328 ; BÄRTSCHI 2014, p. 59 ; KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO 2010, p. 609 n. 10 ; CASUTT 1993, p. 83.

[2727] Voir les N 1026 ss *supra*.

[2728] ATF 139 III 24, consid. 4.3, JdT 2013 II 328, qui désavoue la pratique divergente des tribunaux zurichois, voir RSPC 2013, p. 110 s.

du montant réclamé [2729]. Sur cette base, le tribunal exigera généralement l'avance des émoluments forfaitaires de conciliation (le cas échéant) et de décision [2730].

2.4. Règle générale : art. 106 CPC

1197 Le tribunal statue sur les frais en règle générale dans la décision finale (art. 104 al. 1 CPC). Il répartit les frais judiciaires d'office (art. 105 al. 1 CPC). Les dépens ne sont accordés que si les parties ont conclu dans ce sens [2731]. Selon l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante. La mesure dans laquelle une partie succombe est en principe déterminée en comparant le dispositif du jugement et les conclusions des parties : la partie qui succombe est celle dont les conclusions sont rejetées [2732].

1198 Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis « selon le sort de la cause » (art. 106 al. 2 CPC), c'est-à-dire proportionnellement à la mesure dans laquelle chaque partie succombe [2733]. Cette précision peut avoir son importance en particulier dans le cadre d'une action en responsabilité non chiffrée. Le demandeur est en effet tenu de préciser ses conclusions dès qu'il est en mesure de le faire [2734]. S'il persiste à exiger un montant excessif, il s'expose à devoir payer une partie des frais [2735].

1199 Les frais sont nécessairement répartis entre les parties au procès ; ils ne peuvent être mis à la charge d'un tiers. Dans le contexte de l'action oblique, l'art. 106 CPC ne permettrait pas de mettre les frais à la charge de la société.

2.5. Exception : art. 107 CPC

1200 L'art. 107 al. 1 CPC prévoit une liste de cas dans lesquels le juge peut s'écarter des règles générales et les répartir selon sa libre appréciation. L'utilisation de cette marge de manœuvre est admissible notamment lorsque : le demandeur obtient gain de cause sur le principe de ses conclusions mais non sur leur montant, celui-ci étant tributaire de l'appréciation du tribunal ou difficile à chiffrer (let. a) ; une partie a intenté le procès de bonne foi (let. b) ; des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable (let. f).

1201 L'art. 107 al. 1 let. a CPC peut s'appliquer en particulier lorsque le demandeur s'en remet

[2729] BSK ZPO-RÜEGG, art. 98 N 2 ; GRAF 2013, p. 411.
[2730] CPC-TAPPY, art. 98 N 6.
[2731] ATF 139 III 334, consid. 4.3.
[2732] CPC-TAPPY, art. 106 N 12 ; BSK ZPO-RÜEGG, art. 106 N 3 ; BOHNET 2014a, N 632.
[2733] CPC-TAPPY, art. 106 N 34 ; BSK OR II-RÜEGG, art. 106 N 8.
[2734] CPC-BOHNET, art. 85 N 20 ; BK ZPO I-MARKUS, art. 85 N 23 ; BSK ZPO-SPÜHLER, art. 85 N 10.
[2735] Voir TF 4A_175/2008 du 19 juin 2008, consid. 2.6 ; 4P.196/2006 du 10 mai 2007, consid. 4.1.

au juge pour chiffrer le montant du dommage (art. 42 al. 2 CO). Le cas échéant, cette disposition permettrait d'éviter qu'une partie des frais et dépens soit mise à la charge du demandeur si le juge alloue une somme inférieure au montant minimal requis par le demandeur *(Überklagen)*[2736]. Cet assouplissement a des limites : selon la jurisprudence, il se justifie de mettre une partie des frais à la charge du demandeur qui persiste dans des conclusions manifestement trop élevées[2737].

Comme exemple d'une action intentée de bonne foi (art. 107 al. 1 let. b CPC), le Message CPC mentionne expressément l'action en responsabilité intentée par un petit actionnaire[2738]. Cette disposition devrait pouvoir s'appliquer dans le contexte de l'action oblique lorsque l'actionnaire avait de bons motifs d'agir en raison d'un comportement équivoque de l'autre partie, éventuellement de la société[2739]. Notons toutefois que l'actionnaire ne peut être réputé avoir agi de bonne foi que s'il a tenté de clarifier les circonstances en exerçant ses droits à l'information avant d'agir en responsabilité[2740]. 1202

L'action en responsabilité d'un actionnaire minoritaire est également mentionnée comme cas d'application d'une répartition des frais en équité sur la base de circonstances particulières (art. 107 al. 1 let. f CPC) ; à ce titre, le Message CPC mentionne l'inégalité économique entre les parties, ainsi que l'intérêt public à ce que la protection des actionnaires soit effectivement appliquée[2741]. La répartition en équité peut également être envisagée lorsque la partie qui a eu gain de cause a motivé l'introduction de l'action ou occasionné une charge procédurale supplémentaire injustifiée[2742]. À ce titre, on peut imaginer le cas où un actionnaire agissant au titre du dommage de la société succombe en raison de paramètres dont il n'avait pas connaissance, p. ex. une compensation de la prétention en responsabilité avec une créance du défendeur envers la société. 1203

Alors qu'une répartition des frais en équité devrait régulièrement entrer en ligne de compte lorsqu'un actionnaire agit contre la société, p. ex. pour exercer ses droits à l'information[2743], l'art. 107 al. 1 let. f CPC devrait rarement s'appliquer dans le cadre de l'action en responsabilité. Certes, l'actionnaire qui intente action au titre du dommage de la société agit dans l'intérêt de tous les actionnaires[2744] ; mais la disparité économique entre demandeur et défendeur n'est pas nécessairement importante[2745] et il est difficile d'imaginer que le juge retienne 1204

[2736] BK ZPO I-STERCHI, art. 107 N 4.
[2737] Voir TF 4A_175/2008 du 19 juin 2008, consid. 2.6 ; 4P.196/2006 du 10 mai 2007, consid. 4.1.
[2738] Message CPC, p. 6908
[2739] Comp. TF 4A_166/2011 du 23 mai 2011, consid. 2.4. Dans le même sens : CPC-TAPPY, art. 107 N 14.
[2740] AppG BL, BJM 1989 390, consid. 3 ; voir ég. BÄRTSCHI 2014, p. 67.
[2741] Message CPC, p. 6908.
[2742] ATF 139 III 33, consid. 4.2 avec réf au Message CPC, p. 6908 s.
[2743] Voir N 608 ss (action en délivrance de renseignements) et 675 ss (requête en contrôle spécial) *supra*.
[2744] Comp. TF 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7.
[2745] BÄRTSCHI 2014, p. 61.

une répartition des frais en contradiction avec l'issue du procès [2746].

1205 Puisque l'action en responsabilité oblique est intentée dans l'intérêt de la société et vise à pallier les conflits d'intérêts inhérents à l'introduction d'une action par celle-ci [2747], il pourrait en réalité se justifier de mettre les frais à la charge de la société. L'art. 107 CPC ne permet cependant pas de mettre les frais à la charge d'une personne qui n'est pas partie à la procédure [2748].

2.6. Frais causés inutilement (art. 108 CPC)

1206 Selon l'art. 108 CPC, les frais causés inutilement sont à la charge de la personne qui les a engendrés. Cette disposition, qui permet également de s'écarter de la répartition des frais selon l'issue du procès (art. 106 al. 1 CPC), permet notamment de sanctionner les « demandes téméraires ou des écritures prolixes » [2749]. Contrairement aux art. 106 s. CPC, cette disposition n'interdit pas qu'un tiers à la procédure soit condamné au paiement de frais [2750]. Conformément à la formulation ouverte de cette disposition, la jurisprudence admet qu'elle puisse s'appliquer assez largement ; elle peut ainsi viser l'intégralité des frais judiciaires lorsque toute la procédure a été occasionnée par un comportement déterminé extérieur au procès [2751].

1207 À notre sens, cette disposition peut s'appliquer dans le contexte de l'action oblique. L'actionnaire qui agit dans l'intérêt de la société et est débouté sur la base de moyens de preuve que la société aurait pu communiquer dans le cadre de l'exercice du droit à l'information (art. 697 ss CO) devrait pouvoir se prévaloir de l'art. 108 CPC pour faire supporter tout ou partie des frais à la société. Il faut cependant relever qu'une partie de la doctrine requiert l'existence d'une faute pour mettre les frais à la charge d'un tiers à la procédure [2752]. Le Tribunal fédéral a laissé la question indécise [2753].

1208 Le tiers qui est condamné à supporter des coûts occasionnés inutilement a qualité pour recourir contre la répartition des frais, même s'il n'a pas été partie à la procédure [2754]. Ainsi,

[2746] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 114 ; GRAF 2013, p. 412 ; voir cependant GÖTZ STAEHELIN/STEBLER 2009, p. 496.
[2747] Voir N 841 *supra*.
[2748] ATF 141 III 426, consid. 2.3 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 232a ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 15a ; GRAF 2013, p. 412 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 159.
[2749] Message CPC, p. 6969.
[2750] ATF 141 III 426, consid. 2.4.2 ; 4A_150/2013 du 11 février 2014, consid. 4 ; CPC-TAPPY, art. 108 N 16.
[2751] ATF 141 III 426, consid. 2.4.2.
[2752] BK ZPO I-STERCHI, art. 108 N 4 ; BSK ZPO-RÜEGG, art. 108 N 1. Dans le même sens, Message CPC, p. 6909 (« pas subordonnée à un comportement répréhensible »). *Contra* : CPC-TAPPY, art. 108 N 16 ; ZPO Komm-Schulthess-JENNY, art. 108 N 4.
[2753] ATF 141 III 426, consid. 2.4.4.
[2754] TF 4A_93/2015 du 22 septembre 2015, consid. 1.3.2.4 non publié *in* ATF 141 III 26.

la société pourrait contester la répartition des frais d'une action oblique s'ils sont mis à sa charge en application de l'art. 108 CPC.

3. Solidarité passive et frais

3.1. Principe du procès unique

Lorsque plusieurs personnes participent au procès en tant que parties principales ou accessoires, le tribunal détermine la part de chacune aux frais du procès. Il peut les tenir pour solidairement responsables (art. 106 al. 3 CPC). En principe, le demandeur qui succombe contre des responsables solidaires présumés supporte les frais envers chaque partie qui a gain de cause [2755]. Ce régime est modifié dans le contexte de l'action en responsabilité du droit de la société anonyme : en vertu du principe du procès unique codifié à l'art. 759 al. 2 CO, le risque financier pris par le demandeur doit en principe être le même que s'il agissait contre un seul défendeur [2756]. Cette règle s'applique aussi bien aux frais judiciaires qu'aux dépens [2757]. Le principe du procès unique a pour but de faciliter l'introduction d'actions en responsabilité contre plusieurs défendeurs et peut être vu comme une contrepartie à l'assouplissement de la solidarité prévue à l'art. 759 al. 1 CO : il libère le demandeur du risque que certains défendeurs puissent se prévaloir de motifs de réduction individuels [2758]. Ce principe a été relativisé à plusieurs égards par la jurisprudence ; pour bien saisir son fonctionnement, il faut présenter les différents cas de figure envisageables. 1209

3.2. Cas de figure

3.2.1. Le demandeur a entièrement gain de cause

Lorsque le demandeur a gain de cause, les défendeurs supportent en principe les frais (art. 106 al. 1 CPC). Dans le système de l'art. 759 al. 2 CO, ils sont condamnés solidairement au versement des frais « du seul fait qu'ils participent à la solidarité potentielle » [2759]. Seul 1210

[2755] ATF 113 Ia 104, consid. 2c, JdT 1988 I 85 ; BSK ZPO-RÜEGG, art. 107 N 9 ; KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO 2010, p. 609 ; RUEDIN 2002, N 14.

[2756] ATF 122 III 324, consid. 7b ; intervention David, BO CN 1990, p. 1392 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 511 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 8 ; SCHMID 2008, p. 607.

[2757] BÖCKLI 2009, § 18 N 512 ; CR CO II-CORBOZ, art. 759 N 28.

[2758] BÖCKLI 2009, § 18 N 511.

[2759] ATF 122 III 324, consid. 7b ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 515. La règle s'applique également en cas de recours, si celui-ci n'a pas pour effet de modifier le montant du dommage alloué au demandeur.

le défendeur intégralement libéré est exclu de cette solidarité : il n'est pas condamné à supporter les frais [2760].

1211 Lorsque le demandeur obtient l'intégralité de l'indemnité réclamée, il ne doit en principe pas de dépens, même s'il a succombé partiellement envers un ou plusieurs défendeurs [2761]. Ce principe s'applique même s'il n'a entièrement gain de cause envers aucun des défendeurs [2762]. Par exception à cette règle, le défendeur intégralement libéré devrait avoir droit à des dépens [2763].

3.2.2. Le demandeur a partiellement gain de cause

1212 Si le demandeur n'obtient qu'une partie du montant auquel il conclut, il faut appliquer l'art. 106 al. 2 CPC : il supporte les frais dans la mesure dans laquelle il succombe [2764]. Les défendeurs répondent solidairement de la part des frais qui leur revient [2765]. Pour la part due par le demandeur, il faut appliquer le même mécanisme que s'il succombait entièrement [2766]. Celui-ci est exposé dans la section qui suit.

3.2.3. Le demandeur succombe entièrement

1213 Le principe du procès unique s'exprime véritablement lorsque le demandeur succombe intégralement. Dans ce cas, l'art. 759 al. 2 CO commande qu'il ne supporte en principe les frais judiciaires et les dépens qu'à l'égard d'une seule partie adverse [2767]. Cette disposition n'exclut cependant pas les majorations sur la base du tarif cantonal, liées p. ex. à la complexité du procès [2768].

1214 Le principe des frais uniques a toutefois été relativisé par la jurisprudence : dans un arrêt de 1998, le Tribunal fédéral avait retenu que son application était exclue devant les autorités de recours, faute « d'incertitude au sujet de l'identification des personnes responsables » [2769]. Cette jurisprudence a récemment été précisée par le Tribunal fédéral, qui retient que l'art. 759 al. 2 CO pourrait s'appliquer lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : tout

[2760] SCHMID 2008, p. 617 n. 100 ; RUEDIN 2002, N 41.
[2761] ATF 122 III 324, consid. 7b ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 449 ; ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 430.
[2762] MÜLLER 1998, p. 298.
[2763] Comp. 125 III 138, consid. 2d, JdT 2001 I 285 ; HABLÜTZEL 2009, p. 269 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 448. *Contra* : RUEDIN 2002, p. 42.
[2764] VOGEL 1998, p. 148. Voir l'exemple de calcul *in* ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 431 s.
[2765] HABLÜTZEL 2009, p. 271 ; SCHMID 2008, p. 616.
[2766] SCHMID 2008, p. 616 ; RUEDIN 2002, N 51.
[2767] ATF 122 III 324, consid. 7b (arrêt de principe) ; 125 III 138, consid. 2a, JdT 2001 I 285 ; TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 3b ; 4A_410/2011 du 11 juillet 2012, consid. 12.2.
[2768] TF 4A_410/2011 du 11 juillet 2012, consid. 12.4.
[2769] TF du 15 octobre 1998, SJ 1999 I 349, consid. 4c. Critique : CHENAUX 2008, N 102.

d'abord, au moment où il décide contre qui il veut faire recours, le demandeur doit faire face à la même incertitude que lors de la procédure de première instance [2770]. Ensuite, il ne doit pas y avoir entre les intimés de conflit d'intérêts justifiant qu'ils doivent se faire représenter individuellement [2771].

Cette condition de l'absence de conflits d'intérêts entre défendeurs s'applique également en première instance. En effet, le juge ne saurait allouer des dépens uniques lorsqu'une représentation commune est exclue, p. ex. lorsque les défendeurs s'accusent mutuellement [2772]. Le cas échéant, il faut admettre que les consorts passifs ont droit à des dépens multiples [2773]. Le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans la détermination de ce supplément. Ainsi, il ne lui est pas interdit d'allouer des dépens supplémentaires partiels [2774]. 1215

3.3. Discussion

Le principe du procès unique est globalement salué dans la mesure où il libère le demandeur du risque de devoir des payer des dépens lorsqu'il succombe partiellement contre un ou plusieurs défendeurs alors même qu'il obtient l'intégralité de la réparation demandée. Cette règle encourage dès lors le demandeur à agir en responsabilité contre plusieurs défendeurs, ce qui améliore ses chances d'obtenir une réparation intégrale sans devoir se soucier de devoir verser une indemnité aux défendeurs qui parviennent à faire valoir des motifs personnels de réduction [2775]. 1216

La réduction des frais encourus par le demandeur lorsqu'il succombe, également approuvée dans son principe, fait en revanche l'objet de controverses. En accord avec une jurisprudence de plus en plus restrictive, la tendance est à la limitation de la portée de l'art. 759 al. 2 CO [2776]. On reproche en effet au principe du procès unique de créer une inégalité de traitement injustifiée entre le demandeur et les défendeurs, qui ne peuvent pas s'attendre à voir leurs frais de défense remboursés de manière appropriée [2777]. Les partisans d'une interprétation restrictive du principe des frais uniques relèvent également qu'une représentation commune des défendeurs est généralement difficile en raison de l'exigence stricte d'indépendance 1217

[2770] TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 12.2.2. Cette précision de jurisprudence se laissait deviner dans les arrêts TF 4A_410/2011 du 11 juillet 2012, consid. 12.5 et 4A_267/2008 du 8 décembre 2008, consid. 7.1.

[2771] TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 12.2.2.

[2772] ATF 125 III 138, consid. 2c, JdT 2001 I 285.

[2773] ATF 125 III 138, consid. 2c, JdT 2001 I 285.

[2774] TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 3b ; voir ég. TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 12.1.1 (dépens d'une personne multipliés par 4.75 pour un total de 17 défendeurs) ; 4A_267/2008 du 8 décembre 2008, consid. 7.1 (dépens réduits pour l'un des défendeurs, consid. 7.3).

[2775] ZÄCH/TRIEBOLD 1998, p. 433 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 511.

[2776] Voir KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO 2010, p. 622 ; SCHMID 2008, p. 617 ; évolution regrettée par BÖCKLI 2009, § 18 N 515a.

[2777] KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO 2010, p. 622 ; SCHMID 2008, p. 617.

des avocats découlant de l'art. 12 let. c LLCA[2778]. Par ailleurs, on ne saurait attendre des représentants des défendeurs qu'ils se concertent concernant les points litigieux afin de limiter les coûts de défense[2779]. Qui plus est, les intérêts des défendeurs semblent souvent s'opposer puisqu'ils auraient intérêt à accabler leurs consorts afin de se libérer[2780]. Il se justifierait dès lors de multiplier les dépens lorsque les membres de plusieurs organes sont actionnés, mais aussi dès qu'un défendeur occupe ou occupait une fonction particulière au sein de l'organe, p. ex. lorsqu'il était membre d'un comité ou occupe le rôle de président du conseil d'administration[2781].

1218 L'art. 759 al. 2 CO crée un champ de tension entre la volonté d'encourager les actions en responsabilité et le besoin de protection légitime des défendeurs au vu des coûts souvent importants de procédures en responsabilité du droit de la société anonyme[2782]. Nous considérons néanmoins que la multiplication des dépens fondée sur les attributions de chacun doit être limitée, sous peine de priver l'art. 759 al. 2 CO de tout effet[2783]. L'idée sous-jacente à cette disposition est que la mise en œuvre de la responsabilité ne doit pas échouer en raison des coûts de procédure[2784]. Cet objectif impose une certaine retenue dans la fixation des dépens ; la règle doit rester la fixation de frais et de dépens uniques. Le Tribunal fédéral retient d'ailleurs que la fixation de dépens uniques se justifie lorsqu'une représentation commune *n'est pas exclue*[2785]. Outre ces réflexions tirées de la *ratio* de l'art. 759 al. 2 CO, il faut relativiser les risques de conflit d'intérêts, du moins au sein des organes de gestion : tout d'abord, la gravité relative des manquements n'est en principe pas prise en compte dans les rapports externes[2786], ce qui fait que l'intérêt à accabler les autres défendeurs est limité. Ensuite, le fondement de la responsabilité sera souvent commun ou présentera de grandes similarités pour tous les défendeurs, ce qui devrait permettre une défense coordonnée. Le Tribunal fédéral retient ainsi que lorsque la question litigieuse principale est commune à tous les défendeurs, il se justifie au moins de réduire les dépens[2787]. Ce principe pourrait s'appliquer p. ex. lorsque l'action est rejetée d'emblée faute de dommage.

[2778] KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO 2010, p. 619 ss.
[2779] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 759 N 8 ; HaftpflichtKomm-STUDER, art. 759 CO N 21 ; HOFFMANN-NOWOTNY 2007, p. 447.
[2780] SCHMID 2008, p. 618.
[2781] KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO 2010, p. 626 ; HABLÜTZEL 2009, p. 284 ss.
[2782] SCHMID 2008, p. 620 ; HaftpflichtKomm-STUDER, art. 759 CO N 21.
[2783] Dans le même sens : STOFFEL 2009, p. 122.
[2784] TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 3b.
[2785] ATF 125 III 138, consid. 2c, JdT 2001 I 285.
[2786] N 298 *supra*.
[2787] TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, consid. 3c.

4. Frais de l'action oblique

Dans le contexte de l'action en responsabilité oblique, le principe voulant que les frais soient mis à la charge de la partie qui succombe crée un risque financier excessif pour l'actionnaire qui agit. En effet, les frais dus en cas de perte du procès se calculent sur la base de la valeur litigieuse totale, alors que le demandeur ne peut espérer retirer qu'une fraction du produit de l'action, qui est versé à la société (art. 756 al. 1 i. f. CO [2788]. Le déséquilibre créé par cette dilution est évident. Même lorsque les chances de succès d'une action oblique sont suffisamment bonnes pour compenser cet attrait limité, la mise en œuvre de la responsabilité est peu probable, en raison de la problématique de l'action collective (ou « du passager clandestin ») : puisque le produit de l'action profite à tous les actionnaires, chacun d'entre eux à intérêt à attendre qu'un autre investisse des moyens dans une action en responsabilité (apathie rationnelle) [2789]. Pour cette raison, et dans la mesure où l'action oblique est intentée dans l'intérêt de la société, il se justifie *a priori* que celle-ci assume en parte le risque lié aux frais du procès [2790]. Or les art. 106 et 107 CPC ne permettent pas de mettre les frais à la charge d'un tiers au procès [2791]. 1219

L'art. 756 al. 2 aCO prévoyait que le juge pouvait répartir les frais en équité entre le demandeur et la société si l'actionnaire avait de bonnes raisons d'agir. Cette disposition a été abrogée lors de l'introduction du CPC, apparemment en raison d'une inadvertance du législateur [2792]. L'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 prévoit de réintroduire ce privilège procédural (art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014). 1220

L'avant-projet prévoit encore une autre nouveauté censée faciliter la mise en œuvre du droit par les actionnaires avec la procédure d'autorisation d'intenter action aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO 2014). Avant d'étudier ces propositions législatives, nous allons brièvement présenter les solutions proposées au problème des frais de l'action oblique *de lege lata* et leurs limites. 1221

4.1. Solutions *de lege lata*

4.1.1. Action partielle

Afin de limiter les frais de l'action en responsabilité, une solution proposée est l'action partielle (art. 86 CPC). Puisque le montant des frais dépend en définitive de la valeur 1222

[2788] GRAF 2013, p. 412 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 150.
[2789] CHABLOZ 2012, N 105 ; WAGNER 2014, p. 244 ; SCHMOLKE 2011, p. 406 s.
[2790] GRAF 2013, p. 413.
[2791] Message 2008, p. 292.
[2792] RO 2010 1739

litigieuse (art. 91 CPC), agir pour une fraction du dommage permettrait de limiter les coûts du procès [2793]. L'admissibilité de principe d'une action partielle pour les prétentions pécuniaires ne fait aucun doute [2794]. Elle ne résout toutefois pas la problématique de la participation limitée du demandeur au produit de l'action oblique : les coûts de celle-ci, mêmes réduits, restent disproportionnés par rapport au bénéfice que l'actionnaire peut espérer en retirer [2795]. Qui plus est, l'actionnaire qui choisit l'action partielle s'expose à une demande reconventionnelle négatoire portant sur l'intégralité de la prétention [2796]. En définitive, cette possibilité ne présente pas d'intérêt particulier dans le contexte de l'action en responsabilité oblique.

4.1.2. Application de l'art. 108 CPC (frais causés inutilement)

1223 Selon l'art. 108 CPC, les frais causés inutilement sont à la charge de la personne qui les a engendrés. Comme exposé ci-dessus, cette disposition peut s'appliquer dans le contexte de l'action oblique et permettre de mettre les frais à la charge de la société lorsque la demande est rejetée pour des motifs que la société aurait pu communiquer dans le cadre de l'exercice du droit à l'information (art. 697 ss CO) [2797]. L'apport pratique de cette disposition est cependant limité dans la mesure où son application dépendra grandement des circonstances du cas d'espèce et n'interviendra qu'*a posteriori*. En toute hypothèse, l'art. 108 CPC ne permettra pas de pallier systématiquement le déséquilibre financier que subit l'actionnaire qui fait valoir le dommage social dans le cadre de l'action oblique.

4.1.3. Application des règles de la gestion d'affaires sans mandat

1224 PETER BÖCKLI établit un parallèle entre l'actionnaire agissant au titre du dommage de la société et le gérant d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO) [2798]. En effet, l'actionnaire agit dans l'intérêt de la société. On pourrait dès lors envisager qu'il puisse prétendre au remboursement des frais par la société en application de l'art. 422 al. 1 CO, qui dispose que lorsque l'intérêt du maître commandait que la gestion fût entreprise, celui-ci doit rembourser au gérant, en principal et intérêts, toutes ses dépenses nécessaires ainsi que ses dépenses utiles justifiées par les circonstances. Cette disposition peut être invoquée par celui qui a donné à sa gestion les soins nécessaires, même si le résultat espéré n'a pas été obtenu (art. 422 al. 2 CO). L'art. 422 CO ne s'applique cependant pas lorsque le gérant

[2793] BÄRTSCHI 2014, p. 65 ; GRAF 2013, p. 415.
[2794] CPC-BOHNET, art. 86 N 2 ; BK ZPO I-MARKUS, art. 86 N 1 ; BSK ZPO-SPÜHLER, art. 86 N 1.
[2795] BÄRTSCHI 2014, p. 65.
[2796] TF 4A_414/2013 du 28 octobre 2013, consid. 3.3 ; 4A_255/2010 du 29 juin 2010, consid. 5.5 ; 5C.252/2006 du 1er mai 2007, consid. 5.1 ; DASSER/ROTH 2014, p. 291 ; BK ZPO I-MARKUS, art. 86 N 9 ; BOHNET 2014a, N 1156.
[2797] N 1206 s. *supra*.
[2798] BÖCKLI 2009, § 18 N 235.

agit d'une manière qui ne correspond pas à l'intérêt manifesté par le maître [2799]. Or on peut considérer que la renonciation de la société à agir contre ses dirigeants ou l'octroi de la décharge peuvent être compris comme la négation d'un intérêt de la société à agir en responsabilité [2800]. Il serait dès lors difficile de justifier un défraiement de l'actionnaire agissant pour le dommage de la société sur la base de l'art. 422 CO. En toute hypothèse, cette solution représente un risque important pour l'actionnaire qui envisage d'intenter l'action oblique, puisque le remboursement des frais sur la base des règles de la gestion d'affaires sans mandat interviendra *a posteriori* et éventuellement seulement après une action en paiement de l'actionnaire contre la société.

4.2. Avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014

4.2.1. Répartition des frais en équité entre la société et le demandeur (art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014)

Comme nous venons de l'exposer, le droit positif ne permet pas véritablement de résoudre le problème causé par le déséquilibre entre les frais encourus par le demandeur à l'action oblique et son bénéfice potentiel en cas d'admission de la demande. Pour y répondre, l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 prévoit l'introduction d'un art. 107 al. 1bis CPC, dont la teneur est la suivante : « En cas de rejet d'une action en paiement à la société relevant du droit des sociétés (art. 697*k* CO), il [i. e. le tribunal] peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation, à moins que l'introduction de l'action aux frais de la société n'ait été autorisée. » 1225

Si l'on excepte la référence à l'autorisation d'agir aux frais de la société, notion introduite par l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014, cette disposition reprend les termes de l'art. 105 al. 1bis P-CPC 2008 [2801]. Celui-ci, adopté par les chambres dans le cadre de la discussion relative au contre-projet indirect à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » [2802] est restée lettre morte suite à l'acceptation de l'initiative contre les rémunérations abusives [2803]. Il était lui-même basé sur l'art. 756 al. 2 aCO, qui disposait : « Si, compte tenu de l'état de fait et de droit, l'actionnaire avait de bonnes raisons d'agir, le juge répartit les frais selon sa libre appréciation entre le demandeur et la société, dans la mesure où il ne les met pas à la charge du défendeur. » Cette disposition avait explicitement 1226

[2799] ATF 94 II 104, consid. 2.
[2800] Comp. GRAF 2013, p. 412.
[2801] « En cas de rejet d'une action du droit des sociétés en paiement à la société (art. 678 et 756 CO), le tribunal peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation ».
[2802] BO CE 2012 269 ; BO CN 2012 554.
[2803] Exercice collectif des droits, p. 49.

été introduite afin de pouvoir mettre les frais de l'action oblique à la charge de la société, qui n'est pas autrement partie à la procédure [2804].

1227 Selon le Message 2008, la portée de l'art. 756 al. 2 aCO et de l'art. 105 al. 1bis P-CPC 2008 serait identique, malgré le fait que la nouvelle disposition ne mentionne plus la nécessité d'avoir agi « pour de bonnes raisons » [2805]. De fait, ce critère s'intègre dans l'appréciation de toutes les circonstances déterminantes du cas d'espèce [2806]. À notre avis, la formulation plus large, délibérément choisie par le législateur, n'exclut pas de mettre les frais à la charge de la société pour d'autres motifs que les « bonnes raisons d'agir », que l'on déterminera éventuellement en appliquant l'art. 107 al. 1 CPC par analogie. En toute hypothèse, la discussion relative à l'interprétation de l'art. 756 al. 2 aCO reste pertinente pour déterminer la portée de l'art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014.

a) Critères à prendre en compte

1228 Bien que la mise des frais à la charge de la société en application de l'art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014 soit facultative, le juge est tenu de l'envisager, sous peine de se voir reprocher un abus négatif du pouvoir d'appréciation [2807]. Dans l'exercice de ce pouvoir d'examen, il tient compte de toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce.

1229 Les critères à prendre en compte sont multiples. Par analogie avec la pesée d'intérêts que doit réaliser le tribunal en cas d'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale (art. 706 CO), l'examen prendra notamment en compte « 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 » [2808].

1230 Le juge devra tout d'abord déterminer si le demandeur avait de bonnes raisons d'agir sur la base de l'état de fait et de droit au moment de l'introduction de l'action ; il faut pour cela que la responsabilité du défendeur ait été plausible sur la base des informations à disposition de l'actionnaire [2809]. Si les chances de succès ne pouvaient pas être estimées avec précision, cette circonstance devrait être prise en compte à l'avantage du demandeur [2810].

1231 La bonne de foi de l'actionnaire impose qu'il ait tenté de clarifier au mieux les chances de

[2804] Message 1983, p. 965 ; comp. TF 4C.399/2001 du 21 novembre 2002, consid. 7.
[2805] Message 2008, p. 292.
[2806] Message 2008, p. 293 ; voir ég. SETHE 2010, p. 320 ; BÄRTSCHI 2014, p. 88. Comp. pour l'art. 756 al. 2 aCO

succès d'une procédure en exerçant ses droits à l'information [2811]. En raison de la complexité et de la longueur de la procédure de contrôle spécial, il serait toutefois exagéré d'attendre de l'actionnaire qu'il emprunte cette voie avant d'agir en responsabilité [2812]. L'indemnisation de l'actionnaire devrait en particulier entrer en ligne de compte pour sanctionner une politique d'information excessivement restrictive de la société [2813]. Ainsi, l'art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014 peut s'appliquer lorsque l'action est rejetée pour des motifs que la société aurait pu communiquer à l'actionnaire dans le cadre de l'exercice de son droit aux renseignements sans mettre en danger le secret des affaires.

Il faut également mettre en balance les intérêts relatifs de la société et de l'actionnaire à l'action [2814]. La mise des frais à la charge de la société se justifie ainsi moins lorsque l'action ne s'inscrit pas dans l'intérêt social, p. ex. en raison de la publicité négative engendrée [2815]. À l'inverse, plus l'intérêt personnel du demandeur à l'action est grand, plus il se justifie qu'il supporte une partie des frais ; ce critère dépend principalement de l'importance de la participation de l'actionnaire [2816]. 1232

Enfin, le juge peut prendre en compte la capacité financière des parties [2817]. Le seul déséquilibre financier entre actionnaire et société ne devrait toutefois pas suffire : la jurisprudence retient qu'il ne se justifie pas de mettre systématiquement les frais à la charge de la société si elle est économiquement puissante, car cela reviendrait à ignorer les règles relatives à la répartition des frais [2818]. 1233

CASUTT 1993, p. 87 ; SCHMID 1993, p. 347.

2807 CASUTT 1993, p. 84.

2808 TF 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7 ; voir ég. WATTER/GARBARSKI 2009, p. 160 s.

2809 BÖCKLI 2009, § 18 N 233 ; voir ég. WATTER/GARBARSKI 2009, p. 160 ; CASUTT 1993, p. 87.

2810 CASUTT 1993, p. 90.

2811 BÖCKLI 2009, § 18 N 233 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 151 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 16 ; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, N 272.

2812 BÖCKLI 2009, § 18 N 233 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 16 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 151 ; CASUTT 1993, p. 86.

2813 CASUTT 1993, p. 88.

2814 CASUTT 1993, p. 88 s.

2815 Au sujet des autres critères à prendre en compte, voir les N 825 ss *supra*.

2816 Voir TF 4C.399/2001 du 21 novembre 2002, consid. 7 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 160 s., n. 174 ; CASUTT 1993, p. 91. Dans le contexte de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO), le Tribunal fédéral a jugé qu'une participation de 25% était trop importante pour considérer que l'intérêt du demandeur à l'action était si faible qu'il serait disproportionné de mettre les frais à sa charge (TF 4A_331/2008 du 15 septembre 2008, consid. 5).

2817 CASUTT 1993, p. 91. Comp. en lien avec l'art. 107 let. f CPC : Message CPC, p. 6908.

2818 Comp. ATF 113 II 323, consid. 9c, JdT 1988 I 693 ; dans le même sens : BK ZPO I-STERCHI, art. 107 N 22c.

b) Aspects de procédure

1234 Bien que la société ne soit pas partie au procès en cas d'action oblique, elle doit être entendue sur la question de la répartition des frais en application de l'art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014 [2819]. Elle pourra en particulier faire valoir des motifs ayant trait à l'intérêt social s'opposant à la mise en œuvre de la responsabilité. À moins d'intervenir dans la procédure en application de l'art. 74 CPC, la société ne sera cependant entendue que sur la question de la répartition des frais ; elle ne pourra pas produire elle-même d'arguments relatifs au bien-fondé de la prétention en responsabilité [2820].

1235 Dans la mesure où la société est touchée par la répartition des frais, elle doit pouvoir recourir contre la décision fixant le sort de ceux-ci [2821]. Puisque l'issue du litige est à la base de la répartition des frais, la société peut sans doute faire valoir des arguments relatifs à la prétention principale en tant que question préalable à la répartition des frais [2822].

c) Limites et perspectives de la répartition des frais en équité

1236 La répartition des frais en équité entre l'actionnaire et la société est généralement considérée comme une solution insuffisante à la problématique des coûts de l'action en responsabilité oblique, faute d'attrait économique. Ce constat repose sur divers phénomènes. Tout d'abord, les frais fixés par le tribunal ne couvrent généralement pas l'intégralité de l'investissement financier du demandeur dans la procédure [2823]. Celui-ci sera supporté par l'actionnaire en toutes circonstances, indépendamment du résultat de la procédure. De plus, l'actionnaire qui perd le procès peut se voir rembourser les dépens dus à l'autre partie, mais pas les frais de sa propre représentation [2824]. Il faut enfin relever que l'avance de frais, qui sera mise à la charge du demandeur, peut elle-même déjà être rédhibitoire [2825].

1237 En réponse à la problématique de l'avance de frais, il est possible d'envisager une application par analogie de la jurisprudence en matière de contestation du rapport d'échange (art. 105 LFus). L'alinéa 3 de cette disposition prévoit que les frais de la procédure sont à la

[2819] BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 756 N 16 ; CR CO II-CORBOZ, art. 756 N 26 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 151.

[2820] SCHMID 1993, p. 346.

[2821] Dans ce sens, en cas de mise des frais à la charge d'un tiers en application de l'art. 108 CPC : TF 4A_93/2015 du 22 septembre 2015, consid. 1.3.2.4 non publié *in* ATF 141 III 26.

[2822] Comp. TF 4A_93/2015 du 22 septembre 2015, consid. 1.3.2.4 non publié *in* ATF 141 III 26.

[2823] WATTER/GARBARSKI 2009, p. 151 s. ; GRAF 2013, p. 411.

[2824] D'un autre avis : GRAF 2013, p. 416.

[2825] Rapport 2014, p. 48 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 157 ; NIKITINE 2007, p. 92 ; TRIGO TRINDADE 2004b, p. 57 ; GELTER 2012, p. 869. On relève aussi que l'avance de frais n'est pas remboursée par le tribunal, mais par la partie qui succombe (art. 111 CPC) ; l'actionnaire qui a gain de cause supporte dès lors le risque de l'insolvabilité du succombant (BÄRTSCHI 2014, p. 60 ; GRAF 2013, p. 411).

charge du sujet reprenant à moins que des circonstances particulières ne justifient de mettre tout ou partie des frais à la charge du demandeur. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a retenu que le demandeur était dispensé de l'obligation d'avancer les frais judiciaires, à moins qu'il n'existe des motifs prévisibles de mettre ceux-ci à sa charge [2826]. Ce principe peut tout aussi bien s'appliquer dans le contexte de l'art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014. La dispense de l'avance de frais pourrait alors faire l'objet d'un examen sommaire sur le modèle de celui prévu à l'art. 119 al. 3 CPC pour l'octroi de l'assistance judiciaire [2827].

Quoi qu'il en soit, ces aménagements n'amélioreront pas de manière décisive l'attractivité de l'action oblique. En effet, le bénéfice que l'actionnaire peut retirer d'une action couronnée de succès reste limité par le principe du versement à la société (art. 756 al. 1 CO) [2828]. Même si la responsabilité de l'organe de gestion est admise, l'accroissement du patrimoine de la société qui en résulte se traduira souvent par une augmentation infime de la valeur de la participation de l'actionnaire [2829]. L'utilité économique d'une action en responsabilité sera dès lors très souvent négative pour l'actionnaire [2830]. 1238

À ce déséquilibre de base s'ajoutent des incertitudes sur la mesure dans laquelle l'actionnaire sera libéré des frais, puisqu'il dépend à cet égard du pouvoir d'appréciation du tribunal [2831]. On imagine d'ailleurs mal le même juge rejeter une action en responsabilité et estimer dans le même temps que l'actionnaire avait « de bonnes raisons d'agir » [2832]. 1239

Remarquons que dans un cas particulier, il n'est pas exclu que le calcul d'opportunité de l'action en responsabilité soit positif ; il faudrait toutefois pour cela que les chances de succès d'une action en responsabilité soient particulièrement bonnes et que le montant de l'indemnité envisageable, conjugué à la quotité de la participation de l'actionnaire puisse avoir un effet positif sensible sur le patrimoine du demandeur [2833]. Ces critères seront rarement remplis en pratique. Il n'est dès lors pas surprenant que les actions en responsabilité oblique soient particulièrement rares et que, lorsqu'elles surviennent, elles soient motivées par des intérêts non directement pécuniaires [2834]. 1240

[2826] ATF 135 III 603, consid. 2.1.3, JdT 2011 II 380 ; arrêt confirmé en ce qui concerne la mise des frais à la charge du requérant *in* TF 4A_100/2015, consid. 4.2.

[2827] Pour une dispense de l'avance de frais : MÜLLER K. 2015, p. 834 ; BÄRTSCHI 2014, p. 115. Voir ég. GRAF 2013, p. 416.

[2828] TRIGO TRINDADE 2004b, p. 57.

[2829] GRAF 2013, p. 410 ; WAGNER 2014, p. 243.

[2830] Voir les calculs proposés *in* WATTER/GARBARSKI 2009, p. 152 ss ; WAGNER 2014, p. 243.

[2831] BÄRTSCHI 2014, p. 62 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 161 ; KALSS 2005, p. 697 ; en faveur d'une application généreuse de l'art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014 : GRAF 2013, p. 414.

[2832] BÄRTSCHI 2014, p. 62.

[2833] Comp. GRAF 2013, p. 414.

[2834] GRAF 2013, p. 415. Voir p. ex. TF 4A_524/2011 du 16 février 2012 : conflit notoire entre la demanderesse et la majorité.

4.2.2. Autorisation d'intenter action aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO 2014)

a) Introduction

1241 Afin de limiter les risques pris par l'actionnaire en termes de frais, l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 prévoit une nouvelle procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société (art. 697*j* s. CO). Le législateur répond ainsi à des appels répétés de la doctrine, réclamant l'institution d'une procédure sommaire préalable sur la question de la prise en charge des frais de l'action oblique par la société [2835]. Cette procédure permettrait d'une part à l'actionnaire d'être fixé à un stade précoce sur le coût que l'action en responsabilité représente pour lui [2836] et d'autre part d'effectuer un tri entre les actions justifiées et celles qui sont abusives ou manifestement mal fondées [2837].

1242 Avec la procédure d'autorisation d'intenter action aux frais de la société, la Suisse s'inspire du droit allemand de la société anonyme, qui connaît un tel *Klagezulassungsverfahren* au § 148 AktG. Selon cette disposition, des actionnaires représentant 1 % du capital-actions ou une participation de 100 000 euros peuvent requérir l'autorisation d'agir au titre du dommage de la société ; si cette requête est admise, la société doit dédommager les demandeurs de leurs frais, à moins qu'ils aient, intentionnellement ou par négligence grave, fondé leur requête sur des faits inexacts (§ 148 al. 6 AktG, 4e phr.) [2838]. Les conditions d'admission prévues à l'art. 697*k* al. 2 AP-CO 2014 sont très proches de celle du *Klagezulassungsverfahren*. L'interprétation du § 148 AktG offrira dès lors des éléments pertinents pour la procédure suisse d'autorisation d'agir aux frais de la société.

1243 Globalement, la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société se déroule en deux étapes : elle commence par une proposition à l'assemblée générale (art. 697*j* al. 1 AP-CO 2014), qui peut décider d'approuver ou non l'action aux frais de la société. Si l'assemblée générale refuse, une minorité qualifiée d'actionnaires peut ensuite saisir le juge (art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014) ; si cette requête est admise, la société supporte les frais de la procédure au fond (art. 697*k* al. 7 AP-CO 2014). On notera avec intérêt que la proposition suisse prévoit que les frais seront directement mis à la charge de la société, alors que le § 148 AktG prévoit que la société indemnise le demandeur des frais encourus (al. 6, 5e phr.).

[2835] VON DER CRONE/BLOCH 2012, p. 115 ; BÄRTSCHI 2014, p. 90 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 161 ; voir ég. la proposition Recordon/Savary, BO CE 2009 712.

[2836] WATTER/GARBARSKI 2009, p. 161 ; KALSS 2005, p. 697.

[2837] BÄRTSCHI 2014, p. 92.

[2838] *« Wird die Klage ganz oder teilweise abgewiesen, hat die Gesellschaft den Klägern die von diesen zu tragenden Kosten zu erstatten, sofern nicht die Kläger die Zulassung durch vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt haben »*

b) Proposition à l'assemblée générale (art. 697*j* al. 1 AP-CO 2014)

Selon l'art. 697*j* al. 1 AP-CO 2014, des actionnaires qui ont le droit d'intenter une action en paiement à la société peuvent proposer à l'assemblée générale d'intenter une telle action aux frais de la société s'ils détiennent, séparément ou ensemble 3% (sociétés dont les actions sont cotées en bourse) ou 10% (sociétés non cotées) du capital-actions ou des voix. Cette proposition ne doit pas être inscrite à l'ordre du jour (art. 703 al. 1 AP-CO 2014). Selon les nouvelles modalités prévues dans l'avant-projet du 28 novembre 2014, cette décision se prend à la majorité des voix exprimées (art. 703 al. 2 AP-CO 2014 ; les absentions ne sont plus considérées comme des voix exprimées, al. 3). 1244

Si l'assemblée générale donne suite à la proposition, elle confie la conduite du procès au conseil d'administration ou désigne un représentant de la société (art. 697*j* al. 1 AP-CO 2014) ; si l'action n'est pas introduite dans un délai de six mois, chaque actionnaire peut requérir l'autorisation d'intenter une action aux frais de la société. Excepté les seuils prévus à l'art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014, cette requête doit remplir les conditions prévues à l'art. 697*k* AP-CO 2014 [2839]. 1245

c) Requête judiciaire d'autorisation d'agir aux frais de la société (art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014)

aa) Éléments de procédure

Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires disposant, séparément ou ensemble, d'au moins une des participations prévues à l'art. 697*j* AP-CO 2014 peuvent, dans un délai de trois mois, requérir du tribunal l'autorisation d'intenter une action en paiement à la société aux frais de celle-ci (art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014). Si l'assemblée générale a donné suite à la proposition, mais n'a pas intenté l'action dans les six mois, la requête peut être introduite par chaque actionnaire (art. 697*j* al. 3 AP-CO 2014). 1246

Le litige est soumis à la procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 14 AP-CPC 2014). La compétence locale est donnée par la règle générale de l'art. 10 CPC ; le for est donc situé au siège de la société. La compétence matérielle est réglée par les cantons. La requête d'autorisation d'agir aux frais de la société est dirigée contre celle-ci [2840]. 1247

L'art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014 prévoit un délai de trois mois à compter du jour de l'assemblée générale pour introduire la requête. L'art. 758 al. 2 AP-CO 2014 prévoit que le délai de déchéance de six mois pour intenter action suite à l'octroi de la décharge est suspendu 1248

[2839] Rapport 2014, p. 111.
[2840] Rapport 2014, p. 112

pendant la procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société. La prescription de l'art. 760 CO n'est en revanche pas interrompue.

1249 Pendant la procédure, la société peut déclarer vouloir intenter l'action ; le cas échéant, le tribunal lui impartit un délai de six mois pour le faire, faute de quoi il admettra la requête (art. 697*k* al. 3 AP-CO 2014). L'action des actionnaires est en effet subsidiaire à la société [2841]. Il faut sans doute en déduire que la société qui choisit d'agir elle-même devient seule partie à la procédure au fond. L'actionnaire peut éventuellement participer par la voie de l'intervention accessoire (art. 74 CPC). Pendant le délai de six mois où la société peut intenter action, l'introduction d'une action en responsabilité par des actionnaires est vraisemblablement exclue.

bb) Conditions d'admission de la requête

1250 Selon l'art. 697*k* al. 2 AP-CO 2014, la requête est admise lorsque les requérants rendent vraisemblable une violation de la loi ou des statuts ainsi qu'un dommage ou un préjudice financier causé à la société (let. a) ; lorsque les requérants ont acquis leur participation avant d'avoir eu connaissance de la violation de la loi ou des statuts invoquée (let. b) et que l'action ne porte pas préjudice à des intérêts prépondérants de la société (let. c).

1251 La première condition, soit la vraisemblance d'un manquement et d'un préjudice, correspond aux conditions matérielles d'admission d'une requête en contrôle spécial (art. 697*b* al. 2 CO) ; il est donc permis de renvoyer aux développements y relatifs [2842].

1252 L'exigence d'une acquisition des actions avant de prendre connaissance du manquement justifiant une action en responsabilité (art. 697*k* al. 2 let. b AP-CO 2014) vise à prévenir les abus : on cherche à éviter un activisme agressif d'actionnaires qui acquerraient des actions de la société justement dans le but d'introduire une action en responsabilité [2843]. À suivre le texte de cette disposition, le manquement doit être connu de l'actionnaire ; il ne suffit pas qu'il ait dû s'en rendre compte en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances [2844].

1253 L'action en responsabilité doit être introduite dans l'intérêt de la société : la requête doit ainsi être refusée en application de l'art. 697*k* al. 2 let. c AP-CO 2014 « lorsque la violation

[2841] Rapport 2014, p. 112.

[2842] N 649 ss *supra*.

[2843] Comp. Rapport UMAG, p. 21 ; CHABLOZ 2015, N 30.

[2844] Critique : GRAF 2013, p. 726 s. Le § 148 al. 1 ch. 1 AktG se réfère au moment où les actionnaires auraient dû prendre connaissance des manquements ou du dommage en raison d'une publication *(« von den behaupteten Pflichtverstössen oder dem behaupteten Schaden auf Grund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten »)*. En toute hypothèse, il pourra être difficile pour le demandeur de prouver qu'il n'avait pas connaissance des faits à la base du manquement invoqué s'ils ont été communiqués au public.

en question n'a infligé à la société qu'un dommage insignifiant, lorsque le débiteur n'est manifestement pas en mesure de satisfaire aux exigences de la société, ou lorsque la perspective de dommages et intérêts ne compense pas, pour la société, les conséquences désagréables d'un procès, en particulier pour son activité »[2845]. Le texte de l'art. 697*k* al. 2 let. c AP-CO 2014 réserve uniquement les intérêts *prépondérants* de la société ; il faudrait dès lors faire preuve de retenue dans l'application de cette condition[2846]. Cette disposition doit notamment permettre de rejeter les requêtes manifestement excessives en regard de la réparation envisageable. Une certaine circonspection est en revanche de mise lorsque la société invoque la publicité négative que pourrait causer l'action en responsabilité : si un actionnaire décide d'intenter action, il n'est pas exclu que les manquements invoqués soient déjà connus du public[2847].

cc) Effets de l'admission de la requête

Si le tribunal admet la requête, que ce soit sur la base de l'art. 697*k* al. 2 ou 3 AP-CO 2014, les requérants disposent d'un délai de six mois pour intenter l'action en responsabilité ; pendant ce délai, l'introduction d'une action par la société est à notre avis exclue. Ces délais peuvent être prolongés (art. 697*k* al. 5 AP-CO 2014). On peut se demander qui est habilité à agir au fond suite à la délivrance de l'autorisation d'agir aux frais de la société. Puisque la qualité pour agir au titre du dommage de la société est donnée à chaque actionnaire (art. 756 al. 1 CO), il faut à notre avis partir du principe que les actionnaires autorisés à agir forment une *consorité nécessaire formelle* ; ils sont dans une situation similaire aux créanciers auxquels une créance a été cédée en application de l'art. 260 LP. Dès lors, tous les actionnaires parties à la procédure d'autorisation d'agir à la société ne doivent pas nécessairement participer à la procédure au fond ; ceux qui choisissent de le faire doivent toutefois agir ensemble[2848]. 1254

Si le tribunal rejette la requête, l'actionnaire reste libre d'agir en responsabilité à ses propres frais (art. 756 al. 1 CO) ; le cas échéant, il sera possible d'appliquer l'art. 107 al. 1[bis] AP-CPC 2014 s'il avait de bonnes raisons d'agir[2849]. 1255

Sur demande des requérants, le tribunal peut exiger que la société leur verse une provision ou leur fournisse des sûretés pour financer la préparation et la conduite de la procédure au fond (art. 697k al. 6 AP-CO). En outre, la société supporte l'intégralité des frais de la 1256

[2845] Rapport 2014, p. 112

[2846] CHABLOZ 2015, N 31 ; GRAF 2013, p. 727 ; voir ég. BACHMANN 2014, p. E 96 ; BROMMER 2013, p. 127 ; comp. N 826 ss *supra*.

[2847] SPINDLER 2013, p. 899.

[2848] D'un autre avis : GRAF 2013, p. 727, qui considère que tous les actionnaires ayant participé à la procédure préalable doivent agir ensemble, mais reconnaît que les seuils prévus à l'art. 697*k* al. 1 AP-CO 2014 ne doivent pas nécessairement être maintenus.

[2849] Voir les N 1225 ss *supra*.

procédure au fond, y compris la fourniture d'avances et de sûretés, ainsi que les frais d'une représentation légale adéquate des requérants, sauf en cas de mauvaise foi ou de comportement téméraire (art. 697k al. 7 AP-CO 2014). La prise en charge doit également concerner les frais d'une procédure de recours, pour autant qu'il ne soit pas entièrement dénué de chances de succès [2850]. Ainsi, l'avant-projet 2014 retient clairement que les frais d'avocat du demandeur sont aussi pris en charge par la société. Concernant le montant de cette prise en charge, on pourra se référer aux principes prévalant en matière de rémunération du conseil juridique d'une partie au bénéfice de l'assistance judiciaire. Les « frais d'une représentation légale adéquate » font écho à la notion de rémunération « équitable » prévue à l'art. 122 al. 1 let. a CPC.

d) Frais de la procédure préalable

1257 Les frais de la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société sont répartis conformément aux art. 106 ss CPC. De manière générale, il est entendu que les coûts de cette procédure préalable doivent rester faibles par rapport à ceux d'une action au fond [2851]. En effet, il faut que cette procédure soit accessible aux actionnaires minoritaires. La gratuité de la procédure préalable doit en revanche être exclue afin d'éviter les actions téméraires.

1258 Certains cantons prévoient un plafonnement des émoluments de décision en procédure sommaire [2852] ; d'autres appliquent un tarif dépendant de la valeur litigieuse. Celle-ci est déterminée par les conclusions (art. 91 al. 1 CPC). L'objet de la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société n'est pas une somme d'argent déterminée. Dès lors, en l'absence d'entente des parties sur la valeur litigieuse, celle-ci doit être fixée par le juge (art. 91 al. 2 CPC). À première vue, la valeur litigieuse de la procédure d'agir devrait correspondre aux frais du procès au fond, qui dépendent eux-mêmes du montant du dommage allégué [2853]. La détermination de ce montant est cependant aléatoire, puisqu'elle dépend grandement de la complexité de la procédure et du nombre d'instances parcourues [2854]. Cette incertitude peut justifier une application de l'art. 85 CPC, qui dispenserait le requérant d'articuler la valeur de sa prétention et l'obligerait à formuler une valeur litigieuse minimale. Celle-ci

[2850] GRAF 2013, p. 727 s.

[2851] Rapport 2014, p. 112 ; comp. ATF 123 III 261, consid. 4, JdT 1999 I 27 (contrôle spécial).

[2852] Ainsi, à Genève (art. 26 RTFMC/GE) et à Neuchâtel (art. 13 TFrais/NE), l'émolument forfaitaire de décision est plafonné à 10000 francs ; dans le canton de Vaud, le plafond est fixé à 800 francs pour le juge de paix, à 1600 pour le président et le tribunal d'arrondissement et à 3000 francs pour la Cour civile (art. 28 al. 1 TFJC/VD)

[2853] GRAF 2013, p. 728.

[2854] Les tarifs cantonaux prévoient ainsi souvent une majoration lorsque la procédure implique un travail important, que la valeur litigieuse est très élevée (art. 7 TFrais/NE ; art. 6 RTFMC/GE ; art. 6 TFJC/VD ; § 4 al. 2 GebV OG/ZH) ou en cas de pluralité de défendeurs (art. 13 RTFMC/GE)

correspondrait hypothétiquement à la somme de l'émolument forfaitaire de décision et des dépens de la procédure de première instance du litige au fond.

Face à ces difficultés, il nous semble plus approprié de fixer la valeur litigieuse de la procédure préalable à une fraction du dommage allégué. Ceci simplifierait le calcul et permettrait de tenir compte du caractère préparatoire de la procédure préalable [2855]. En guise de valeur de référence, nous proposons une valeur litigieuse correspondant à 10% de la prétention en réparation invoquée [2856]. 1259

Cette proportion devrait produire un résultat acceptable en regard des buts de l'action préalable, qui sont de faciliter la mise en œuvre de l'action en responsabilité par des actionnaires minoritaires tout en limitant les actions téméraires. Nous souhaitons illustrer ceci par deux exemples, basés sur les des tarifs de base pour les frais judiciaires et dépens des cantons de Zurich (§ 4 et 8 al. 1 GebV OG/ZH ; § 4 et 9 AnwGebV/ZH) [2857] et Genève (art. 17, 26, 85 et 88 RTFMC/GE) [2858]. Nous nous basons sur deux hypothèses, représentatives des sommes habituellement demandées dans le cadre de procès en responsabilité des organes : un dommage d'un million de francs, puis un dommage de dix millions de francs. Les frais encourus par le requérant au cours de la procédure préalable sont les suivants : 1260

— à Zurich, pour un dommage d'*un million de francs*, la valeur litigieuse de la procédure préalable sera de 100 000 francs et les frais encourus en première instance par l'actionnaire dans le cadre de la requête d'autorisation d'agir aux frais de la société se montent à 14 403 francs (émolument de décision : 6563.– ; défraiement : 7840.–), soit environ *1,4% du dommage allégué* ;
— pour un dommage de *dix millions de francs* et une valeur litigieuse pour la procédure préalable d'un million de francs les frais encourus par l'actionnaire dans le cadre de la requête d'autorisation d'agir aux frais de la société se montent à 45 648 francs (émolument de décision : 23 063.– ; défraiement : 22 585.–), soit environ *0.5% du dommage allégué* ;
— à Genève, pour un dommage d'*un million de francs*, la valeur litigieuse de la procédure préalable sera de 100 000 francs et les frais encourus par l'actionnaire dans le cadre de la requête d'autorisation d'agir aux frais de la société se montent à 20 900 francs (émolument de décision : 10 000.– ; défraiement : 10 900.–), soit environ *2,1% du dommage allégué* ;

[2855] Comp. OG ZH LF110118 du 20 janvier 2012 (consultation) ; ATF 123 III 261, consid. 4a, JdT 1999 I 27 (contrôle spécial) ; voir ég. Kölner Komm-RIECKERS/VETTER, § 148 N 634.
[2856] Comp. Kölner Komm-RIECKERS/VETTER, § 148 N 635.
[2857] Nous avons pris pour hypothèse la réduction minimale applicable pour la procédure sommaire, soit un émolument de décision se montant à trois quarts du tarif normal (§ 8 al. 1 GebV OG/ZH) et deux tiers pour les dépens (§ 9 AnwGebV/ZH).
[2858] Pour la réduction des dépens applicable en procédure sommaire, nous avons choisi l'hypothèse d'une réduction à deux tiers du tarif habituel (art. 88 RTFMC/GE).

— pour un dommage de *dix millions de francs* et une valeur litigieuse pour la procédure préalable d'un million de francs, les frais encourus par l'actionnaire dans le cadre de la requête d'autorisation d'agir aux frais de la société se montent à 30 933 francs (émolument de décision : 10 000.– ; défraiement : 20 933.–), soit environ *0,3% du dommage allégué*.

1261 La solution présentée, conforme à la nature de la procédure préalable, a l'avantage d'être plus simple qu'un calcul passant par le montant prévisible des frais encourus par la société lors du procès au fond [2859]. Surtout, elle permet de limiter efficacement les frais de procédure auxquels s'expose l'actionnaire qui souhaite agir pour le dommage de la société, tout en évitant les procédures totalement infondées puisqu'un certain risque financier subsiste. Il faudra éventuellement déterminer si, dans les cantons connaissant un plafonnement des frais en procédure sommaire, les coûts encourus ne sont pas trop faibles en regard du potentiel de nuisance que peut avoir une requête abusive.

1262 Une répartition des frais en équité (art. 107 CPC) devrait entrer en ligne de compte dans le cadre de la procédure préalable [2860]. Elle pourrait se justifier en particulier lorsque la requête d'autorisation est rejetée pour des motifs que la société aurait pu communiquer au requérant dans le cadre de l'exercice de son droit aux renseignements [2861]. De même, les frais doivent être mis à la charge de la société si celle-ci déclare au cours de la procédure préalable vouloir intenter l'action elle-même (art. 697*k* al. 3 AP-CO 2014).

e) Analyse

aa) Appréciation globale

1263 Nous avons développé ci-dessus la question de l'opportunité d'un passage devant l'assemblée générale ainsi que les questions de coordination qui se posent entre la décision prise en application de l'art. 697*j* AP-CO 2014 et celle tendant à l'introduction d'une action en responsabilité (art. 756 al. 2 AP-CO 2014) [2862]. À notre sens, le vote préalable de l'assemblée générale est une complication inutile et retarde la mise en œuvre de la responsabilité ; il

[2859] On relèvera au demeurant que les deux méthodes ne produisent pas de résultats sensiblement différents : les frais d'une procédure préalable dont la valeur litigieuse est calculée selon le montant des frais de la procédure au fond se monteraient, pour un dommage d'un million de francs, à 10 257.50 francs à Zurich (valeur litigieuse de 62 150 francs ; 1% du dommage total) et à 18 026 francs à Genève (valeur litigieuse de 61 600 francs ; environ 1,8% du dommage total).

[2860] Comp. TF 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7 ; GRAF 2013, p. 728.

[2861] Comp. § 148 al. 6, 2e phr.

[2862] N 866 ss *supra*.

suffirait de prévoir une mise en demeure de la société par l'actionnaire, avec la fixation d'un délai convenable.

Dans l'absolu, la procédure préalable relative à la prise en charge des frais par la société peut avoir un effet positif sur la volonté des actionnaires d'agir en responsabilité. Elle leur permet en effet d'être fixés à l'avance sur les coûts auxquels ils s'exposent lors du procès au fond ; si la requête est admise, ils peuvent agir avec la certitude que leur propre engagement financier sera limité [2863]. On saluera également le fait que l'art. 697*k* al. 7 CO prévoit non seulement une prise en charge des frais et dépens de la procédure au fond, mais aussi les coûts d'une représentation adéquate des requérants. L'avant-projet lève par ailleurs deux obstacles importants à l'introduction d'actions en responsabilité obliques en réglant le sort de l'avance de frais et des frais de représentation de l'actionnaire (art. 697*k* al. 7 AP-CO 2014) [2864]. La requête d'autorisation d'agir aux frais de la société étant soumise à la procédure sommaire, les coûts de cette procédure préalable sont acceptables, compte tenu du fait qu'un certain risque financier pour le requérant est nécessaire pour éviter les procédures totalement infondées [2865]. On pourra éventuellement se demander si, dans les cantons connaissant un plafonnement des frais en procédure sommaire, les frais encourus ne sont pas trop faibles en regard du potentiel de nuisance que peut avoir une requête abusive [2866]. 1264

L'objectif visé par la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société est louable du point de vue de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants. Il faut toutefois constater que, dans l'ensemble, la procédure est excessivement complexe et les conditions posées à l'admission de la requête sont trop strictes. De fait, les barrières érigées par le législateur par crainte des abus sont si importantes qu'elles décourageront toute velléité de mettre en œuvre la responsabilité des dirigeants. L'expérience allemande avec l'*Aktionärsklage* le démontre, puisque cette institution n'a quasiment jamais été utilisée depuis son introduction en 2005 [2867]. Les risques d'une déferlante d'actions en autorisation abusives ont été clairement surestimés par le législateur allemand [2868]. Si les art. 697*j* s. AP-CO 2014 étaient adoptés, le droit suisse s'alourdirait d'une institution sans aucune importance pratique [2869]. D'ailleurs, la procédure prévue aux art. 697*j* ss a été très critiquée lors de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 [2870], ce qui a poussé le Conseil fédéral à renoncer à intégrer celle-ci au projet qu'il soumettra aux 1265

[2863] Comp. WATTER/GARBARSKI 2009, p. 161 ; GRAF 2013, p. 729.
[2864] Critique : GRAF 2013, p. 729.
[2865] BÄRTSCHI 2014, p. 92 ; BACHMANN 2014, p. E 98 ; SCHMOLKE 2011, p. 408. Voir N 1257 *supra*.
[2866] Voir p. ex. art. 26 RTFMC/GE et art. 13 TFrais/NE : plafond à 10000 francs ; art. 28 al. 1 TFJC/VD : plafond maximal à 3000 francs.
[2867] Voir Kölner Komm, § 148 N 81 : trois cas recensés jusqu'en 2015, dont un seul traite véritablement des conditions de la *Klagezulassung* (LG Munich du 29 mars 2007, AG 2007 458).
[2868] HABERSACK 2013, p. 791 ; SCHMOLKE 2011, p. 423.
[2869] Doutes partagés par MÜLLER K. 2015, p. 830.
[2870] Résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014, p. 29 s.

chambres [2871]. L'idée d'un mécanisme permettant de libérer à l'avance le demandeur des frais de l'action oblique reste néanmoins très intéressante si l'on veut améliorer l'attractivité de cette action pour le dommage de la société. Pour cette raison, il se justifie d'étudier, dans les lignes qui suivent, des aménagements qui permettraient de rendre viable la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société.

bb) Conditions d'admission de la requête

1266 La conduite d'une action en responsabilité aux frais de la société n'est opportune que si elle présente certaines chances de succès ; c'est donc à raison que le requérant doit rendre plausible l'existence d'une prétention (art. 697*k* al. 2 let. a AP-CO 2014). On peut se demander si la vraisemblance simple du manquement et du dommage constitue un seuil approprié ; il pourrait être dans l'intérêt des sociétés d'éviter la multiplication de procédures préalables fondées sur de simples soupçons. On pourrait ainsi imaginer exiger la vraisemblance prépondérante des faits allégués [2872] ou la vraisemblance de manquements d'une certaine gravité reposant p. ex. sur un manquement grave au devoir de fidélité ou une violation grave de la loi ou des statuts (comp. § 148 al. 1 ch. 3 AktG) [2873]. Dans l'intérêt d'une mise en œuvre efficace de la responsabilité, la transposition de cette condition prévue par le droit allemand doit être rejetée : la nécessité d'une procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société découle entre autres de l'impossibilité pour l'actionnaire d'estimer les chances de succès d'une action en raison de son accès limité aux informations pertinentes. Le but de cette procédure préalable serait manqué si les exigences en matière de vraisemblance étaient interprétées trop sévèrement. Ensuite, faire dépendre l'admission de la requête de la gravité apparente du manquement représenterait une complication difficilement compatible avec le but de la procédure sommaire [2874]. L'un des principaux effets de la solution allemande est d'empêcher la remise en cause de décisions de gestion par le biais de l'*Aktionärsklage* [2875] ; cette restriction peut se justifier en raison du renversement du fardeau de preuve prévu au § 93 al. 2 AktG, mais n'a pas sa place en droit suisse.

1267 Selon ISABELLE CHABLOZ, il faudrait au contraire assouplir la condition de la vraisemblance et

[2871] Communiqué aux médias du Conseil fédéral du 4 décembre 2015 : « Grandes lignes du projet de révision du droit de la société anonyme ».

[2872] GRAF 2013, p. 726.

[2873] *« Tatsachen [...] die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist »*. L'*Unredlichkeit* est définie comme un manquement au devoir de fidélité à la limite du délit *(stets ins Kriminelle reichende Treuepflichtverstösse)* (Rapport UMAG, p. 22).

[2874] Dans le même sens : SCHMOLKE 2011, p. 420 ; voir cependant BACHMANN 2014, p. E 95. Selon GERHARD WAGNER il serait d'ailleurs contradictoire de devoir rendre vraisemblable une violation grave au cours de la procédure préalable alors que la responsabilité des dirigeants est engagée indépendamment de la gravité de leur faute (WAGNER 2014, p. 267 s.).

[2875] SPINDLER 2013, p. 899.

exiger, par analogie avec les conditions d'admission du contrôle spécial prévues à l'art. 697*d* al. 3 AP-CO 2014, la vraisemblance d'une violation de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires [2876]. À notre sens, il serait mal venu de permettre à l'actionnaire d'initier un procès en responsabilité aux frais de la société sans le moindre indice de l'existence d'un dommage. Par ailleurs, nous soutenons que l'allègement de la condition de vraisemblance du dommage n'améliore pas nécessairement les chances d'admission de la requête [2877]. En définitive, il se justifie de maintenir l'exigence prévue à l'art. 697*k* al. 2 let. a AP-CO 2014.

La condition de l'acquisition des actions avant d'avoir pris connaissance du dommage (art. 697*k* al. 2 let. b AP-CO 2014) est également discutée : le fait qu'un actionnaire ait acquis les actions *a posteriori* ne l'empêche pas d'avoir un intérêt légitime à la mise en œuvre de la responsabilité [2878]. Les actions abusives devraient déjà pouvoir être évitées dans la mesure où l'art. 697*k* al. 2 let. c AP-CO 2014 réserve les intérêts sociaux prépondérants. Qui plus est, un abus de droit pourrait également être sanctionné en application de l'art. 2 al. 2 CC [2879]. Tant que l'actionnaire ne retire pas d'avantage direct de l'action oblique, il nous semble que la crainte de voir se développer un modèle d'affaires fondé sur l'invocation de prétentions en responsabilité n'est pas fondée [2880]. Dans cette mesure, l'art. 697*k* al. 2 let. b AP-CO doit être radié [2881]. 1268

Il est en revanche légitime de vouloir garantir la conformité de l'action avec l'intérêt social ; de toute manière, comme nous l'avons évoqué plus haut, l'art. 697*k* al. 2 let. c AP-CO 2014 a caractère d'exception. Cette condition n'est donc ni inopportune, ni rédhibitoire pour la mise en œuvre de prétentions par les actionnaires. Certains auteurs s'interrogent sur l'opportunité de confier au juge la question de savoir si une action en responsabilité est conforme à l'intérêt social ou pas [2882]. Ces doutes sont infondés : en raison de l'attractivité économique limitée de la procédure préalable, le juge ne sera de toute manière saisi que dans les cas exceptionnels où la pesée d'intérêts au sein de la société est manifestement défaillante [2883]. On relèvera d'ailleurs que la procédure préalable permet au moins d'entendre la société dans le cadre d'une procédure sommaire plutôt que de l'impliquer directement dans un procès au fond concernant la responsabilité des dirigeants. 1269

[2876] CHABLOZ 2015, N 29.
[2877] N 704 *supra*.
[2878] BACHMANN 2014, p. E 93 s.
[2879] Comp. GRAF 2013, p. 726 ; SCHMOLKE 2011, p. 428.
[2880] Voir SCHMOLKE 2011, p. 428, qui relève que cette exigence a son origine dans la *derivative suit* de droit américain ; dans cet ordre juridique, le potentiel d'abus est nettement supérieur en raison de la possibilité pour les plaideurs de réaliser des bénéfices par l'introduction d'actions aux fondements douteux (*idem*, p. 412 ss). *Contra* : CHABLOZ 2015, N 30.
[2881] Également en faveur d'une suppression, mais à condition d'un maintien du quorum : BACHMANN 2014, p. E 94.
[2882] BÖCKLI 2015, p. 6 ; BÜHLER 2015, p. 357 ; MÜLLER K. 2015, p. 829 s.
[2883] N 1290 *infra*.

cc) Qualité pour requérir l'autorisation d'agir aux frais de la société

1270 L'un des principaux défauts du projet est à notre avis la fixation de seuils pour requérir l'autorisation d'agir aux frais de la société. Selon le rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014, ceux-ci ont été introduits en raison des effets négatifs que peut avoir l'implication de la société dans un procès en responsabilité long et complexe [2884]. De manière générale, il est permis de se demander en quoi le fait d'atteindre un certain quorum garantit qu'un actionnaire agit avec l'intérêt social en tête [2885]. Tant que l'action en responsabilité oblique sera conçue comme une action en paiement à la société, la fixation de seuils est *superflue* [2886] : le fait que l'actionnaire ne profite de la réparation versée qu'à hauteur de sa participation dans la société suffit déjà à décourager l'introduction d'actions en responsabilité par de petits actionnaires [2887]. Il existe un seuil naturel en dessous duquel l'introduction d'une action en responsabilité oblique est économiquement insoutenable ; la participation à partir de laquelle une action peut être envisagée dépendra notamment de l'ampleur du dommage et des chances de succès de l'action [2888]. Ce seuil naturel s'abaissera par conséquent à mesure que le montant du dommage et la gravité du manquement (qui se traduira par une preuve facilitée des conditions de la responsabilité) augmentent. Le seul effet d'une limite en pourcentage serait dès lors d'empêcher la mise en œuvre de la responsabilité lorsqu'elle s'impose vraiment.

dd) Intervention de la société

1271 Un autre aspect qui peut être problématique est le droit de la société de s'approprier la procédure en responsabilité. Du point de vue dogmatique, la subsidiarité de l'action oblique est justifiée, puisque celle-ci tend à l'invocation d'une prétention sociale [2889]. L'avant-projet s'écarte ici de la réglementation prévue au § 148 AktG, qui prévoit que la société peut non seulement déclarer, lors de la procédure préalable, vouloir intenter action elle-même (1ère phrase), mais aussi prendre la place du demandeur dans la procédure au fond (2e phrase). L'art. 697*k* al. 3 AP-CO 2014 semble retenir uniquement la première possibilité ; l'intervention de la société dans une procédure au fond intentée par un actionnaire obéirait dès lors aux

[2884] Rapport 2014 p. 111 ; préoccupation partagée par BÖCKLI 2015, p. 6 ; BÜHLER 2015, p. 357.
[2885] SCHMOLKE 2011, p. 424 s.
[2886] Comp. WATTER/GARBARSKI 2009, p. 160. Également en faveur d'un droit individuel : BÄRTSCHI 2014, p. 97 ; voir ég. HABERSACK 2013, p. 793 s. *Contra* : CHABLOZ 2015, N 26.
[2887] Voir l'exemple développé *in* WATTER/GARBARSKI 2009, p. 156. Voir ég. WAGNER 2014, p. 243 ; SPINDLER 2013, p. 901.
[2888] Comp. KALSS 2005, p. 647. Voir ég. les exemples de calcul N 1257 *supra*.
[2889] BACHMANN 2014, p. E 97.

règles générales. Dès lors, une fois que l'action au fond est pendante, la société ne pourrait intervenir qu'à titre accessoire (art. 74 CPC) [2890].

Cette divergence doit être saluée. Permettre à la société de s'approprier une action en responsabilité introduite par un actionnaire autorisé à agir aux frais de la société constituerait un faux pas conceptuel : puisqu'il ne profite pas directement de l'action, l'actionnaire n'est incité à requérir l'autorisation d'agir qu'en cas de conflit d'intérêts massif et manifeste de la société et de la majorité des actionnaires. Il serait inopportun de permettre alors à la société d'évincer l'actionnaire de la procédure au fond, puis de disposer du litige à sa guise [2891]. 1272

ee) Synthèse et analyse économique

En comparaison avec le régime allemand, les barrières à l'admission d'une requête d'autorisation d'agir aux frais de la société semblent moins élevées. En particulier, les requérants n'ont pas à rendre vraisemblable une violation qualifiée des devoirs des organes de gestion. Les art. 697*j* s. AP-CO 2014 doivent cependant être modifiés sur plusieurs points pour que cette procédure préalable puisse véritablement fonctionner [2892]. Il faut tout d'abord supprimer l'art. 697*j* AP-CO 2014 et remplacer la proposition à l'assemblée générale par une mise en demeure de la société ; ensuite, le droit de requérir la conduite d'une procédure aux frais de la société doit appartenir à chaque actionnaire et non à une minorité qualifiée. De même, la qualité pour agir ne devrait pas dépendre du moment de l'acquisition des actions. En effet, la nature de l'action en responsabilité oblique garantit que les actionnaires seront rarement incités à engager une procédure. Les conditions de vraisemblance d'un manquement et d'un dommage (art. 697*k* al. 2 let. a AP-CO 2014) et de conformité aux intérêts de la société (art. 697*k* al. 2 let. a AP-CO 2014) doivent en revanche être maintenues. 1273

Une analyse économique naïve semble indiquer que la procédure d'autorisation d'intenter action aux frais de la société permet de rendre l'action oblique suffisamment attrayante pour inciter les actionnaires à agir. Nous souhaitons illustrer cette réflexion par un bref exemple. Pour des motifs pratiques, nous nous baserons sur les tarifs de frais et dépens du canton de Zurich, pour lequel les autorités mettent à disposition un calculateur de frais [2893]. Nous admettrons que les frais encourus par la société et les produits qu'elle réalise sont directement répercutés dans le patrimoine de l'actionnaire proportionnellement à sa participation. Avec la procédure préalable, l'action oblique peut avoir trois issues possibles : soit le requérant 1274

[2890] N 862 *supra*.

[2891] Dans le même sens, BROMMER 2013, p. 126 ; pour un abandon du droit de la société d'intervenir dans la procédure au fond en raison de l'obstacle psychologique que cela représente : BACHMANN 2014, p. E 97.

[2892] En faveur d'un examen sommaire simple et rapide sur le modèle de la procédure d'octroi de l'assistance judiciaire (art. 119 al. 2 et 3 CPC : VON DER CRONE/BUFF 2015, p. 457 s.

[2893] http://www.gerichte-zh.ch/themen/arbeit/hilfen/prozesskosten.html > « *Gebührenrechner* » (dernière consultation le 21 septembre 2016).

succombe lors de la procédure préalable (issue a) ; soit il a gain de cause dans la procédure préalable, mais succombe au fond (issue b) ; soit il a également gain de cause au fond (issue c). Nous partirons de l'hypothèse que les voies de recours ordinaires sont utilisées à chaque fois. Les litiges en matière de droit des sociétés étant soumis au tribunal de commerce dans le canton de Zurich, il faut donc compter une instance cantonale et une instance devant le Tribunal fédéral (art. 6 al. 1 CPC).

1275 Avec l'issue a, le requérant supporte les frais de procédure, les dépens pour la partie adverse, les honoraires de son propre représentant ainsi que les coûts de son investissement personnel dans la procédure. Avec l'issue b, le requérant supporte, pour la procédure préalable, les coûts de son investissement personnel, ainsi que les frais, dépens et honoraires encourus par la société, dans la mesure de sa participation ; pour la procédure au fond, il supporte les frais et dépens, ainsi que les honoraires de son propre représentant dans la mesure de sa participation à la société et il supporte pleinement les coûts de son investissement personnel dans la procédure préalable et au fond. S'il a gain de cause au fond (issue c), il bénéficiera du produit de l'action dans la mesure de sa participation ; il supportera en revanche les frais, dépens et honoraires de la procédure préalable dans la mesure de sa participation à la société ; enfin, il supportera les coûts de son investissement personnel dans la procédure préalable et la procédure au fond ; les frais judiciaires et dépens sont supportés par le défendeur.

1276 L'espérance de l'action oblique peut dès lors être déterminée à l'aide de la formule suivante :

$$\mathbb{E} = p_c \times r \times q - (p_a \times C_a + p_b \times C_b + p_c \times C_c)$$

q = participation du demandeur
r = produit de l'action en responsabilité
p_a = probabilité de succomber en procédure préalable
p_b = probabilité de succomber au fond
p_c = probabilité d'avoir gain de cause au fond
C_a = coûts encourus si l'actionnaire succombe lors de la procédure préalable (issue a)
C_b = coûts encourus si l'actionnaire succombe au fond (issue b)
C_c = coûts encourus si l'actionnaire a gain de cause au fond (issue c)

1277 Pour que l'action oblique soit économiquement attrayante, il faut que l'espérance obtenue par la formule ci-dessus soit positive. Dès lors, le gain que l'actionnaire peut réaliser, soit le produit de l'action multiplié par la participation du demandeur et ses chances de succès, doit dépasser les coûts encourus. Par conséquent, il faut que :

$$p_c \times r \times q > p_a \times C_a + p_b \times C_b + p_c \times C_c$$

Le détail des coûts encourus en fonction de chaque issue possible est le suivant : 1278

$C_a = f_p + d_p + h_p + i_p$
$C_b = (f_p + d_p + h_p) \times q + i_p + (f_f + d_f + h_f) \times q + i_f$
$C_c = (f_p + d_p + h_p) \times q + i_p + i_f$

q = participation du demandeur
f_p = frais judiciaires de la procédure préalable
d_P = dépens de la procédure préalable
h_p = honoraires du représentant de la partie qui succombe en procédure préalable
f_f = frais judiciaires de la procédure au fond
d_f = dépens de la procédure au fond
h_f = honoraires du représentant de la partie qui succombe au fond
i_p = investissement personnel dans la procédure préalable
i_f = investissement personnel dans la procédure au fond

Pour un dommage d'un million de francs, les données pertinentes sont les suivantes : 1279

— en procédure préalable :
  — émoluments de décision en procédure préalable : CHF 6363 (procédure cantonale) + CHF 5000 (procédure devant le TF, estimation sur la base du tarif des émoluments du Tribunal fédéral [2894]) = *CHF 11 363*
  — honoraires de chaque partie, fixés forfaitairement au montant des dépens alloués : 2 × CHF 7840 (procédure cantonale) + 2 × CHF 5000 (procédure devant le TF, estimation sur la base du règlement sur les dépens devant le Tribunal fédéral [2895]) = *CHF 25 680*
  — investissement personnel du requérant, fixé forfaitairement (compte tenu de la complexité des procédures et des coûts de la collecte de renseignements) à : *CHF 10 000*
— dans la procédure au fond :
  — émoluments de décision dans la procédure au fond : CHF 30 750 (canton) + CHF 22 000 (TF, estimation) = *CHF 52 750*
  — honoraires de chaque partie, fixés forfaitairement au montant des dépens alloués : 2 × CHF 33 912 (canton) + 2 × CHF 20 000 (TF, estimation) = *CHF 107 824*
  — investissement personnel du requérant, fixé forfaitairement à : *CHF 20 000*

Pour rappel, le produit que le demandeur peut réaliser correspond au montant de la réparation, multiplié par sa participation ; en partant de l'hypothèse d'un actionnaire 1280

[2894] Tarif des émoluments judiciaires du Tribunal fédéral du 31 mars 2006, RS 173.110.210.1.
[2895] Règlement sur les dépens alloués à la partie adverse et sur l'indemnité pour la représentation d'office dans les causes portées devant le Tribunal fédéral du 31 mars 2006, RS 173.110.210.3.

détenant 10% des actions, soit le minimum admis par l'art. 697*j* al. 1 ch. 2 AP-CO 2014, ce produit sera de 100 000 francs si le demandeur a entièrement gain de cause.

1281 Sur la base de ces données, l'espérance de l'action oblique est positive même en estimant les chances de succès de l'action relativement basses : avec une probabilité d'avoir gain de cause au fond de 60% et une probabilité de succomber au fond ou en procédure préalable de 20% à chaque fois, l'espérance de l'action oblique sera de *20 416,48 francs*[2896]. En comparaison, si l'actionnaire devait supporter seul les frais, l'espérance de l'action oblique serait de −78 229 francs[2897]. En application de l'art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014, elle serait légèrement positive (4673,80 francs)[2898].

1282 Pour une participation de 3% (voir art. 697*j* al. 1 ch. 1 AP-CO 2014), l'espérance est en revanche négative pour un dommage d'un million de francs (−17 261,08 francs)[2899]. Dans l'hypothèse d'un dommage de dix millions de francs, qui constitue une hypothèse plus réaliste pour une société ouverte au public, l'espérance devient positive même avec une participation de 3% : elle se monte à *74 114,76 francs*[2900].

1283 Il faut considérer les résultats de ce calcul avec précaution ; les coûts véritables de la procédure peuvent fortement varier en fonction des circonstances du cas d'espèce. Il s'agit ici plutôt de donner un ordre de grandeur pour se faire une idée des coûts en jeu et de leur importance relative au produit qu'un actionnaire peut espérer retirer de l'action oblique.

1284 En réalité, la valeur pratique du calcul qui précède doit être niée pour une autre raison : il se base sur la prémisse que la réparation versée à la société sera directement répercutée dans le patrimoine de l'actionnaire ; or cette hypothèse est irréaliste. Ce constat, souvent soulevé de manière forfaitaire pour justifier les propositions de réforme de l'action oblique, mérite quelques éclaircissements. Tout d'abord, l'accroissement du patrimoine de la société résultant du versement d'une indemnité ne se traduira jamais directement par une augmentation proportionnelle de la valeur des actions du demandeur[2901]. En effet, le montant d'une indemnité versée à la société devrait rarement se répercuter directement

[2896] $0.6\times1000000\times0.1-0.2\times(11363+25\,680+10\,000)-0.2\times[(11363+25680)\times0.1+10000+(52750+107824)\times0.1+20000]-0.6\times[(11363+25680]\times0.1+10000+20000)]$.

[2897] $0.6\times1000000\times0.1-[0.4\times(52750+107824)+20000]$. Même si les chances de succès étaient de 90%, l'espérance resterait négative (−27 057,40 francs).

[2898] En admettant 60% de chances de succès et que le tribunal mette les frais à la charge de la société dans 20% des cas. Dans cette hypothèse, le calcul est le suivant : $0.6\times1000000\times0.1-0.2\times(52750+107824)-0.1\times0.2\times(52750+107824)-20000$.

[2899] $0.6\times1000000\times0.03-0.2\times(11363+25680+10000)-0.2\times[(11363+25680)\times0.03+10000+(52750+107824)\times0.03+20000]-0.6\times[(11363+25680)\times0.03+10000+20000)]$.

[2900] Pour un dommage de 10 millions de francs, les frais répartis selon l'issue du procès sont de CHF 133 133 pour la procédure préalable et ceux de la procédure au fond sont estimés à CHF 510 574 pour la procédure au fond. L'investissement personnel du demandeur est fixé à CHF 25 000 pour la procédure préalable et à CHF 60 000 pour la procédure au fond. Dès lors, $\mathbb{E}=0.6\times10000000\times0.03-0.2\times(133133+25000)-0.2\times(133133\times0.03+25000+510574\times0.03+60000)-0.6\times(133133\times0.03+25000+60000)$.

[2901] Comp. WAGNER 2014, p. 242.

dans la valorisation de celle-ci, sous-jacente à la valeur des actions. Hypothétiquement, l'actionnaire pourrait réaliser une plus-value sur sa participation s'il peut vendre ses actions à meilleur prix ou si le versement d'une réparation à la société se traduit par la distribution d'un dividende. La première hypothèse implique que l'actionnaire soit en mesure de vendre ses actions, ce qui sera problématique au moins dans les sociétés dont les titres ne sont pas cotés en bourse. À l'inverse, dans une société cotée, l'effet du versement d'une indemnité sur le cours des actions devrait généralement être limité. En ce qui concerne l'hypothèse du versement d'un dividende, celui-ci dépend de l'existence d'un bénéfice ou de réserves distribuables et surtout du bon vouloir du conseil d'administration et de la majorité qui proposent, respectivement décident de l'emploi du bénéfice (art. 698 ch. 4 CO) [2902]. L'actionnaire minoritaire se retrouve livré au conflit d'intérêts que l'action oblique est censée pallier [2903].

Même dans les cas exceptionnels où un actionnaire peut espérer tirer un bénéfice de l'action oblique, l'introduction de celle-ci devrait rester exceptionnelle : la procédure préalable ne résout pas la problématique de l'apathie rationnelle qui découle du fait que le produit de l'action est réparti entre tous les actionnaires [2904]. Dans le cas concret, il faudra au demeurant se demander si le temps et les moyens investis dans la conduite d'un procès ne seraient pas mieux mis à profit s'ils étaient employés à d'autres fins, p. ex. la diversification des investissements. 1285

Ensuite, puisque l'actionnaire n'a pas d'intérêt financier sensible à la mise en œuvre de la responsabilité, il aura un incitatif important, une fois l'écueil de la procédure préalable passé, à monnayer un désistement en échange du versement d'une indemnité par la société (qui supporte les frais de procédure), ce qui se ferait aux dépens d'une mise en œuvre efficace de la responsabilité. L'art. 697*k* al. 7 i. f. CO prévoit certes que les frais de la procédure au fond ne sont pas supportés par la société en cas de mauvaise foi ou de comportement de téméraire ; ces limites laissent toutefois une certaine marge de manœuvre à l'actionnaire dans la gestion de la procédure. On peut également se demander dans quelle mesure le représentant du demandeur est encouragé à fournir ses meilleurs efforts dans le gain du litige puisqu'il a la garantie d'une prise en charge « adéquate » de ses frais par la société indépendamment du sort de la cause. 1286

En définitive, la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société améliore quelque peu les conditions matérielles de l'action en responsabilité oblique, mais a un effet limité sur son attractivité économique. Elle ne devrait dès lors pas conduire à une augmentation notable des procès en responsabilité des organes de gestion hors faillite de la société. Dans le paragraphe qui suit, nous tirons les conséquences de ce constat en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité. 1287

[2902] Comp. TRIGO TRINDADE 2004b, p. 57.
[2903] N 841 *supra*.
[2904] SPINDLER 2013, p. 900 s. ; WAGNER 2014, p. 244 ; SCHMOLKE 2011, p. 407.

4.2.3. Discussion : les frais de l'action oblique dans l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 2014

1288 De manière générale, la réintroduction de la répartition des frais en équité (art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014) et l'instauration la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO 2014) réduiraient les obstacles économiques à l'action en responsabilité oblique. En particulier, la procédure préalable, moyennant quelques adaptations, ne devrait pas représenter un obstacle matériel insurmontable et permettre de limiter les coûts assumés par l'actionnaire qui choisit d'agir. Dans cette mesure, ces adaptations sont nécessaires pour donner vie à l'action oblique, ne serait-ce que dans une mesure minime [2905].

1289 Pour autant, ces modifications législatives ne seront jamais en mesure de rendre l'action oblique réellement attrayante [2906]. Tant que la société reste seule bénéficiaire du produit de l'action, l'actionnaire demandeur sera généralement insuffisamment indemnisé en regard de son investissement dans le procès en responsabilité [2907]. Généralement, l'actionnaire ne pourra pas compter avec un accroissement de la valeur de sa participation suite au versement d'une réparation à la société ; dans les rares cas où un produit est envisageable, celui-ci est réparti entre tous les actionnaires. Ceci cause une apathie rationnelle, chaque actionnaire individuel ayant intérêt à attendre qu'un autre assume les coûts de la mise en œuvre de la responsabilité [2908]. Dans cette mesure, l'attractivité limitée de l'action en responsabilité oblique réside dans sa nature même [2909].

1290 Dans sa conception actuelle et future selon l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014, l'action en responsabilité oblique est donc une institution à caractère *exceptionnel*. Elle n'entre en jeu que lorsqu'elle est motivée par des raisons non uniquement économiques, p. ex une inimitié personnelle entre les parties [2910] ou une défaillance très sérieuse dans la surveillance des organes de gestion par le conseil d'administration et la majorité, c'est-à-dire lorsque ceux-ci n'interviennent pas suite à des manquements particulièrement graves et manifestes [2911]. En filigrane à ce choix du législateur, on trouve l'idée que la société est plus compétente qu'un tribunal (ou un actionnaire minoritaire) pour juger de la manière dont les manquements des organes de gestion doivent être sanctionnés et de l'opportunité d'introduire d'une demande en responsabilité [2912].

1291 Si la surveillance des dirigeants était effectivement exercée de manière efficace par la société et l'assemblée générale, la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société pourrait

[2905] GRAF 2013, p. 416.
[2906] GRAF 2013, p. 417.
[2907] BÄRTSCHI 2014, p. 57 s. ; KALSS 2005, p. 646.
[2908] SPINDLER 2013, p. 900 s. ; WAGNER 2014, p. 244 ; SCHMOLKE 2011, p. 407.
[2909] GRAF 2013, p. 417.
[2910] WAGNER 2014, p. 244.
[2911] Comp. Message 1983, p. 873. Voir pour l'Allemagne le Rapport UMAG, p. 22.
[2912] Comp. BÖCKLI 2015, p. 6 ; BÜHLER 2015, p. 357.

apporter une impulsion suffisante à la mise en œuvre de la responsabilité hors de la faillite de la société. Libérée de certains obstacles rédhibitoires, l'action oblique aux frais de la société pourrait constituer une menace suffisamment sérieuse pour inciter la société à envisager elle-même la mise en œuvre de la responsabilité de dirigeants ayant manqué à leurs devoirs. Nous avons cependant constaté que les organes compétents au sein de la société ne peuvent pas exercer leurs attributions de surveillance de manière efficace : le conseil d'administration est structurellement inapte à agir contre l'un de ses membres et l'assemblée générale est soit caractérisée par l'existence de conflits d'intérêts, soit par une apathie des actionnaires en ce qui concerne les questions de responsabilité [2913]. Il faut dès lors rappeler le constat fait plus haut dans le cadre des réflexions relatives à la qualité pour agir au titre du dommage subi par la société : les actionnaires sont les seuls acteurs sociaux qui peuvent avoir un intérêt suffisant à la mise en œuvre de la responsabilité [2914]. Plutôt qu'une solution exceptionnelle, l'action oblique devrait être considérée comme un outil ordinaire de mise en œuvre de la responsabilité. Par conséquent, il devient nécessaire de trouver une solution permettant de rendre l'action pour le dommage de la société véritablement attrayante pour l'actionnaire.

4.3. Alternative : droit préférentiel de satisfaction sur le produit de l'action

4.3.1. Fondements

a) Justification

Comme nous venons de l'exposer, l'action en responsabilité oblique restera économiquement peu attrayante tant que la réparation ira à la société. Dans l'intérêt d'une mise en œuvre efficace de la responsabilité des organes de gestion, il est pourtant nécessaire que les actionnaires disposent d'un recours judiciaire viable lorsque la société ne réagit pas sérieusement à des manquements de ses organes [2915]. 1292

Puisque l'action oblique est caractérisée par une problématique d'action collective, il faut partir du principe que des allégements supplémentaires du côté des coûts de l'action en responsabilité, comme un plafonnement des frais à la charge du demandeur [2916] ne devraient pas apporter d'améliorations sensibles : l'expectative de voir les coûts de la mise en œuvre judiciaire remboursés ne suffit jamais à inciter une personne à intenter action, ne serait-ce qu'en raison du fait que la répartition des frais par le tribunal ne couvre jamais l'intégralité des coûts du demandeur. En particulier, le temps investi dans la préparation du procès et 1293

[2913] Voir N 819 ss *supra*.
[2914] N 842 *supra*.
[2915] N 1291 *supra*.
[2916] Voir GLANZMANN 2000, p. 177 ; MÜLLER K. 2015, p. 834.

l'instruction du représentant ne sera jamais indemnisé [2917]. Ceci est particulièrement vrai dans le contexte de l'action en responsabilité oblique, où l'actionnaire doit engager des moyens importants dans la découverte des faits pertinents.

1294 Comme la limitation des coûts n'est à elle seule pas suffisante pour rétablir l'équilibre entre les coûts et les perspectives de gain de l'action oblique, il faut parvenir à augmenter le produit que le demandeur peut espérer en retirer. Ce résultat sera obtenu en intéressant directement l'actionnaire au résultat de l'action en responsabilité, c'est-à-dire en lui accordant un droit préférentiel sur l'indemnité due par le défendeur condamné [2918]. En plus d'éliminer le problème de l'action en collective en dédommageant l'actionnaire pour les efforts consentis dans l'intérêt de tous [2919], faire participer celui-ci au produit de l'action permettrait aussi d'aligner les intérêts du demandeur sur ceux de la société, puisqu'il n'a plus intérêt à accepter une transaction ou un désistement qui ne serait pas dans l'intérêt de la société [2920].

b) Conformité aux principes du droit de la société anonyme

1295 L'octroi d'un montant à l'actionnaire qui choisir de faire valoir le dommage de la société a été envisagé dans le cadre de la rédaction de l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 ; le Conseil fédéral rejette cependant cette possibilité, car « un tel privilège, qui implique un versement de la société à un nombre limité d'actionnaires, est problématique du point de vue du principe de l'égalité des actionnaires et des règles sur la protection du capital. En outre, le versement d'un pourcentage sur le montant récupéré entraînerait une double indemnisation du demandeur qui serait contraire aux principes de responsabilité civile. En cas de gain du procès, l'actionnaire serait indemnisé deux fois : une première fois directement lors du paiement du privilège et une deuxième fois indirectement lors du versement du solde à la société, sous la forme d'une augmentation de la valeur de son action » [2921]. Comme nous le démontrerons dans les lignes qui suivent, ces objections de principe peuvent être écartées.

1296 L'argument de la non-conformité aux règles de protection du capital a été développé il y a plus d'un siècle dans le cadre du débat sur le droit de l'actionnaire à demander la réparation de son dommage indirect [2922]. En effet, admettre que l'actionnaire a droit à une quote-part de l'indemnité versée proportionnelle à sa participation reviendrait à léser

[2917] WAGNER 2014, p. 242.
[2918] WAGNER 2014, p. 270 ; SPINDLER 2013, p. 902 ; SCHMOLKE 2011, p. 434 s. ; BÄRTSCHI 2014, p. 100 ; voir ég. WATTER/GARBARSKI 2009, p. 161. *Contra* : BACHMANN 2014, p. E 100 ; Kölner Komm-RIECKERS/VETTER, § 148 N 108 ; GRAF 2013, p. 416 ; TRIGO TRINDADE 2004a, p. 173.
[2919] BÄRTSCHI 2014, p. 116 ; SPINDLER 2013, p. 902 ; SCHMOLKE 2011, p. 434.
[2920] SCHMOLKE 2011, p. 435.
[2921] Rapport 2014, p. 48 ; voir ég. Exercice collectif des droits p. 49 s. ; Avis sur la crise financière, p. 3305.
[2922] Fondamentalement : WIELAND 1904, p. 271 ss.

les intérêts des créanciers, à qui doit revenir en premier lieu le patrimoine social [2923]. Une compensation pour l'actionnaire ne serait dès lors envisageable que si la société dispose de réserves librement disponibles en suffisance [2924]. Cet argument, qui se justifie dans la mesure où l'octroi d'une quote-part à l'actionnaire est censé reposer sur la réparation de son « dommage indirect » [2925], perd en pertinence une fois que la participation de l'actionnaire au produit de l'action oblique est reconnue comme une indemnité visant à compenser les efforts investis dans la mise en œuvre de la responsabilité, qui est dans l'intérêt de tous [2926]. Alors, elle trouverait même sa justification dans le souci de protection des créanciers, puisque l'action oblique vise à garantir le respect des devoirs des dirigeants envers la société et à reconstituer le patrimoine social, institués (aussi) dans un but de protection des créanciers [2927]. En réalité, la prise en charge des frais de procédure par la société prévue à l'art. 697*k* al. 7 AP-CO 2014 constitue tout autant une prestation à l'actionnaire [2928] ; la participation au produit de l'action rend simplement cette contribution plus apparente.

Les réflexions tirées de l'égalité de traitement des actionnaires sont tout aussi peu pertinentes. 1297
Ce principe énoncé à l'art. 717 al. 2 CO s'applique aux actionnaires *qui se trouvent dans la même situation*. Dans le cas d'une prime pour l'actionnaire qui agit, l'inégalité de traitement n'est pas arbitraire, mais destinée à compenser l'investissement de celui qui prend l'initiative dans l'intérêt de tous et, partant, à viable l'action en responsabilité oblique [2929]. L'actionnaire qui agit obtient certes un avantage particulier s'il a gain de cause, mais celui est lié à la fourniture d'une prestation à la société [2930].

Enfin, la thèse de la double compensation du dommage « indirect » doit également être 1298
niée : Premièrement, l'augmentation de la valeur de la participation de l'actionnaire suite au versement d'une indemnité sera généralement négligeable ou du moins difficilement quantifiable [2931]. Deuxièmement et surtout, le droit de l'actionnaire à une part de la réparation ne vise pas à compenser un dommage subi, mais constitue la contrepartie des moyens et du temps investi dans la conduite d'une procédure dans l'intérêt de la société [2932].

On peut encore se demander si l'intéressement de l'actionnaire au produit de l'action oblique 1299
est conciliable avec la conception voulant qu'il s'agisse d'une capacité d'invoquer le droit

[2923] WIELAND 1904, p. 272 ; voir ég. ATF 44 II 38, consid. 3 ; WÄCHTER 1888, p. 395.
[2924] VOGT 2012, p. 148 s. ; TRIGO TRINDADE 2004a, p. 173.
[2925] Comp. GRAF 2013, p. 416.
[2926] WAGNER 2014, p. 271.
[2927] SCHMOLKE 2011, p. 436 s. ; KALSS 2005, p. 699.
[2928] Comp. SCHMOLKE 2011, p. 427.
[2929] SCHMOLKE 2011, p. 437 ; voir cependant VOGT 2012, p. 148, qui déduit du principe de l'égalité de traitement (art. 717 al. 2 CO) que l'action oblique ne serait admissible que s'il est établi que la société n'agira pas elle-même.
[2930] SCHMOLKE 2011, p. 427.
[2931] Voir déjà l'ATF 44 II 38, consid. 3.
[2932] Voir ég. BÄRTSCHI 2014, p. 100.

d'autrui plutôt qu'une prétention autonome. Cette contradiction apparente ne pose pas de problème dans la mesure où le droit suisse connaît une institution similaire à l'art. 260 LP : le créancier qui s'est fait céder une prétention de la masse en faillite peut conclure à ce que le montant réclamé lui soit directement versé, jusqu'à concurrence du montant de la créance qu'il a produite dans la faillite. Pour autant, il ne devient pas titulaire de la créance de la masse, mais bénéficie seulement du droit de la faire valoir en son nom [2933].

c) Risques d'abus ?

1300 Les objections d'ordre dogmatique ayant été écartées, il faut encore s'attarder sur les craintes selon lesquelles la participation de l'actionnaire au produit de l'action risquerait de faire augmenter le nombre de demandes abusives visant avant tout à nuire à la société [2934]. Pour autant que la participation de l'actionnaire au produit de l'action en responsabilité remplace la prise en charge des frais par la société (voir les N 1305 ss *infra*), les risques d'une lésion directe des intérêts de la société sont limités [2935]. En effet, l'actionnaire serait replacé dans la situation habituelle d'un demandeur, qui est en principe obligé de fournir une avance de frais (art. 98 CPC) et les supporte définitivement s'il succombe (art. 106 al. 1 CPC). Il n'a dès lors que peu d'intérêt à invoquer des prétentions au fondement douteux ou complètement disproportionnées. En toute hypothèse, le potentiel d'abus ne serait pas plus élevé qu'avec n'importe quelle action en paiement. Certes, l'octroi d'une part importante de la réparation à l'actionnaire pourrait créer des incitations trop importantes à l'introduction d'actions en responsabilité ; il s'agit toutefois là d'une question de quotité plutôt que d'opportunité de principe.

1301 Si le potentiel de nuisance direct est limité, il faut tout de même tenir compte du fait que la mise en œuvre de la responsabilité, même si elle est fondée, peut ne pas être dans l'intérêt de la société. Cette préoccupation légitime doit dès lors être prise en compte dans la conception d'une action en responsabilité oblique avec une participation du demandeur au produit de l'action.

1302 À l'encontre d'un intéressement des actionnaires, on soulève également des motifs de politique juridique ; on craint une judiciarisation à outrance de la surveillance de l'activité de gestion *(« Klageindustrie »)* [2936]. L'apparition d'acteurs spécialisés dans la responsabilité des organes est peut-être le prix à payer pour une mise en œuvre efficace de celle-ci ; l'externalisation et la professionnalisation d'aspects de la relation entre l'actionnaire et la société peut également être constatée dans l'exercice d'autres droits, p. ex. l'exercice du droit de vote, dominé – du moins dans les grandes sociétés – par les représentants institutionnels

[2933] ATF 139 III 391, consid. 5.1 ; 121 III 488, consid. 2, JdT 1997 II 147 ; 107 III 91, consid. 3c.
[2934] Voir p. ex. SPINDLER 2013, p. 902 ; GRAF 2013, p. 416 ; Kölner Komm-RIECKERS/VETTER, 148 N 108.
[2935] WAGNER 2014, p. 270 s. BACHMANN 2014, p. E 100 s.
[2936] BACHMANN 2014, p. E 101.

et les conseillers en droits de vote [2937]. En toute hypothèse, ces préoccupations peuvent aussi être prises en compte par l'aménagement d'une prime modérée et l'introduction de règles restrictives sur la qualité pour agir [2938].

4.3.2. Forme et étendue de la participation du demandeur au produit de l'action

Plusieurs modèles sont envisageables pour déterminer la manière dont l'actionnaire qui agit au titre du dommage de la société participe au produit de l'action en responsabilité. Le premier s'inspire de la cession de prétentions en vertu de l'art. 260 LP ; ainsi, l'actionnaire pourrait conclure à ce que la part de la réparation correspondant à son dommage indirect lui soit directement versée, l'excédent allant à la société [2939]. Cette solution aurait l'avantage d'harmoniser la mise en œuvre de la responsabilité pour les dommages sociaux dans la faillite et hors de celle-ci. Cependant, conformément à la pratique régnant dans le cadre de l'art. 260 LP, on craint que les conclusions soient généralement limitées au montant destiné à l'actionnaire [2940]. Ceci n'est pas nécessairement problématique dans la mesure où la fonction préventive de la responsabilité des organes de gestion ne nécessite pas que l'intégralité du dommage soit invoquée. Quoi qu'il en soit, le fondement dogmatique d'une réparation du dommage indirect subi par l'actionnaire reste douteux, puisque ce dernier, contrairement au créancier qui se fait céder une prétention de la masse, ne disposera pas nécessairement d'une créance envers la société [2941]. Enfin, il serait particulièrement difficile de déterminer l'existence et la quotité du dommage indirect subi par l'actionnaire demandeur [2942]. 1303

Afin d'éviter que l'actionnaire n'agisse que pour le montant de son propre dommage (théorique), il serait par ailleurs possible de prévoir qu'il participe au produit de l'action proportionnellement, p. ex. à sa participation dans la société [2943]. Cette part devrait sans doute être plafonnée à un certain pourcentage, p. ex. 10%, afin d'éviter qu'une trop grande part de la réparation échappe à la société lorsque le ou les demandeurs représentent une part importante de l'actionnariat. Pour les petits actionnaires, une réparation correspondant à leur participation ne devrait en revanche pas suffire à couvrir les frais engagés. Pour que cette solution soit viable, il faudrait également que l'actionnaire qui a gain de cause soit dédommagé des frais liés à la procédure et non couverts par la répartition des frais et dépens [2944]. Cette solution peut être envisagée aussi bien en conjugaison avec une procédure 1304

[2937] Comp. SPINDLER 2013, p. 902.
[2938] Voir N 1303 ss *infra*.
[2939] Comp. TRIGO TRINDADE 2004a, p. 173 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 161.
[2940] Voir Exercice collectif des droits, p. 50 ; WATTER/GARBARSKI 2009, p. 161.
[2941] VOGT 2012, p. 148.
[2942] GRAF 2013, p. 416.
[2943] Voir BÄRTSCHI 2014, p. 100 et n. 212.
[2944] Comp. BÄRTSCHI 2014, p. 116.

d'autorisation d'agir aux frais de la société [2945] que sans prise en charge des frais par la société.

1305 Une dernière possibilité serait de faire dépendre l'indemnité à laquelle l'actionnaire peut prétendre du montant des frais judiciaires et dépens alloués par le juge, tout en renonçant à impliquer la société dans le règlement. Cette solution a l'avantage d'éviter toute confusion sur la nature de la compensation allouée au demandeur, puisqu'elle ne dépend pas du montant d'un éventuel « dommage indirect », ni de la quotité de la participation du demandeur. Cette conception vise à placer l'actionnaire dans une situation similaire à toute personne envisageant une action en paiement. Avant d'agir, la personne qui s'estime titulaire d'une prétention met en balance le produit et les coûts potentiels d'une action en justice, compte tenu des incertitudes quant à l'issue du procès ; dans une action en paiement habituelle, le risque de devoir supporter les frais judiciaires et dépens en plus de ses propres frais est contrebalancé par la perspective du paiement de la somme réclamée [2946]. La situation est différente dans le contexte de l'action en responsabilité oblique, puisque le produit de l'action ne va pas au demandeur, mais à la société [2947].

1306 Dès lors, plutôt que de limiter les coûts de la mise en œuvre de la responsabilité pour l'actionnaire, il s'agit de l'intéresser au produit de l'action dans une mesure qui permette de compenser ceux-ci. La quotité de cette participation, exprimée en multiple des frais judiciaires et dépens, déterminera l'attractivité de l'action oblique. Pour que le système soit viable, la quote-part revenant au demandeur s'il a gain de cause doit au moins permettre de compenser les frais supportés en cas de perte du procès et devrait dès lors schématiquement correspondre au moins au double du montant des frais judiciaires et dépens alloués ; dans ce cas de figure, le bilan du demandeur serait neutre s'il gagnait 50% des procédures [2948]. L'actionnaire aurait alors un incitatif à agir lorsqu'il a de bonnes chances de succès [2949]. GERHARD WAGNER estime toutefois que la quotité devrait plutôt se situer autour de trois à cinq fois les frais totaux, afin d'offrir un encouragement suffisant à l'introduction d'actions en responsabilité [2950]. Un coefficient correspondant au double des frais judiciaires et dépens alloués par le tribunal nous semble plus approprié ; il nous semble par ailleurs opportun que la participation du demandeur au produit de l'action reste modérée par rapport au montant

[2945] BÄRTSCHI 2014, p. 115.
[2946] WAGNER 2014, p. 270.
[2947] Comme nous l'avons vu plus haut, la prise en charge des frais par la société ne suffit pas à rendre attractive l'action oblique ; au mieux, ce mécanisme permet à l'actionnaire de limiter ses pertes (Voir N 1273 ss *supra*).
[2948] WAGNER 2014, p. 271.
[2949] WAGNER 2014, p. 271.
[2950] WAGNER 2014, p. 271 s. ; sceptiques : Kölner Komm-RIECKERS/VETTER, § 148 N 108.

réclamé [2951].

Cette dernière solution doit à notre avis être privilégiée, autant pour des motifs dogmatiques que pratiques. D'une part, elle permet de s'affranchir de la notion hasardeuse du dommage indirect et crée un lien entre l'effort consenti par l'actionnaire qui agit et sa compensation [2952]. D'autre part, elle évite une implication de la société, puisqu'elle n'aurait pas à supporter les frais d'une action oblique. La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants s'en verrait simplifiée et accélérée. 1307

4.3.3. Procédure préalable ou action directe au fond ?

Dans les sections qui précèdent, nous avons établi la nécessité de faire participer l'actionnaire demandeur au produit de l'action en responsabilité oblique. Il faut désormais se demander si l'action oblique devrait passer par une procédure préalable du type de celle prévue aux art. 697*j* s. AP-CO 2014 ou si les actionnaires doivent pouvoir directement procéder au fond. Avec le modèle que nous avons retenu, soit une quote-part de l'actionnaire correspondant à un multiple des frais de l'action oblique, il n'est pas nécessaire que la société assume les risques liés aux frais de procédure. Pour l'actionnaire, la perspective du bénéfice réalisé en cas de gain du procès suffit à contrebalancer les coûts potentiels encourus s'il succombe. L'objectif principal visé par la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société devient ainsi superflu. De même, l'exigence de la vraisemblance d'une violation de la loi ou des statuts ainsi que d'un dommage (art. 697*k* al. 2 let. a AP-CO 2014) peut être abandonnée, puisque le demandeur aura intérêt à n'intenter que les actions présentant de bonnes chances de succès. 1308

En raison de l'attrait économique de cette nouvelle forme d'action oblique, il faut cependant s'interroger sur l'introduction de certaines barrières afin de prévenir les actions abusives. Dans cette perspective, il nous semble opportun de maintenir l'exigence d'une détention des actions préalable à la connaissance de la violation de la loi des statuts invoquée (comp. art. 697*k* al. 2 let. b AP-CO 2014). Cette exigence qui a trait à la qualité pour agir ne nécessite pas à elle seule la réalisation d'une procédure préalable ; elle peut aussi bien être intégrée dans la procédure au fond. 1309

Nous maintenons en revanche que la fixation d'une minorité qualifiée pour intenter l'action oblique n'est pas pertinente [2953]. La nécessité d'avoir une capacité financière suffisante 1310

[2951] Si l'on part de l'hypothèse d'un triplement des frais alloués, sur la base du tarif zurichois exposé ci-dessus, un actionnaire pourrait obtenir, pour un dommage d'un million de francs, en plus des frais judiciaires et dépens, environ 193986 francs ([31400+33912] × 3), soit près de 20% du dommage total.

[2952] Comp. WAGNER 2014, p. 271.

[2953] N 1270 *supra*.

pour mener un procès en responsabilité, de même que l'investissement que représente la préparation d'une action, devrait suffire à décourager les petits actionnaires.

1311 Une exigence qui pourrait rester pertinente est celle de la protection des intérêts prépondérants de la société (art. 697*k* al. 2 let. c AP-CO 2014). Le fait que l'actionnaire supporte les frais de procédure s'il succombe crée une protection suffisante contre les actions « abusives » [2954]. Il arrive en revanche qu'une action en responsabilité, même si elle présente de bonnes chances de succès, ne soit pas dans l'intérêt de la société. L'un des risques que l'on peut évoquer est l'introduction d'actions pour des sommes dérisoires, dans le seul but d'accaparer les organes [2955], ou plus généralement de nuire à la société. Ce cas de figure serait à notre avis assez rare en raison des coûts de la collecte d'informations et de la conduite du procès en responsabilité, généralement assez complexes. Enfin, on craint également que les actionnaires agissent pour des sommes dépassant largement la capacité de réparation des dirigeants [2956] ; une telle action ne serait toutefois pas dans l'intérêt de l'actionnaire qui agit, puisqu'il en supporterait les coûts. Ceci nécessiterait néanmoins que les actionnaires soient informés clairement sur la couverture d'assurance des dirigeants ; cette information est à notre avis déjà accessible dans le cadre du droit des actionnaires aux renseignements (art. 697 ss CO) [2957]. Même si ces cas de figure sont éliminés, il reste des situations où « la perspective de dommages et intérêts ne compense pas, pour la société, les conséquences désagréables d'un procès, en particulier pour son activité » [2958]. Cette question pourrait à notre avis être examinée par le juge dans l'examen de la recevabilité de la demande ; il faudrait cependant prévoir que la société est entendue sur cette question. Puisque ses intérêts sont touchés, il faudrait se demander si la société pourrait ensuite recourir contre une décision d'entrée en matière du tribunal.

1312 En définitive, bien qu'il soit nécessaire de maintenir certains garde-fous, ceux-ci ne nécessitent pas la réalisation d'une procédure préalable. Dès lors, la modification de l'action oblique que nous proposons simplifie la procédure, permet une économie de temps et réduit la prise en charge des institutions judiciaires.

1313 La participation de l'actionnaire au produit de l'action en responsabilité est rendue nécessaire par l'apathie de la société ; elle devient superflue si celle-ci décide elle-même d'agir. Il serait dès lors opportun de prévoir que l'action oblique est subsidiaire à l'action introduite par la société. L'actionnaire devrait par conséquent être tenu, avant d'agir, de fixer un délai convenable à la société pour introduire l'action elle-même. Si elle choisit de le faire, l'actionnaire n'est pas partie à la procédure ; il ne peut qu'intervenir à titre accessoire. Pour l'actionnaire, il s'agirait d'une condition de recevabilité relative à l'instance, le bien-fondé

[2954] WAGNER 2014, p. 268.
[2955] Rapport 2014, p. 112 ; Rapport UMAG, p. 22.
[2956] Rapport 2014, p. 112 ; SCHMOLKE 2011, p. 430 ; Rapport UMAG, p. 22.
[2957] N 640 *supra*.
[2958] Rapport 2014, p. 112.

de la prétention invoquée au fond ne dépendant pas de l'existence ou non de cette mise en demeure. Lorsque l'action est menée par la société, il existe un risque qu'elle ménage les dirigeants poursuivis ; cette problématique sera traitée au chapitre suivant, consacré à l'issue du procès [2959].

4.4. Synthèse

Dans le contexte de l'action en responsabilité oblique, le principe voulant que les frais soient mis à la charge de la partie qui succombe crée un risque financier important pour l'actionnaire qui agit. En effet, les frais dus en cas de perte du procès se calculent sur la base de la valeur litigieuse totale, alors que le demandeur ne peut espérer retirer qu'une fraction du produit de l'action, le paiement allant à la société (art. 756 al. 1 CO). L'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 répond à cette problématique par la réintroduction d'une norme permettant une répartition des frais en équité entre le demandeur qui succombe et la société (art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014) et l'instauration d'une procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO 2014). Ces deux institutions améliorent quelque peu les conditions de l'action en responsabilité oblique. En particulier, le mécanisme prévu dans le cadre de la procédure préalable ne devrait pas représenter un obstacle insurmontable et permettre de limiter les coûts assumés par l'actionnaire qui choisit d'agir tout en éliminant d'emblée les actions abusives. On regrettera dès lors que le Conseil fédéral ait choisi de ne pas poursuivre la réflexion à ce sujet en raison des réactions négatives lors de la procédure de consultation de l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014 [2960]. 1314

Quoi qu'il en soit, ces aménagements ne suffisent pas à rendre l'action oblique réellement attrayante. En raison du principe du paiement à la société, ce déséquilibre semble inhérent à la nature de l'action en responsabilité et est justifié par la volonté de faire de cette institution un outil à caractère exceptionnel, qui intervient en cas de manquement manifeste dans la mise en œuvre de la responsabilité par la société. Dans l'hypothèse où la surveillance exercée par les organes sociaux est efficace, l'action oblique aux frais de la société pourrait constituer une menace suffisamment sérieuse pour inciter la société à étudier elle-même l'introduction d'une demande dirigée contre les dirigeants ayant manqué à leurs devoirs. Nous avons cependant constaté que les organes compétents au sein de la société ne peuvent pas exercer leurs attributions de surveillance de manière efficace. Plutôt qu'une solution exceptionnelle, l'action oblique devient donc le moyen ordinaire de mise en œuvre de la 1315

[2959] N 1348 ss *infra*.

[2960] Communiqué aux médias du Conseil fédéral du 4 décembre 2015 : « Grandes lignes du projet de révision du droit de la société anonyme » ; Résultat de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014, p. 29.

responsabilité. Par conséquent, il devient nécessaire de trouver une solution permettant de rendre l'action oblique véritablement attrayante pour l'actionnaire.

1316 Pour parvenir à ce résultat, il faut que le demandeur puisse, sous une forme ou une autre, retirer un certain bénéfice de l'action. À cet égard, nous considérons que la solution la plus adéquate serait de prévoir que l'actionnaire qui a gain de cause bénéficie d'un droit de satisfaction préférentiel sur une somme équivalant au double des frais judiciaires et dépens alloués par le tribunal. Cette solution a l'avantage d'être conforme aux principes généraux du droit de la société anonyme et de ne pas créer d'incitatifs pervers ; les actions abusives sont évitées dans la mesure où le demandeur, qui s'expose à devoir supporter les frais de justice, n'agira que s'il a de bonnes chances de succès. Reste la préoccupation d'éviter les procédures lorsque la mise en œuvre de la responsabilité n'est pas dans l'intérêt de la société. On peut à cet égard envisager que la société soit entendue au stade de l'examen de la recevabilité de la demande. En toute hypothèse, la réforme de l'action oblique que nous proposons ne nécessite pas la réalisation d'une procédure préalable du type de celle qui était prévue aux art. 697*j* s. AP-CO 2014.

5. Frais de l'action collective

5.1. Problématique

1317 Un investisseur lésé par la diffusion d'informations inexactes aura souvent peu d'intérêt à agir seul en responsabilité en raison des coûts de la procédure. Ceux-ci seront d'autant plus importants que la détermination de la responsabilité envers les actionnaires peut nécessiter la réalisation d'expertises complexes [2961]. Une manière de résoudre cette problématique est l'invocation collective de prétentions similaires, ce qui permet de réaliser des économies d'échelle.

1318 Le constat général *de lege lata* est que les risques de frais restent trop élevés pour inciter des actionnaires à faire valoir leur dommage [2962]. Dans les chapitres précédents, nous avons établi que le droit en vigueur permet déjà d'invoquer collectivement des prétentions (N 897 ss *supra*) et que le demandeur peut limiter provisoirement ses coûts en demandant une expertise par la voie de la preuve à futur ; cette possibilité est également ouverte en cas de consorité active. Pour autant que les conditions de la responsabilité permettent une uniformisation des prétentions – ce qui passe notamment par la création d'une base légale explicite pour la responsabilité du fait de la diffusion d'informations inexactes sur les marchés

[2961] Voir en particulier le N 1099 *supra* concernant la preuve du lien de causalité.

[2962] On évoque également volontiers l'inégalité des armes entre les investisseurs lésés et les potentiels responsables qui bénéficieront d'une couverture d'assurance ou d'un accord d'indemnisation (PERUCCHI 2011, p. 503).

de titres et d'une présomption de causalité lorsque le demandeur parvient à prouver que l'information inexacte a eu une influence déterminante sur les cours (N 1097 *supra*) –, il peut être possible de régler les questions de fait principales d'un grand nombre de prétentions à l'aide d'une seule expertise, ce qui facilitera le règlement des litiges, mais peut aussi favoriser la conclusion de transactions.

Cependant, la problématique des coûts des procédures est considérée comme centrale dans le débat relatif à l'invocation collective de prétentions [2963]. Nous nous intéresserons tout d'abord aux mécanismes envisageables *de lege lata* pour surmonter cet obstacle financier, puis nous examinerons les différentes propositions émises *de lege ferenda* ; l'accent sera mis sur les recommandations du rapport Exercice collectif des droits et le projet LSFin. 1319

5.2. *De lege lata*

5.2.1. Financement des procès

Le contrat de financement de procès est un accord par lequel une partie s'engage à prendre en charge les coûts d'un procès en échange d'une participation au résultat de celui-ci [2964]. Ce type de contrat est admis dans son principe par le Tribunal fédéral [2965] et reconnu par les praticiens comme un moyen efficace pour surmonter l'obstacle à la mise en œuvre du droit que constituent les frais de justice [2966]. 1320

Ce mécanisme peut s'appliquer dans l'action des actionnaires au titre de leur propre dommage ; il est exclu de fait dans l'action oblique puisque l'indemnité va à la société (art. 756 al. 1 CO) [2967]. Le financement de procès peut en particulier entrer en ligne de compte en cas d'invocation collective de prétentions, puisqu'un bailleur de fonds pourrait disposer de la surface financière nécessaire au financement d'un procès en responsabilité fondé sur la diffusion d'informations inexactes, au contraire des investisseurs. Le financement privé de procès reste cependant rare en Suisse [2968]. Le rapport sur l'exercice collectif des droits attribue ceci au montant minimal de la valeur litigieuse pour une prise en charge par les sociétés de financement, situé le plus souvent à 300 000 francs [2969]. Ce critère devrait être moins problématique dans le contexte d'une invocation collective de 1321

[2963] MÜLLER K. 2015, p. 832 ; RÜETSCHI 2012, p. 238.
[2964] WEY 2008, p. 52 s. ; WEGMÜLLER 2013, p. 236.
[2965] ATF 131 I 223, consid. 4 ss.
[2966] WEGMÜLLER 2013, p. 243.
[2967] BÄRTSCHI 2014, p. 102.
[2968] Exercice collectif des droits, p. 44 ; voir ég. NZZ du 8 octobre 2014, « Kontroverse Klagehürden » : « *kaum Anfragen von Geschädigtengruppen* ».
[2969] Exercice collectif des droits, p. 44 ; l'entreprise zougoise Profina Prozessfinanzerung GmbH admet des valeurs litigieuses à partir de 50 000 francs mais les cas qu'elle traite concernent généralement des valeurs plus élevées (WEGMÜLLER 2013, p. 241).

prétentions ; les véritables obstacles au financement efficace de procès dans le domaine des dommages subis par des actionnaires relèvent à notre avis des incertitudes juridiques sur le fondement d'éventuelles prétentions en réparation et l'impossibilité de standardiser le traitement des cas de responsabilité [2970]. Pour autant qu'une base légale explicite soit créée pour la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes sur les marchés, qui s'accompagnerait d'une présomption de causalité telle que nous l'avons décrite plus haut [2971], le financement des procès par des organismes privés devrait pouvoir se développer sans que des adaptations au régime des frais prévu par le CPC soient nécessaires. La prise en charge de la totalité des frais par un tiers permet notamment de résoudre le problème posé par la responsabilité solidaire des consorts pour les frais et dépens (art. 106 al. 3 CPC) [2972].

5.2.2. Action partielle

1322 L'action partielle est également envisagée dans le cadre de l'action au titre du dommage de l'actionnaire pour limiter les frais [2973]. Comme nous l'avons exposé plus haut, cette possibilité est admissible dans le contexte d'actions en paiement [2974]. À notre avis, elle ne résout cependant pas la problématique des frais dans le contexte de l'action d'un investisseur lésé, puisqu'une grande partie des coûts sera occasionnée par la procédure probatoire, la preuve du dommage et de la causalité en particulier nécessitant souvent des expertises complexes [2975].

5.3. *De lege ferenda*

5.3.1. Abandon de la règle de répartition des frais judiciaires et dépens

1323 Sur le modèle des règles de procédure de droit américain *(american rule* ou *english rule)*, il a été proposé de renoncer à la mise des frais à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC ; *european rule*) dans le contexte des actions collectives du droit des marchés de capitaux [2976]. Cette solution présenterait un avantage en termes de prévisibilité des risques de l'action en responsabilité. Certains auteurs craignent cependant que l'*american rule* encourage les actions abusives et décourage celles qui présentent de bonnes chances de succès, puisqu'elle réduit les coûts des premières et augmente ceux des secondes [2977]. Plutôt

[2970] Comp. WEY 2008, p. 62.
[2971] N 1097 *supra*.
[2972] Voir à ce sujet Exercice collectif des droits, p. 45.
[2973] BÄRTSCHI 2014, p. 65.
[2974] Voir N 1222 *supra*.
[2975] Voir en particulier le N 1099 *supra*.
[2976] PERUCCHI 2011, p. 502.
[2977] GELTER 2012, p. 863 ; voir ég. BÄRTSCHI 2014, p. 98 s ; voir ég. Exercice collectif des droits p. 45.

que de renoncer totalement à la répartition des frais judiciaire et des dépens en fonction du sort de la cause, il est aussi possible de modifier les règles régissant cette répartition.

Ainsi, dans le cadre du projet LSFin, le Conseil fédéral propose un assouplissement de la règle de la répartition des frais et des dépens en faveur des clients privés. Selon l'art. 114*a* al. 2 P-CPC, des dépens doivent être versés par le client privé au prestataire de services ayant obtenu gain de cause uniquement lorsque le client privé demandeur n'a pas déposé pour la même affaire de demande de médiation auprès de l'organe de médiation reconnu auquel est affilié le prestataire ou n'a pas participé à la procédure, pour autant que la partie défenderesse soit affiliée à un organe de médiation reconnu (let. a) ; lorsque la situation financière du client privé demandeur est exceptionnellement bonne (let. b) ; lorsque la valeur litigieuse dépasse 250 000 francs, sans prise en compte d'éventuelles demandes reconventionnelles (let. c) ou lorsque le client privé a procédé de mauvaise foi ou de façon téméraire (let. d). L'art. 114*a* al. 3 P-CPC prévoit que si le client privé n'obtient pas gain de cause, le tribunal peut s'écarter des règles générales de répartition (art. 106 CPC) et répartir les frais selon sa libre appréciation lorsque le client privé a intenté de bonne foi le procès après une procédure de médiation devant un organe de médiation reconnu (let. a) ; lorsque le comportement du prestataire de services justifiait l'action du client privé (let. b) ; lorsque le client privé dispose certes des moyens requis, mais n'a pas une situation financière exceptionnellement bonne (let. c) ou pour autant que la prise en charge de frais supplémentaires par le client privé semble incompatible avec la protection des clients (let. d). 1324

Dans l'absolu, ces dispositions peuvent faciliter l'introduction d'actions par des petits investisseurs en limitant le risque qu'ils supportent des frais en cas de rejet de leur demande. Il s'agit d'un changement de régime plus modéré qu'un abandon total de l'*european rule* et les conditions prévues devraient permettre d'éviter les abus. La modification proposée est également intéressante dans la mesure où les coûts restent répartis entre les parties ; cette solution n'implique pas de contribution de l'état, au contraire de la gratuité de la procédure [2978]. On peut se demander si le système proposé offre une prévisibilité suffisante. En effet, certaines de conditions prévues à l'art. 114*a* P-CPC font appel à des notions indéterminées, comme la bonne foi du client privé, la justification par le comportement de l'autre partie ou les besoin de protection des clients. Cependant, elles ne sont pas cumulatives. Ainsi, il pourra suffire au demandeur de démontrer que sa situation financière n'est pas « exceptionnellement bonne » pour profiter des allégements prévus, ce qui est louable du point de vue de la prévisibilité du droit. La répartition des frais judiciaires (art. 114*a* al. 3 P-CPC) reste cependant soumise à la libre appréciation du juge, ce qui crée des incertitudes. 1325

L'art. 114*a* P-CPC ne s'adresse qu'aux clients non professionnels (art. 4 al. 2 P-LSFin), ce qui exclut notamment les intermédiaires financiers, les entreprises d'assurance et les institutions de prévoyance, mais aussi toutes les entreprises disposant d'une trésorerie professionnelle (art. 4 al. 3 P-LSFin). Selon le Message LSFin, « une trésorerie professionnelle peut être admise 1326

[2978] Comp. N 1331 *infra* concernant la gratuité des procédures.

lorsque l'entreprise charge au moins une personne expérimentée ayant des qualifications dans le domaine financier de gérer ses moyens financiers de façon constante »[2979]. La libération de l'obligation de verser des dépens et de supporter les frais judiciaires ne vise donc, et à juste titre, que les investisseurs privés. Cette réglementation peut dès lors encourager l'introduction de demandes dirigées contre les intermédiaires financiers sans pour autant favoriser les acteurs professionnels, dont certains disposent de ressources suffisantes pour financer des procès en responsabilité. Une telle règle pourrait également s'appliquer dans le cadre d'une future législation relative à la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes et d'une refonte de l'art. 752 CO (respectivement de l'art. 72 P-LSFin).

5.3.2. Libération de l'obligation d'avancer les frais judiciaires

1327 L'obligation d'avancer les frais judiciaires, prévue à l'art. 98 CPC est considérée comme un obstacle à l'invocation collective de prétentions[2980]. En conséquence, de nombreuses voix s'élèvent pour libérer de l'obligation d'avancer les frais le ou les demandeurs invoquant des dommages dispersés[2981]. En effet, bien que l'art. 98 CPC dispose que le tribunal *peut* exiger une avance, cette possibilité est généralement utilisée en pratique. On considère dès lors qu'interdire l'avance de frais dans le contexte des actions collectives permettrait de rétablir l'équilibre financier entre les individus lésés et la partie défenderesse[2982]. Cependant, même si elle ne doit pas l'avance de frais, la partie demanderesse doit compter avec une mise des frais à sa charge si elle succombe au fond. La renonciation à exiger l'avance de frais vise simplement à éviter qu'une partie lésée ne puisse pas agir parce qu'elle manque de liquidités au moment d'introduire l'action ; on peut se demander si un tel allégement est nécessaire lorsqu'un financement externe des procès est possible. Cette mesure pourrait toutefois aussi alléger la charge des entreprises proposant un tel soutien financier, puisqu'elle limite l'investissement initial qu'elles doivent consentir[2983]. Renoncer à la possibilité d'exiger une avance de frais peut dès lors avoir un effet positif sur l'attractivité de l'action en responsabilité pour le dommage des actionnaires.

1328 Dans le cadre du projet de LSFin, le Conseil fédéral propose l'introduction d'un art. 114*a* al. 1 CPC, qui prévoit que, dans la procédure au fond portant sur les litiges ayant pour objet les services financiers ou les prétentions découlant d'opérations d'investissement, de crédit ou d'assurance, le client privé au ne doit verser, en qualité du demandeur, ni une avance de frais ni des sûretés en garantie des dépens du prestataire de services défendeur. Cette solution offre un avantage appréciable aux clients privés ainsi qu'une meilleure prévisibilité qu'une répartition des frais en équité à l'issue de la procédure. Elle pourrait également être

[2979] Message LSFin, p. 8149.
[2980] Exercice collectif des droits, p. 98 ; HABERBECK 2015, N 82.
[2981] PERUCCHI 2011, p. 502 ; HABERBECK 2014, N 82 ; RÜETSCHI 2012, p. 238.
[2982] HABERBECK 2014, N 84.
[2983] Comp. WEY 2008, p. 65 s.

mise à profit dans le cadre d'une future norme relative à la responsabilité pour la diffusion d'informations inexactes et la modification de la responsabilité de l'auteur de prospectus (art. 752 CO ; art. 72 P-LSFin). Pour être véritablement efficace dans ce contexte, une telle disposition devrait cependant aussi régler l'avance des frais d'administration des preuves (art. 102 al. 1 CPC), qui peuvent être importants en raison de la nécessité de procéder à des expertises pour déterminer le dommage pertinent et l'existence d'un lien de causalité.

5.3.3. Honoraires fondés sur le résultat

Puisque l'actionnaire individuel n'a souvent pas d'incitatif suffisant à agir en responsabilité, on propose régulièrement d'intéresser les avocats au produit des actions en responsabilité par le biais d'honoraires fondés sur le résultat de l'action *(contingency fees* ou *pactum de quota litis)* [2984]. En contrepartie, les mandataires pourraient également assurer le financement des procès, ce qui améliorerait l'accès à la justice pour les parties économiquement faibles [2985]. Ce type de compensation est interdit en droit positif par l'art. 12 let. e LLCA qui interdit à l'avocat de passer, avant la conclusion d'une affaire, une convention avec son client par laquelle ce dernier accepterait de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire ; il ne peut pas non plus s'engager à renoncer à ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès. Il est cependant admissible de prévoir une prime supplémentaire aux honoraires prévus en cas de succès [2986]. 1329

Toutefois, l'idée de l'autorisation du *pactum de quota litis* est généralement rejetée, au motif que cette institution serait étrangère à la conception suisse de l'indépendance des avocats [2987]. Ce modèle de rémunération est également considéré comme problématique dans la mesure où les intérêts du représentant ne sont pas nécessairement alignés sur ceux des parties [2988] ; il permettrait le développement de modèles d'affaires agressifs, où les représentants cherchent à forcer la conclusion de transactions avec la société ou les dirigeants dans le cadre d'actions au fondement douteux [2989]. On peut arguer que ce risque est limité puisque les représentants n'ont pas d'intérêt à agir lorsque les chances de succès sont faibles [2990]. Il reste que l'intéressement des représentants au produit de la procédure peut être la source de conflits d'intérêts entre les plaideurs et les parties, selon les modalités de la 1330

[2984] Voir GRAF 2013, p. 416 ; SCHMOLKE 2011, p. 409 et déjà LEHNER 1981, p. 269 ; VISCHER 1978, p. 87. Sur le rôle de la rémunération des plaideurs dans les *class action* : ROMANO 1991, p. 84.
[2985] PERUCCHI 2011, p. 501 ; HABERBECK 2015, N 93.
[2986] ATF 135 III 259, consid. 2.3 ; BOHNET 2014a, N 58 ; BÄRTSCHI 2014, p. 103.
[2987] Exercice collectif des droits, p. 45 ; BOHNET 2014b, N 56 ; WYSS 2015, N 85.
[2988] SCHMOLKE 2011, p. 412, 438.
[2989] GRAF 2013, p. 416 ; SCHMOLKE 2011, p. 412.
[2990] Comp. GRAF 2013, p. 416.

rémunération du mandataire [2991]. Dès lors, l'introduction des *contingency fees* nécessiterait sans doute un encadrement réglementaire. Nous sommes d'avis que les effets positifs en termes de prévention qu'un tel régime peut avoir [2992] peuvent être atteints par d'autres moyens dont la mise en œuvre législative est moins complexe, notamment le financement de frais de procédure par des tiers [2993].

5.3.4. Gratuité de la procédure

1331 Une dernière piste évoquée en lien avec la limitation des coûts de l'invocation collective de prétentions en responsabilité est le développement de l'assistance judiciaire, qui se traduirait en définitive par la gratuité de la procédure pour le(s) demandeur(s) lorsque certaines conditions sont remplies [2994]. Cette possibilité, rejetée par le Conseil fédéral pour des motifs de politique financière, n'est à notre avis pas pertinente dans le contexte de la responsabilité des dirigeants envers les investisseurs. Une telle protection de l'actionnaire ne peut pas être justifiée par des motifs d'intérêt public suffisants [2995].

5.3.5. Fonds de financement des procès

1332 L'avant-projet LSFin prévoyait, pour régler la problématique du financement des frais de procès par la création d'un « fonds pour les frais de procès » (art. 85 AP-LSFin), destiné à prendre en charge les frais de procès de clients privés (art. 92 al. 1 AP-LSFIN) et des associations habilitées à intenter une action collective conformément aux art. 101 ss AP-LSFin (art. 92 al. 3 AP-LSFin) [2996]. L'art. 93 al. 1 AP-LSFin prévoyait que ce fonds, financé notamment par les prestataires de services financiers (art. 87 let. a AP-LSFin), peut prendre en charge et régler les frais judiciaires (let. a), les éventuels dépens en faveur de la partie adverse let. b), ainsi que les coûts d'une représentation légale adéquate (let. c). Le droit à la prise en charge des frais est donné notamment lorsque la revendication n'est pas vouée à l'échec (art. 92 al. 1 let. b AP-LSFin).

1333 L'idée d'un fonds pour les frais de procès a été généralement rejetée par les participants à la procédure de consultation relative à l'avant-projet LSFin [2997], si bien que le Conseil fédéral a

[2991] Voir GORDON-VRBA 2007, p. 74 ss ; WYSS 2015, N 84 ; dans le contexte de l'action oblique : SCHMOLKE 2011, p. 412 s. *Contra* : PERUCCHI 2011, p. 503.
[2992] GELTER 2012, p. 853.
[2993] Dans le même sens : BOHNET 2013a, N 105.
[2994] Pour une exemption des frais de procédure pour les demandeurs collectifs : RÜETSCHI 2012, p. 238
[2995] BÄRTSCHI 2014, p. 98. Dans le même sens, HALLER 2008, N 301.
[2996] Rapport LSFin, p. 90.
[2997] Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la consultation relative à la loi sur les services financiers (LSFin) et à la loi sur les établissements financiers (LEFin), Berne, 13 mars 2015, p. 41 s.

renoncé à intégrer cette proposition au projet soumis au parlement [2998]. Pour autant que le principe d'un financement externe des procédures en responsabilité soit admis, l'idée du fonds de procès est en soi intéressante : en raison des intérêts touchés, le financement par les institutions financières nous paraît dans tous les cas plus opportun qu'un financement par l'État par le biais de la gratuité de la procédure. Cependant, nous sommes opposés à l'idée d'un fonds de financement des procès pour des motifs d'ordre dogmatique : les investisseurs ne sont pas typiquement des consommateurs, dont la protection justifierait la mise en place d'incitatifs économiques aux frais de leurs cocontractants. Il peut aussi bien s'agir d'acteurs professionnels disposant d'une certaine surface financière comme des caisses de pension ou des fonds d'investissement [2999].

5.4. Synthèse

La problématique des coûts du procès est un aspect important de la problématique de l'invocation collective de prétentions. Dans la mesure où la mise en œuvre des droits des actionnaires peut être très onéreuse, il faut se demander comment ceux-ci peuvent être soulagés provisoirement ou définitivement des frais de justice. Il est cependant délicat de déterminer sur qui ces coûts doivent être reportés. Nous considérons que les investisseurs ne peuvent pas être assimilés à des consommateurs ; dès lors, il ne se justifie pas de subventionner la mise en œuvre de leurs droits, p. ex. par la gratuité de la procédure. La protection des petits porteurs peut éventuellement justifier que les frais soient mis à la charge des émetteurs, comme le prévoit l'art. 114*a* P-CPC. Cependant, il existe aussi sur le marché des acteurs professionnels, disposant d'un patrimoine suffisant pour assumer les coûts d'un procès et il est déjà possible de faire financer les procès *de lege lata* par des bailleurs de fonds privés. 1334

Malgré cette possibilité de financement privé, la mise en œuvre collective des droits ne semble pas possible de nos jours. Cette situation changera à notre avis lorsque les conditions matérielles de la responsabilité auront été uniformisées et que leur examen pourra être « standardisé » dans une certaine mesure. À côté de cette modification du droit de fond, il pourrait être opportun de dispenser les petits actionnaires de l'obligation d'avancer les frais en cas de litige collectif ou de soutenir la constitution d'organisations destinées à invoquer les droits des investisseurs lésés [3000]. 1335

[2998] Message LSFin, p. 8114. La réglementation a été remplacée par un mécanisme permettant de dispenser les clients privés de l'obligation de verser une avance de frais et des sûretés, ainsi que de mettre les frais à la charge du prestataire de services financiers même s'il a gain de cause (art. 114a P-CPC).

[2999] WYSS 2015, N 89.

[3000] MÜLLER K. 2015, p. 833, n. 174.

6. Conclusion intermédiaire

1336 Les frais de l'action en responsabilité sont en principe supportés par la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'art. 107 CPC permet de s'écarter de cette répartition lorsque les circonstances le justifient. L'application de cette disposition devrait se justifier moins souvent dans le contexte de l'action en responsabilité qu'en cas d'action d'un actionnaire dirigée contre la société. Les art. 106 s. CPC n'autorisent pas de mettre les frais à la charge d'un tiers à la procédure.

1337 En cas d'action pour le dommage total (art. 759 al. 2 CO), le demandeur qui succombe ne doit en principe les frais et dépens qu'à l'égard d'une seule partie adverse. Ce principe a été relativisé par la jurisprudence : il ne s'applique en principe que dans les procédures de première instance et seulement lorsque des conflits d'intérêts n'empêchent pas une défense commune. Cette dernière précision de la jurisprudence est exploitée par la doctrine pour justifier la multiplication des dépens à chaque fois que plusieurs organes sont actionnés, mais aussi lorsque les membres d'un même organe occupent des fonctions différentes. Lorsque l'action en responsabilité est dirigée contre des organes de gestion, il faut à notre avis relativiser l'importance des divergences d'intérêts entre défendeurs. Les prétentions envers chaque défendeur individuel seront souvent fondées sur les mêmes conditions globales, pour lesquelles les défendeurs peuvent coordonner leur défense. Cette circonstance, ainsi que la nécessité de limiter les risques financiers du demandeur dans le procès en responsabilité, justifient de faire preuve de retenue dans la multiplication des dépens.

1338 Les frais de l'action en responsabilité sont particulièrement problématiques en cas d'action oblique. Si l'actionnaire succombe, il doit supporter des frais correspondant à la totalité de la prétention invoquée ; s'il a gain de cause, il ne participe au produit de l'action qu'indirectement et proportionnellement à sa participation dans la société. En raison de ce déséquilibre, l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 28 novembre 2014 prévoit une disposition permettant au juge de répartir les frais entre la société et l'actionnaire en cas de rejet de l'action (art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014) et l'instauration d'une procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO 2014). Ces deux institutions améliorent quelque peu les conditions de l'action en responsabilité oblique. La réflexion sous-jacente à la procédure préalable, abandonnée par le Conseil fédéral en raison des critiques qu'elle a suscitées lors de la procédure de consultation, mérite d'être approfondie. Moyennant un certain nombre d'adaptations visant à simplifier la procédure et à assouplir les conditions auxquelles les frais de procédure peuvent être mis à la charge de la société, elle permettrait de limiter efficacement les coûts assumés par l'actionnaire qui choisit d'agir tout en éliminant les actions abusives.

1339 Ces aménagements ne suffisent cependant pas à rendre l'action oblique réellement attrayante. En raison du principe du paiement à la société, ce déséquilibre semble inhérent à la nature de l'action en responsabilité et est justifié par la volonté de faire de cette institution

un outil à caractère exceptionnel, qui intervient en cas de manquement manifeste dans la mise en œuvre de la responsabilité par la société. Dans l'hypothèse où la surveillance exercée par les organes sociaux est efficace, l'action oblique aux frais de la société pourrait constituer une menace suffisamment sérieuse pour inciter la société à étudier elle-même l'introduction d'une demande dirigée contre les organes de gestion ayant manqué à leurs devoirs. Nous avons cependant constaté que les organes compétents au sein de la société ne peuvent pas exercer leurs attributions de manière efficace. Plutôt qu'une solution exceptionnelle, l'action oblique devient donc le moyen privilégié de mise en œuvre de la responsabilité. Par conséquent, il devient nécessaire de trouver une solution permettant de rendre l'action oblique véritablement attrayante pour l'actionnaire.

Pour parvenir à ce résultat, il faut que le demandeur puisse, sous une forme ou une autre, retirer un certain bénéfice d'une action oblique couronnée de succès. À cet égard, nous considérons que la solution la plus adéquate serait de prévoir que l'actionnaire qui a gain de cause a un droit de satisfaction préférentiel sur une somme équivalant au double des frais judiciaires et dépens alloués par le tribunal. Cette proposition a l'avantage d'être conforme aux principes généraux du droit de la société anonyme et de ne pas créer d'incitatifs pervers ; les actions abusives sont évitées dans la mesure où le demandeur, qui s'expose à devoir supporter les frais de justice, n'agira que s'il a de bonnes chances de succès. Reste la préoccupation d'éviter les procédures lorsque la mise en œuvre de la responsabilité n'est pas dans l'intérêt de la société. On peut à cet égard envisager que la société soit entendue au stade de l'examen de la recevabilité de la demande. En toute hypothèse, la réforme de l'action oblique que nous proposons ne nécessite pas la réalisation d'une procédure préalable du type de celle qui était proposée aux art. 697*j* s. AP-CO 2014. 1340

La problématique des coûts du procès est aussi importante dans la réflexion relative à l'invocation collective de prétentions d'investisseurs lésés. Dans la mesure où ces derniers peuvent difficilement être assimilés à des consommateurs ou des parties « faibles » nécessitant une protection particulière, nous considérons qu'il faut s'en tenir au développement de solutions de financement privées, déjà admises *de lege lata*, plutôt que de répercuter les coûts de la mise en œuvre des droits des investisseurs sur la collectivité (par la gratuité de la procédure) ou les défendeurs (par la création d'un fonds pour les frais de procès ou un renversement des règles relatives à la répartition des frais judiciaires et des dépens). Le financement de procédures collectives, rare de nos jours, devrait gagner en attractivité avec l'uniformisation des conditions matérielles de la responsabilité. À côté de cette modification du droit de fond, on pourrait éventuellement faciliter l'accès au juge pour les petits actionnaires en supprimant la possibilité d'exiger une avance de frais en cas de litige collectif ou de soutenir la constitution d'organisations destinées à invoquer les droits des investisseurs lésés. 1341

Chapitre 21

Issue du procès

1. Introduction

L'issue ordinaire du procès est le jugement, rendu sous forme d'une décision finale (art. 236 al. 1 CPC). L'instance peut aussi prendre fin lorsque la procédure est devenue sans objet (art. 242 CPC), ou encore par une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action (art. 241 al. 1 CPC). Le procès civil étant soumis à la maxime de disposition (art. 58 al. 1 CPC), les parties peuvent en effet décider d'y mettre fin par un contrat (transaction) ou par un acte unilatéral (désistement d'action ou acquiescement) [3001]. 1342

Une fois le délai pour recourir par la voie ordinaire écoulé ou toutes les voies de recours ordinaires épuisées, le jugement entre en force (formelle) de chose jugée [3002]. La force de chose jugée découle également des procédures terminées par transaction, acquiescement ou désistement d'action, indépendamment de l'instance devant laquelle se trouve le litige (art. 241 al. 2 CPC) [3003]. L'entrée en force d'une décision s'accompagne de l'autorité de chose juge jugée, qui empêche la tenue d'un nouveau procès sur un litige déjà tranché [3004]. De ce point de vue aussi, la transaction judiciaire, le désistement d'action et l'acquiescement sont assimilés au jugement au fond [3005]. 1343

L'application de ces principes soulève des questions dans le contexte de la responsabilité des organes. En cas de dommage de la société, l'action en responsabilité appartient à la société et à chaque actionnaire (art. 756 al. 1 CO) ; dès lors, il faut se demander dans quelle mesure un jugement ou un succédané de jugement est opposable aux différentes personnes habilitées à agir. À côté de ces aspects liés au droit de procédure, la gestion du litige et les actes de disposition sur celui-ci doivent aussi être examinés sous l'angle du gouvernement 1344

[3001] CPC-TAPPY, art. 241 N 3.
[3002] CPC-JEANDIN, art. 336 N 2 ; BK ZPO II-KILLIAS, art. 236 N 26.
[3003] Message CPC, p. 6987. Le désistement d'instance (art. 65 CPC) n'emporte en revanche pas force de chose jugée.
[3004] BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 97 ; CPC-BOHNET, art. 59 N 104 s.
[3005] CPC-BOHNET, art. 59 N 120 ; BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 105.

d'entreprise et de la répartition des compétences au sein de la société. Il faut en particulier déterminer comment le droit répond aux risques de conflits d'intérêts qui peuvent survenir en lien avec l'invocation de la prétention en responsabilité de la société. Ces questions se posent lorsque le litige se solde par un jugement, mais elles sont particulièrement sensibles en cas de liquidation par une transaction – ce qui constitue de cas de figure le plus fréquent [3006] – ou un désistement du demandeur.

1345 Lorsque le dommage considéré est celui de l'actionnaire, la problématique principale est de déterminer quel est l'effet préjudiciel d'un jugement passé dans un litige individuel pour d'autres investisseurs lésés de manière similaire. Dans ce contexte, une transaction collective peut être un moyen économique de liquider un grand nombre de prétentions. Pour être efficace, ce type d'accord doit toutefois à la fois garantir une certaine satisfaction aux demandeur et prémunir le ou les responsables contre des actions subséquentes.

1346 L'objectif du présent chapitre est d'identifier, en lien avec l'issue du litige en responsabilité des organes de gestion, les éventuels obstacles à une mise en œuvre efficace de la responsabilité dans l'intérêt de la société. En matière de procédures collectives, il s'agira également de présenter les solutions visant à permettre un règlement global des litiges.

1347 La première section sera consacrée à la thématique du jugement (N 1348 ss *infra*) ; nous traiterons ensuite de la fin du procès par transaction (N 1360 ss *infra*) et par désistement d'action (N 1383 ss *infra*).

2. Jugement

2.1. Dommage de la société

1348 L'étendue de l'autorité de chose jugée dans un procès relatif au dommage de la société est controversée. En raison de la controverse relative à la nature juridique de l'action oblique, deux conceptions s'opposent.

1349 Lorsque l'action oblique est considérée comme reposant sur une prétention propre de l'actionnaire, un jugement passé dans un litige mené par la société ne lie pas les actionnaires, puisqu'ils agissent alors sur la base d'une prétention propre. En effet, l'objet de l'action de la société et celui de l'action oblique sont alors différents. De même, un jugement passé dans une procédure initiée par un actionnaire ne lierait que celui-ci ; la prétention de la société ne serait pas touchée, ni celle des autres actionnaires. Il est cependant admis que la somme des indemnités allouées ne peut pas dépasser le montant du dommage total subi par la

[3006] LUTERBACHER 2003, p. 133 n. 4, estime la proportion des cas de responsabilité des organes réglés par transaction à 90-95 % des cas ; voir ég. BÖCKLI 2009, § 18 N 344.

société [3007]. Les réparations déjà versées à la société devront donc être imputées au dommage invoqué dans le cadre d'une action ultérieure. Ceci ne découle pas de l'autorité de la décision déjà rendue, mais du calcul du dommage, censé prendre en compte les avantages reçus suite à l'acte dommageable [3008]. Cependant, faute d'autorité de la chose jugée, un défendeur qui aurait été libéré restera exposé à de nouvelles actions en responsabilité basées sur les mêmes faits. Cette absence d'effet préjudiciel d'un jugement à l'avantage du défendeur est un obstacle important à la sécurité du droit. Certes, un tribunal saisi ultérieurement sera peut-être peu enclin à s'écarter du résultat d'une procédure antérieure, mais il est peu approprié qu'un dirigeant puisse être actionné pour le même complexe de faits autant de fois qu'il y a d'actionnaires. Il s'agit là, au demeurant, d'un argument fort contre la théorie de la prétention autonome de l'actionnaire.

Lorsque l'action oblique est considérée comme un droit de l'actionnaire d'invoquer en son nom la prétention de la société – qualification retenue par le Tribunal fédéral, à laquelle nous nous rallions [3009] –, tout jugement rendu dans une cause fondée sur le dommage de la société devrait lier celle-ci et tous les actionnaires, indépendamment de l'identité du demandeur [3010]. En effet, il est généralement admis que l'autorité de la chose jugée empêche l'introduction d'une nouvelle action en responsabilité fondée sur la même prétention par d'autres titulaires du droit d'action [3011]. L'interdiction d'un procès subséquent pour le dommage subi par la société va de soi lorsqu'on se rattache à l'objet du litige, qui sera identique, quelle que soit la partie qui l'intente ; elle est même nécessaire pour garantir l'absence de jugements contradictoires et éviter l'accumulation des procédures basées sur les mêmes faits contre le même défendeur. L'extension de l'autorité de chose jugée à tous les titulaires du droit d'action est en revanche délicate dans la mesure où elle rend opposable le jugement à des personnes qui n'ont pas pu faire valoir leur point de vue [3012]. 1350

Ainsi, une gestion négligente du procès par le demandeur peut conduire à un rejet de l'action qui fera autorité pour toutes les personnes concernées. Par ce biais, les organes sociaux ou un actionnaire proche des dirigeants recherchés pourraient exonérer de fait ceux-ci de leur 1351

[3007] BÖCKLI 2009, § 18 N 464, 467.

[3008] N 217 *supra*.

[3009] Voir N 848 *supra*.

[3010] BÖCKLI 2009, § 18 N 465 ; GARBARSKI 2006, p. 231 ; REITER 2003, p. 198. *Contra*, apparemment, pour l'action d'un créancier ou d'un actionnaire dans la faillite : CR CO II-CORBOZ, art. 757 N 47.

[3011] CPC-BOHNET, art. 59 N 134 ; BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 139 ; HABSCHEID 1990, N 509 ; dans le contexte des art. 752 ss CO : EGGMANN 1997, p. 57 s. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND 2013, § 24 N 15, semblent n'admettre cet effet large de l'autorité de chose jugée que lorsque la partie a le pouvoir de disposer *(Verfügungsbefugnis)* de l'objet du litige.

[3012] Comp. TF 5C.253/2000, consid. 4d ; GULDENER 1979, p. 373 s. Voir ég. MAURER 2013, N 271, pour de l'autorité de chose jugée n'est opposable aux autres titulaires du droit d'agir que si ceux-ci ont eu l'occasion de participer à la procédure et d'influencer celle-ci. La solution qu'il propose (octroi de la décharge, puis jonction de toutes les actions introduites pendant le délai de déchéance de 6 mois, N 273) nous semble cependant difficilement praticable.

responsabilité au dépens des intérêts de la société et des actionnaires minoritaires [3013]. En effet, l'autorité de chose jugée empêche l'introduction d'une nouvelle procédure portant sur la même prétention même lorsque le demandeur n'a pas invoqué tous les faits à l'appui de sa demande [3014].

1352 L'institution de l'intervention accessoire (art. 74 ss CPC) permet de limiter ce risque dans une certaine mesure. En effet, selon l'art. 76 al. 1 CPC, l'intervenant peut faire valoir tous les moyens d'attaque et de défense ainsi qu'interjeter recours. Surtout, un résultat défavorable à la partie principale n'est pas opposable à l'intervenant si la partie principale a omis, intentionnellement ou par grave négligence, de faire valoir des moyens d'agir ou de défendre que l'intervenant ne connaissait pas (art. 77 let. b CPC). Ces droits pourraient être exercés par un actionnaire qui craint que le demandeur principal perde volontairement le procès.

1353 L'intervention accessoire implique cependant que l'intervenant soit au courant de l'existence d'une procédure. Or le code des obligations n'oblige pas la société, ni les actionnaires d'ailleurs, à informer spontanément de l'introduction d'une action en responsabilité [3015]. *De lege ferenda*, nous soutenons ci-dessus qu'une publication relative à l'introduction d'une action en responsabilité est nécessaire pour garantir la mise en œuvre des droits de chacun [3016]. Cette obligation de publier, qui donnerait aux personnes intéressées l'occasion de participer ou d'intervenir dans la procédure, offrirait une justification supplémentaire à l'extension de l'autorité de chose jugée à tous les titulaires du droit d'agir. *De lege lata*, l'implication de la société ou de ses organes dans un procès en responsabilité constitue sans doute un fait susceptible d'être divulgué dans le cadre du droit aux renseignements (art. 697 CO) ; celui-ci peut cependant uniquement être exercé pendant l'assemblée générale. Dès lors, faute d'être informé de l'existence d'une action en responsabilité, l'actionnaire peut être empêché d'intervenir, ce qui le prive des protections offertes par les art. 76 et 77 CPC. Le cas échéant, le code de procédure civile n'offre pas d'alternative ; en particulier, la révision (art. 328 CPC) n'est pas envisageable, puisqu'elle n'est ouverte qu'aux parties.

1354 Il faut dès lors se demander s'il existe d'autres moyens qui permettraient à un demandeur subséquent de ne pas être lié par l'autorité de la chose jugée dans un procès postérieur concernant le même cas de responsabilité. La conduite d'un procès dans l'intention de le perdre devrait être constitutive d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC ; voir ég. art. 52 CPC) [3017].

[3013] GARBARSKI 2006, p. 231 ; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 72. Selon la thèse développée par DANIEL JENNY, l'autorité de la chose jugée n'est toutefois opposable aux actionnaires sans leur consentement que si la décision antérieure ne repose pas sur une objection ou une exception dépendant de la formation de la volonté sociale (JENNY 2012, N 913). Nous partons du principe que le pouvoir de disposition de la société sur les prétentions en responsabilité envers ses organes est de toute manière limité (voir en particulier les N 52 ss [consentement, vote consultatif de l'assemblée générale et ratification], et 364 ss [décharge] *supra*).

[3014] TF 5A_438/2007, consid. 2.1.1 ; CPC-BOHNET, art. 59 N 126 ; BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 88.

[3015] Dans les sociétés cotées à la bourse suisse, une telle obligation peut résulter de l'art. 53 RC si cette information est de nature à entraîner une modification notable des cours.

[3016] N 886 *supra*.

[3017] Dans ce sens, apparemment, VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER 2006, p. 72.

L'invocation d'une prétention dans le seul but de la voir niée et de faire bénéficier le défendeur de l'autorité de la chose jugée est assurément étrangère aux buts des règles de procédure civile et n'est dès lors pas digne de la protection de la loi. Si l'abus est avéré, il faut à notre avis admettre que l'autorité de la chose jugée découlant d'un tel procès peut être ignorée.

En toute hypothèse, la conduite d'un procès en responsabilité dans l'intention de le perdre et de faire bénéficier ainsi le défendeur de l'autorité d'un jugement rendu en sa faveur peut être passible de sanctions pénales. Si les acteurs font preuve d'astuce, leur comportement peut être constitutif d'une escroquerie au procès, sanctionnée par l'art. 146 CP [3018]. En l'absence de dessein d'enrichissement – consistant dans ce cas en une diminution du passif du défendeur –, on pourra envisager une application de l'art. 151 CP. La fourniture de fausses déclarations en justice est par ailleurs sanctionnée par l'art. 306 CP. Ces sanctions pénales posent certaines limites à l'introduction d'une action en responsabilité à des fins dilatoires. Enfin, les personnes négligentes dans la conduite du procès au titre du dommage de la société engagent leur propre responsabilité [3019]. 1355

2.2. Dommage de l'actionnaire

Lorsque le litige concerne le dommage subi par un actionnaire, le jugement ne lie que les parties au procès, conformément aux principes généraux de la procédure civile (relativité subjective de la chose jugée) [3020]. Un autre actionnaire lésé par le même manquement d'un dirigeant de peut pas se prévaloir d'un jugement antérieur condamnant celui-ci. Inversement, le rejet de l'action ne signifie pas que l'organe de gestion ne peut pas être actionné et condamné pour des dommages causés à d'autres investisseurs. 1356

Cette relativité de la chose jugée peut faire obstacle au règlement de prétentions de masse puisqu'un jugement rendu dans une affaire individuelle n'aura pas valeur de précédent pour les autres procédures, à moins que les parties s'entendent sur ce point. Pour cette raison, le rapport « Exercice collectif des droits » recommande d'envisager l'introduction en Suisse d'un système de procédure modèle, au cours de laquelle sont résolues les questions communes à un grand nombre de cas [3021]. Ce mode de règlement des dommages collectifs repose sur la qualité d'exemple que peut avoir une procédure individuelle pour toutes les procédures semblables ; elle débouche en définitive sur une extension de l'autorité de chose jugée à d'autres cas similaires. Cette proposition s'inspire de la procédure prévue par le 1357

[3018] Comp. ATF 122 IV 197, consid. 2, JdT 1997 IV 145 ; TF 6B_748/2008 du 16 février 2009, consid. 3.7.

[3019] ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 755 N 13. Le dommage pertinent se composerait d'une part de l'indemnité qui n'a pas été obtenue au cours du premier procès, pour autant que ce dommage puisse être prouvé, et d'autre part des frais engagés par la société dans une procédure au final inutile (comp. ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328).

[3020] ATF 125 III 8, consid. 3a ; TF 5C.523/2000 du 6 mars 2001, consid. 4d ; CPC-BOHNET, art. 59 N 129 ; BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 136 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 468.

[3021] Exercice collectif des droits, p. 28.

Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) allemand. Selon cette loi, le demandeur ou le défendeur à une action en responsabilité fondée sur des informations inexactes peut requérir la réalisation d'une procédure pilote (§ 1 al. 1 et § 2 al. 1 KapMuG). Celle-ci aura lieu si dix requêtes de ce type sont formulées dans un délai de six mois (§ 6 al. 1 KapMuG). Un demandeur pilote est ensuite choisi parmi les demandeurs en fonction de sa capacité à représenter les intérêts des autres lésés (§ 9 al. 2 ch. 1 KapMuG). La décision rendue dans le procès pilote lie tous les tribunaux ayant suspendu une procédure en raison du fait qu'elle dépendait de questions faisant l'objet du procès pilote (§ 22 al. 1 KapMuG).

1358 Ce type de procédure semble apporter une solution pragmatique à la problématique du règlement collectif de prétentions. Il faut cependant relever qu'elle soulève des questions en relation avec la sélection du cas pilote, qui nécessite que ses résultats puissent être généralisés [3022]. Par ailleurs, la réalisation d'une procédure pilote présuppose l'existence d'un demandeur disposant d'une capacité financière suffisante pour assumer les coûts liés au procès en responsabilité. La procédure elle-même nécessiterait également des réflexions détaillées sur la garantie du droit d'être entendu et sur l'intégration de la procédure pilote dans l'organisation judiciaire suisse [3023]. Enfin, la procédure pilote n'a de sens que si les prétentions présentent un certain degré de similarité ; nous renvoyons à cet égard aux développements ci-dessus sur la nécessité d'une base légale explicite en matière de responsabilité fondée sur la diffusion d'informations inexactes et sur l'introduction d'une présomption de causalité [3024].

1359 Nonobstant ces réflexions *de lege ferenda*, il faut relever que la réalisation d'une procédure pilote est déjà possible en droit positif, l'exemple procédural que fournit un cas pilote assurant sa prise en compte dans des jugements subséquents [3025]. Toutefois, la suspension des procédures dans l'attente du procès pilote reste subordonnée à la volonté du juge (art. 126 al. 1 CPC), ce qui est problématique. On peut cependant imaginer que les tribunaux ne seront pas réticents à faire usage de cette faculté puisqu'elle permet une certaine économie de procédure.

3. Transaction

1360 La transaction est un « contrat par lequel les parties mettent fin, par des concessions réciproques, à un litige ou à une incertitude touchant un rapport de droit » [3026]. L'objet de ce

[3022] Exercice collectif des droits, p. 31.
[3023] Exercice collectif des droits, p. 32.
[3024] N 905 et 1104 *supra*.
[3025] BOHNET 2013b, p. 443. Comp. en lien avec l'action des associations (art. 89 CPC), BSK ZPO-SPÜHLER, art. 89 N 6, qui relève la possibilité d'un accord portant sur la réalisation d'une procédure pilote.
[3026] TF 4A_191/2013 du 5 août 2013, consid. 3.1 ; voir ég. ATF 130 III 49, consid. 1.2 ; 121 III 397, consid. 2c ; TF 4A_298/2014 du 4 décembre 2014, consid. 3.4 ; BOHNET 2014a, N 1429 ; CPC-TAPPY, art. 241 N 14.

contrat est de mettre fin à un litige ou de lever une certitude juridique ou factuelle [3027]. Il n'y a transaction que si ce règlement implique des concessions des deux parties : ainsi, dans le procès en responsabilité, la transaction se composera souvent d'éléments de reconnaissance de dette de la part du débiteur et de reconnaissance de dette négative ou de remise de dette de la part du créancier [3028].

Pour que la transaction soit possible, il faut que les parties puissent disposer librement de l'objet du litige [3029]. La doctrine part généralement de l'idée que tel est le cas de l'action en responsabilité des organes de gestion [3030]. Le Tribunal fédéral l'admet aussi implicitement, puisqu'il considère que la prétention en responsabilité de la société est cessible [3031]. Ainsi que nous le verrons ci-dessous, ce constat doit être quelque peu relativisé. 1361

En vertu du principe de la relativité des conventions, la transaction ne lie en principe que les parties qui l'ont conclue [3032]. Ce principe devra aussi être précisé dans le contexte de la responsabilité des organes envers la société en raison de la multiplicité des acteurs habilités à agir au titre du dommage social [3033]. 1362

3.1. Transaction judiciaire et extrajudiciaire

La transaction peut être judiciaire ou extrajudiciaire. La transaction *extrajudiciaire* est un instrument purement contractuel. Elle n'est pas dotée de la force de chose jugée [3034]. Dès lors, lorsqu'elle vise une prétention faisant l'objet d'un procès, une telle transaction doit être suivie d'un acquiescement ou d'un désistement pour mettre fin à l'instance et emporter force de chose jugée [3035]. La transaction extrajudiciaire est le moyen de règlement privilégié des prétentions en responsabilité des dirigeants ; on prête à cette solution l'avantage de la discrétion et de la simplicité [3036]. 1363

La transaction *judiciaire* est une forme qualifiée de la transaction extrajudiciaire [3037] : elle en présente toutes les caractéristiques, mais répond à des conditions supplémentaires. La transaction judiciaire intervient dans un litige pendant, dans le but d'y mettre fin. Selon l'art. 241 al. 1 CPC, la transaction judiciaire doit être passée par écrit. Pour déployer ses effets, 1364

[3027] BERTI 2007, p. 110.
[3028] JENNY 2012, N 383 ; JUTZI 2014, p. 501.
[3029] CPC-TAPPY, art. 241 N 10 ; BSK ZPO-STECK, art. 241 N 9 ; JENNY 2012, N 384 ; JUTZI 2014, p. 502 ; KUNZ 1993, p. 163.
[3030] JENNY 2012, N 384 ; JUTZI 2014, p. 502 ; KUNZ 1993, p. 163.
[3031] ATF 84 II 48, consid. 3.
[3032] CPC-TAPPY, art. 241 N 33 ; JUTZI 2014, p. 509 ; KUNZ 1993, p. 165.
[3033] Voir N 1365 ss *infra*.
[3034] TF 4A_191/2013 du 5 août 2013, consid. 3.1 ; BK ZPO II-KILLIAS, art. 241 N 38 ; CPC-TAPPY, art. 241 N 16.
[3035] BOHNET 2014a, N 1431.
[3036] JENNY 2012, N 379. Plus généralement : CPC-TAPPY, art. 241 N 16 ; BSK ZPO-STECK, art. 241 N 23.
[3037] JUTZI 2014, p. 501.

elle doit être soumise au tribunal afin d'être homologuée ; celui-ci ne procède toutefois pas à un contrôle matériel de la transaction, sous réserve des abus manifestes [3038]. Une fois homologuée, la transaction judiciaire a l'effet d'une décision entrée en force (art. 241 al. 2 CPC) [3039]. Elle est donc dotée de l'autorité de chose jugée [3040]. La transaction judiciaire est de nature double : en plus d'être un contrat de droit privé, comme la transaction extrajudiciaire, elle est un institut de procédure [3041]. Elle se distingue ainsi du désistement et de l'acquiescement, qui sont de purs instituts de procédure [3042].

3.2. Dommage de la société

3.2.1. Problématique

1365 La prétention sociale en réparation fondée sur l'art. 754 CO peut être invoquée par la société et chaque actionnaire (art. 756 al. 1 CO) ; il faut se demander dans quelle mesure ces acteurs ont le pouvoir de transiger sur cette prétention, puis quelle influence cette transaction a sur le droit d'agir d'autres personnes. La transaction empêche dans tous les cas la réintroduction d'une action ayant le même objet par la même personne (art. 59 let. e en relation avec l'art. 241 al. 2 CPC) [3043].

3.2.2. Transaction passée par la société

a) Compétence pour transiger

1366 La capacité de transiger présuppose que le titulaire de la prétention ait le pouvoir de disposer de celle-ci. *A priori*, la société, en tant que titulaire de la prétention en réparation, a le pouvoir de disposer de celle-ci et, partant, est compétente pour transiger [3044].

1367 Faute de réglementation explicite, on peut imaginer que la compétence pour transiger pour le compte de la société tombe dans le champ de compétences résiduel du conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO). Par parallélisme avec la décision d'intenter action, la décision de transiger devrait alors être considérée comme intransmissible, mais non

[3038] BK ZPO II-KILLIAS, art. 241 N 46 ; BSK ZPO-STECK, art. 241 N 15.
[3039] ATF 139 III 133, consid. 1.3 : elle ne peut être attachée que par la voie de la révision.
[3040] BOHNET 2014a, p. 1430 ; BK ZPO II-KILLIAS, art. 241 N 37. La transaction judiciaire est également un titre de mainlevée définitive (art. 80 al. 2 ch. 1 LP).
[3041] ATF 110 II 44, consid. 4, rés. JdT 1985 I 155 ; nuancé : BERTI 2007, p. 113 s.
[3042] BERTI 2007, p. 114.
[3043] BÄRTSCHI 2001, p. 335.
[3044] Comp. ATF 84 II 48, consid. 3.

inaliénable : le conseil d'administration ne peut pas déléguer cette décision ; en revanche, l'assemblée générale est également compétente pour transiger [3045].

Cette compétence du conseil d'administration est cependant problématique : elle permet aux dirigeants de disposer de prétentions en responsabilité de manière peu transparente, ce qui pourrait encourager les transactions trop favorables aux débiteurs [3046]. En raison de ce risque de conflit d'intérêts, il est permis de se demander si la compétence de transiger ne devrait pas être réservée à l'assemblée générale [3047]. Nous considérons que cette compétence exclusive de l'assemblée générale s'impose en réalité sur la base d'une interprétation systématique et téléologique de la loi. Contrairement à la décision d'intenter un procès en responsabilité, la transaction inclut un acte de disposition partiel de la part de la société (« concessions réciproques ») [3048]. Or le législateur a clairement réglementé la manière dont la société peut disposer des prétentions en responsabilité contre ses organes : cette compétence appartient exclusivement à l'assemblée générale, qui a le droit intransmissible de donner décharge aux dirigeants (art. 698 al. 2 ch. 5 CO). Une compétence du conseil d'administration pour disposer, ne serait-ce que partiellement, d'une prétention en responsabilité de la société serait inconciliable avec cette prérogative de l'assemblée générale. Cette interprétation s'impose d'autant plus que la décharge n'a d'effets que sur le droit d'action de la société, non la prétention matérielle fondée sur la responsabilité des organes de gestion [3049] ; on voit mal en quoi, sur ce point, le conseil d'administration devrait bénéficier d'un pouvoir plus étendu que l'assemblée générale. Faute de compétence des organes sociaux en la matière, il en découle que la société *ne peut en réalité pas disposer de la prétention en réparation fondée sur la responsabilité des organes*, mais seulement renoncer à son droit d'action [3050]. 1368

Indépendamment de ces réflexions relatives à la compétence pour décider de transiger, un vote de l'assemblée générale est de toute façon indispensable pour que la transaction aie une vraie utilité pratique. En effet, la transaction conclue par la société ne sera opposable aux actionnaires qu'à des conditions restrictives, que nous exposerons dans le paragraphe qui suit. 1369

[3045] N 819 *supra*.
[3046] FLEISCHER 2015, p. 137 ; voir ég. KALSS 2005, p. 663.
[3047] Dans ce sens, apparemment, HIRSCH 1967, p. 253. Comp. art. 752 P-CO 1928 : « Aussi longtemps qu'elle n'est pas en faillite, la société peut décider de donner décharge aux personnes responsables en renonçant à les actionner, en concluant une transaction ou en faisant quelque autre arrangement avec elles. » Comp. aussi le § 93 al. 4 AktG, qui dispose qu'une transaction portant sur des prétentions en responsabilité contre des membres du *Vorstand* n'est possible qu'avec l'approbation de l'assemblée générale.
[3048] TF 4A_191/2013 du 5 août 2013, consid. 3.1.
[3049] N 364 ss *supra*.
[3050] Dans le même sens, du moins en ce qui concerne la transaction : EGGMANN 1997, p. 63.

b) Opposabilité de la transaction

1370 Concernant l'opposabilité d'une transaction conclue par la société, retenons tout d'abord l'évidence : une transaction valablement conclue par la société lie celle-ci [3051]. Elle offre au dirigeant qui en bénéficie une objection opposable à la société [3052].

1371 L'opposabilité aux actionnaires de la transaction passée par la société dépend *a priori* du fondement de la qualité pour agir des actionnaires. Pour les tenants d'une prétention autonome des actionnaires, une transaction conclue par la société est une *res inter alios acta* pour les actionnaires. Elle ne saurait donc les lier [3053]. Tout au plus, le dirigeant recherché pourra-t-il faire valoir par voie d'objection qu'il a déjà versé une indemnité à la société, réduisant ainsi le dommage pertinent [3054]. Du point de vue de la compensation, cette prise en compte des indemnités déjà versées devrait suffire à coordonner les prétentions des actionnaires et celle de la société. Elle n'offre en revanche aucune sécurité juridique au défendeur potentiel, puisqu'une transaction n'empêcherait pas les actionnaires d'agir sur la base de leur droit propre [3055]. Dès lors, seule l'approbation de la transaction, selon les formes prévues pour la décharge, permettrait de prémunir effectivement les dirigeants contre une nouvelle action en responsabilité fondée sur les mêmes faits [3056]. Le délai pour agir des actionnaires qui ne se prononcent pas en faveur de la décharge serait alors réduit à six mois (art. 758 al. 2 CO).

1372 Les partisans de la théorie de la *Prozessstandschaft* retiennent pour principe que les actionnaires sont liés par une transaction conclue par la société [3057] – pour autant qu'il s'agisse d'une transaction judiciaire, dotée de l'autorité de chose jugée [3058]. Cette solution a l'avantage d'offrir au dirigeant bénéficiant de la transaction une grande sécurité juridique. Le cas échéant, à moins que les termes de la convention lèsent manifestement les intérêts de la société, la doctrine part du principe que la transaction inclut une prestation suffisante du dirigeant incriminé [3059]. Le risque de conflits d'intérêts en cas de transaction conclue par la société serait alors prévenu par le fait que les dirigeants qui représentent la société au moment

[3051] BÖCKLI 2009, § 18 N 465 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 140 ; JUTZI 2014, p. 510 ; JENNY 2012, N 417 ; KUNZ 1993, p. 167 ; FORSTMOSER 1987, N 483 ; BARBEY 1949, p. 67.

[3052] KUNZ 1993, p. 167.

[3053] JUTZI 2014, p. 510 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 141 ; KUNZ 1993, p. 168 ; HÜNERWADEL 1989, p. 83.

[3054] KUNZ 1993, p. 169.

[3055] KUNZ 1993, p. 168 ; FORSTMOSER 1987, N 492.

[3056] FORSTMOSER 1987, N 492 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 141 ; JUTZI 2014, p. 510 et déjà CO SCHNEIDER/FICK-BACHMANN, art. 675 aCO N 7a.

[3057] En détail : JUTZI 2014, p. 509 ; JENNY 2012, N 418 ss ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 755 N 55 ss. Voir ég. BÖCKLI 2009, 18 N 466 ; GLANZMANN 2000, p. 173 ; HOTZ 1945, p. 206, ainsi qu'apparemment ISLER 2003b, p. 451.

[3058] GARBARSKI 2006, p. 234.

[3059] JENNY 2012, N 421 ; dans le même sens, PICENONI 1945, p. 179 ss. *Contra* : BARBEY 1949, p. 69.

de la conclusion de l'accord engagent leur propre responsabilité [3060]. Cette possibilité reste toutefois très théorique dans la mesure où les dirigeants qui ont transigé au nom de la société pourraient à leur tour être libérés par la conclusion d'une transaction [3061].

La thèse de l'opposabilité sans limites de transactions conclues par la société est cependant mise à mal par une analyse systématique de cette institution. Admettre qu'une transaction conclue par la société est apte à bloquer le droit d'action des actionnaires revient à vider la décharge de toute signification juridique [3062]. La société pourrait en effet exonérer de fait les dirigeants de toute responsabilité en concluant des transactions sans le concours de l'assemblée générale ou des actionnaires [3063]. Faute d'examen par le juge, il n'y a aucune garantie que les intérêts de la société et des actionnaires sont suffisamment pris en compte [3064]. Par conséquent, l'objectif du droit d'agir octroyé à chaque actionnaire serait manqué [3065]. 1373

De fait, il y a un rapprochement à opérer entre la décharge et la transaction ; dans le cadre de cette dernière, la concession faite par la société peut consister en une remise de dette ou une reconnaissance de dette négative, aspects qui se retrouvent dans la conception de la décharge selon la jurisprudence [3066]. La transaction n'est dès lors rien de plus qu'une décharge « à titre onéreux » [3067]. En tant que telle, elle doit faire l'objet d'une décision de l'assemblée générale pour être rendue opposable aux actionnaires (art. 758 CO) [3068] ; celle-ci devrait respecter les termes de l'art. 695 al. 1 CO. autrement, seul le montant consenti par le défendeur dans le cadre de la transaction pourra être pris en compte dans le cadre d'une action en responsabilité subséquente [3069]. En toute hypothèse, un acte juridique conclu par la société ne saurait affaiblir la situation procédurale des actionnaires, dont le droit d'agir n'est pas subsidiaire à celui de la société [3070]. Celui-ci ne peut être restreint qu'en application 1374

[3060] JENNY 2012, N 421 ; ZK-BÜRGI/NORDMANN, art. 755 N 21 ; HOTZ 1945, p. 207.
[3061] MAURER 2013, N 279.
[3062] MEIER-WEHRLI 1968, p. 151.
[3063] MAURER 2013, N 280 ; MEIER-WEHRLI 1968, p. 149 s.
[3064] MAURER 2013, N 281 ; dans le même sens : BARBEY 1949, p. 69. IRENE EGGMANN retient également que la pesée entre l'intérêt de la société et des actionnaires à mettre en œuvre la responsabilité et celui des dirigeants à être prémuni contre des actions multiples est explicitement réglée par l'institution de la décharge (EGGMANN 1997, p. 64).
[3065] Dans ce sens, BERTI 1990, p. 447 ss.
[3066] Voir ATF 95 II 320, consid. IV.1. Nous considérons que la renonciation incluse dans la décharge ne peut porter que sur le droit d'agir de la société et non sur l'essence de sa prétention (N 364 *supra*) et que, partant, la société ne peut pas renoncer à sa prétention en responsabilité, même par transaction (N 1368 *supra*) ; cette divergence n'a cependant pas d'influence sur les réflexions qui suivent.
[3067] HIRSCH 1967, p. 253 ; MAURER 2013, N 284.
[3068] MAURER 2013, N 283 ; MEIER-WEHRLI 1968, p. 152 ; BARBEY 1949, p. 70. Voir ég. ZK-BÜRGI, art. 698 N 81. *Contra* : HOTZ 1945, p. 207.
[3069] JUTZI 2014, p. 510 ; BÄRTSCHI 2001, p. 336 ; BERTI 1990, p. 449. Dans le même sens pour l'action dans la faillite : REITER 2003, p. 198.
[3070] MAURER 2013, N 284 ; voir ég. BARBEY 1949, p. 68.

de l'art. 758 al. 2 CO. Du point de vue du gouvernement d'entreprise, l'actionnaire minoritaire garde ainsi un moyen de contrôle sur la manière dont la société gère les cas de responsabilité des dirigeants.

1375 Au vu des avis divergents concernant la portée des transactions, il peut se recommander de codifier la solution à laquelle nous sommes parvenons [3071]. *De lege lata*, il faut cependant constater que les tenants de la prétention autonome de l'actionnaire comme les partisans du droit des actions d'invoquer en leur nom la prétention de la société admettent qu'une décision de l'assemblée générale est nécessaire pour valider une transaction et la rendre opposable à tous actionnaires conformément à l'art. 758 CO. Dès lors, en cas d'approbation de la transaction par l'assemblée générale, les actionnaires qui n'ont pas voté en faveur de celle-ci et n'ont pas acquis leurs actions en connaissance de cause après la décision disposent d'un délai de six mois pour intenter action, conformément à l'art. 758 al. 2 CO. Ce bref délai de déchéance, conjugué à la réticence des actionnaires à intenter l'action oblique, offre aux dirigeants une sécurité juridique suffisante. Un refus de la transaction par l'assemblée ne cause *a priori* pas l'annulation de l'acte. En revanche, elle n'aura pas d'effet sur le droit d'agir des actionnaires, qui doivent toutefois se laisser imputer le montant déjà consenti par le défendeur. Il peut dès lors être dans l'intérêt du défendeur de formuler la transaction avec une condition suspensive, p. ex. en prévoyant que la transaction n'entre en force que si aucun actionnaire n'intente action dans les six mois qui suivent sa conclusion [3072].

3.2.3. Transaction passée par un actionnaire

1376 En tant que titulaire d'un droit d'action, l'actionnaire ne peut pas disposer de la prétention en responsabilité, raison pour laquelle il ne devrait en principe pas être habilité à transiger, du moins pas sans le concours de l'assemblée générale [3073]. On ne saurait en effet parvenir, par le biais du droit de procédure, à un résultat que le droit matériel ne permet pas d'obtenir [3074].

1377 En réalité, l'actionnaire peut, par voie de transaction, renoncer à son droit individuel d'agir, sans préjudice des droits des autres créanciers et de la société [3075]. Il s'agit là de la solution qui prévaut également dans le contexte de la cession de créances en vertu de l'art. 260 LP, qui fonde une consorité nécessaire formelle, tout comme la communauté des actionnaires. Dans ce contexte, la jurisprudence retient qu'un créancier cessionnaire peut mettre fin à un litige

[3071] Dans ce sens : MAURER 2013, N 285.
[3072] KUNZ 1993, p. 169 ; ZK-BÜRGI, art. 698 N 81.
[3073] JENNY 2012, N 392 s. EGGMANN 1997, p. 58, 63 et les réf. citées en n. 3029 *supra*. Voir ég. MAURER 2013, N 287. *Contra* : GARBARSKI 2006, p. 234 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 466. Il en irait autrement si l'on admettait que l'actionnaire disposait d'une prétention autonome en paiement à la société (voir KUNZ 1993, p. 165 ; HANDSCHIN 2005, p. 250).
[3074] BERGER 1992, p. 119.
[3075] MAURER 2013, N 290 ; EGGMANN 1997, p. 63 s.

par transaction, mais que les droits des autres créanciers ne sont pas touchés par celle-ci [3076]. Cette règle est applicable *mutatis mutandis* en cas de transaction conclue hors faillite par un actionnaire [3077]. Comme en cas de transaction conclue par la société, il faudra cependant prendre en compte, dans le cadre d'une action ultérieure, l'indemnité déjà versée par le dirigeant à la société [3078]. Cette interprétation est conforme à la nature du droit d'agir attribué à chaque actionnaire : celui-ci lui donne en effet le droit d'obtenir, à certaines conditions, un jugement au fond sur la prétention litigieuse [3079]. Un titulaire du droit d'invoquer en son nom la prétention sociale ne peut y renoncer que pour lui-même [3080] ; tant qu'un juge ne s'est pas prononcé sur le bien-fondé de la prétention invoquée, le droit d'action des autres personnes ayant qualité pour invoquer le dommage de la société n'est pas réalisé [3081].

Puisque l'actionnaire seul ne peut pas obtenir de transaction faisant autorité pour tous les autres ayants droit, il faudra, pour la rendre opposable à tous et garantir la sécurité juridique pour le défendeur, la faire valider par l'assemblée générale de la société, selon les modalités prévues pour le vote de décharge (art. 695 al. 1 et 758 CO) [3082]. 1378

3.3. Dommage de l'actionnaire

En cas de dommage propre de l'actionnaire, la compétence de celui-ci pour transiger sur sa prétention ne fait aucun doute [3083]. Cette transaction n'a d'effet qu'*inter partes*. Elle ne libère pas le défendeur de prétentions soulevées par d'autres lésés. Dans l'intérêt d'une mise en œuvre efficace des prétentions collectives, il pourrait être opportun d'envisager un mécanisme de transaction collective. *De lege lata*, il est possible de rassembler un grand nombre de prétentions par leur cession (art. 164 al. 1 CO) à une personne qui se charge de les invoquer. Le cessionnaire, pleinement titulaire des créances cédées [3084], dispose aussi de la compétence pour transiger. Le droit positif ne connaît cependant pas de moyen qui permettrait de régler collectivement l'intégralité des prétentions en responsabilité découlant d'un même acte illicite. Un tel institut pourrait être dans l'intérêt des défendeurs puisqu'il 1379

[3076] ATF 121 III 488, consid. 2c, JdT 1997 II 147 ; 107 III 91, consid. 3c, JdT 1983 II 119. BSK SchKG II-BERTI, art. 260 N 59 ; LEUENBERGER 2005, p. 204 ; dans le contexte de l'art. 757 CO : CR CO II-CORBOZ, art. 757 N 46 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 29 ; REITER 2003, p. 198.
[3077] MAURER 2013, N 290.
[3078] MAURER 2013, N 290.
[3079] BOHNET 2014a, N 368 ; BERTI 1990, p. 447.
[3080] BERTI 1990, p. 447.
[3081] BERTI 1990, p. 447 s.
[3082] JENNY 2012, N 395.
[3083] JENNY 2012, N 400.
[3084] CR CO I-PROBST, art. 164 N 61.

leur offrirait une grande sécurité juridique, mais aussi du système judiciaire qui se verrait déchargé [3085].

1380 En droit allemand, le KapMuG prévoit ainsi la possibilité pour le demandeur modèle et le défendeur de proposer une transaction qui, si elle est homologuée par le juge (§ 18 KapMuG), peut être rendue opposable aux autres participants dont la procédure est suspendue en attendant le résultat de la procédure modèle. Il s'agit d'un modèle à *opt-out* : les participants disposent d'un délai d'un mois à compter de la notification de la transaction pour déclarer qu'ils se retirent de celle-ci (§ 19 al. 2 KapMuG). Ce mode de règlement est explicitement approuvé par le Conseil fédéral dans son examen des procédures modèles [3086].

1381 Une autre forme de transaction collective existe aux Pays-Bas. La loi néerlandaise sur la liquidation collective des dommages de masse (WCAM [3087]) prévoit une procédure de transaction entre un ou plusieurs responsables et une organisation agissant dans l'intérêt commun de tous les lésés [3088]. Cette forme de règlement collectif des litiges est également citée comme un exemple intéressant pour la Suisse [3089].

1382 Sur ces bases, l'AP-LSFin prévoyait à ses art. 105 ss une procédure d'action de transaction de groupe, qui peut être obtenue par une association ou une organisation à but non lucratif dont le but statutaire est de préserver les intérêts de groupes de personnes déterminées, notamment des clients privés ou des consommateurs (art. 101 AP-LSFin). Cette procédure permettant de régler les conséquences financières d'une violation des obligations civiles d'un prestataire de services financiers, permet d'aboutir à un accord contraignant « pour tous les clients concernés par la violation des obligations et leurs ayants droit » (art. 105 AP-LSFin). Cette proposition n'a pas été retenue dans le projet LSFin, le Conseil fédéral ayant décidé de privilégier l'élaboration d'une procédure générale dans le CPC [3090].

4. Désistement d'action

4.1. En général

1383 Le désistement est « une déclaration unilatérale par laquelle une partie renonce à l'action qu'elle avait introduite ». Il est doté de l'autorité de la chose jugée (art. 241 al. 2 CPC) , à moins

[3085] Exercice collectif des droits, p. 41.
[3086] Exercice collectif des droits, p. 32.
[3087] *Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades to vergemakkelijken (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade).*
[3088] Exercice collectif des droits, p. 39.
[3089] Exercice collectif des droits, p. 40.
[3090] Message LSFin, p. 8114.

que la demande soit retirée alors qu'elle avait été déposée devant un tribunal incompétent, qu'elle n'ait pas encore été notifiée au défendeur ou que celui-ci ait accepté son retrait (art. 65 CPC). Dans ces hypothèses, on parle de désistement d'instance ; autrement, il s'agit d'un désistement d'action [3091].

En raison de l'autorité de chose jugée rattachée au désistement d'action, une nouvelle demande ayant le même objet et opposant les mêmes parties devrait en principe être irrecevable (art. 241 al. 2 en relation avec l'art. 59 al. 2 let. e CPC). La recevabilité de l'action doit en principe aussi être niée lorsque les parties ne sont pas identiques, mais que le demandeur invoque en son nom la prétention déjà tranchée [3092]. Cet effet préjudiciel peut poser problème lorsque le demandeur qui se désiste est en situation de conflit d'intérêts ; il faut dès lors s'intéresser de plus près aux conditions du désistement dans le cadre d'une action en responsabilité au titre du dommage de la société. 1384

4.2. Désistement dans le cadre de l'action au titre du dommage de la société

Les conditions d'un désistement diffèrent selon que l'action est menée par la société ou par un actionnaire. 1385

4.2.1. Lorsque la société est demanderesse

Conformément aux développements que nous avons faits ci-dessus en lien avec la transaction, un désistement de la société n'est pas opposable aux actionnaires qui envisagent l'introduction d'une action oblique [3093]. Si la société ne peut pas disposer de sa prétention en responsabilité en échange d'une concession du défendeur, elle n'est *a fortiori* pas habilitée à le faire lorsque ce dernier ne consent aucun sacrifice. Lorsque l'instance prend fin par un désistement, le parallèle avec l'octroi de la décharge est encore plus manifeste. Dès lors, la société peut certes retirer son action – moyennant une décision de l'assemblée générale prise conformément aux art. 695 al. 1 et 758 CO [3094] –, mais cette décision n'a aucun effet sur l'existence de la prétention matérielle en réparation. Le droit d'agir des actionnaires ne peut être limité qu'en vertu d'une décision de l'assemblée générale prise conformément aux dispositions applicables au vote de décharge. Le cas échéant, le droit d'agir des actionnaires qui ne se sont pas prononcés en faveur d'un désistement s'éteint six mois après la décision de l'assemblée générale (art. 758 al. 2 CO). 1386

[3091] CPC-TAPPY, art. 241 N 22 ; CPC-BOHNET, art. 65 N 2 ss.
[3092] Voir N 1350 *supra*.
[3093] N 1368 *supra*. *Contra* : JENNY 2012, N 912 ; BÖCKLI 2009, § 18 N 464.
[3094] JENNY 2012, N 912 n. 3107.

4.2.2. Lorsqu'un actionnaire est demandeur

1387 Dans la mesure où l'actionnaire n'a pas de pouvoir de disposition sur la prétention en responsabilité, il faut admettre qu'un désistement de celui-ci n'a pas autorité de chose jugée pour les autres titulaires du droit d'agir. L'actionnaire peut seulement renoncer à son propre droit d'action [3095]. Faute de jugement au fond, le droit des autres actionnaires d'invoquer la prétention de la société et de la voir examinée par un tribunal n'est pas réalisé [3096].

1388 Un regard sur la jurisprudence relative à l'art. 260 LP est utile pour déterminer les effets du désistement de l'actionnaire dans le cadre de l'action oblique. Selon le Tribunal fédéral, chaque créancier qui s'est fait céder une créance de la masse en faillite a notamment le droit de retirer son action [3097]. Cependant, les droits des autres créanciers cessionnaires ne sont pas touchés : en cas de désistement, les autres créanciers auxquels la masse en faillite a cédé la prétention conservent leur droit d'agir [3098].

5. Conclusion intermédiaire

1389 Un jugement passé dans un procès relatif au dommage social (art. 756 al. 1 CO) lie la société et tous les actionnaires ; l'autorité de chose jugée s'étend à tous les titulaires du droit d'agir. Ce constat peut paraître problématique en raison du risque que la procédure soit conduite de manière négligente par un demandeur proche des dirigeants incriminés. Une réponse à cette problématique est apportée par l'institution de l'intervention accessoire (art. 74 ss CPC), qui permet notamment à l'intervenant de faire valoir tous les moyens d'attaque et d'interjeter recours (art. 76 al. 1 CPC). Pour être efficace, cette faculté nécessite cependant que les personnes intéressées soient informées de l'existence d'un procès en responsabilité. *De lege ferenda*, il serait dès lors utile de prévoir une publication obligatoire en cas d'introduction d'une action en responsabilité dirigée contre les organes de gestion d'une société anonyme. *De lege lata*, la conduite d'un procès en responsabilité par la société peut faire faire l'objet d'une demande de renseignements (art. 697 CO). Par ailleurs, le risque de conduite négligente d'un procès est prévenu dans une certaine mesure par l'interdiction de l'escroquerie au procès (art. 146 CPC) et la responsabilité civile de la personne qui a agi pour le dommage de la société et a perdu le procès intentionnellement.

1390 Dans le cadre d'un procès relatif au dommage social, le demandeur, qu'il s'agisse de la société ou d'un actionnaire, peut mettre fin à l'instance par une transaction judiciaire ou un désistement d'action. Cependant, par ces actes, le demandeur peut uniquement renoncer à

[3095] Comp. les N 1376 s. en matière de transaction.
[3096] BERTI 1990, p. 447 s.
[3097] ATF 121 III 488, consid. 2c, JdT 1997 II 147.
[3098] ATF 121 III 488, consid. 2e, JdT 1997 II 147.

son action, pas au droit substantiel invoqué. Dès lors, la transaction et le désistement ne sont pas opposables aux autres personnes ayant qualité pour invoquer en leur nom le dommage de la société. Conformément au choix fait par le législateur dans le cadre des art. 698 al. 2 ch. 5 et 758 CO, seule une décision de l'assemblée générale, prise selon les modalités applicables à la décharge (art. 695 al. 1 CO), peut priver à la fois la société et tous les actionnaires de leur droit d'agir. Conformément à l'art. 758 al. 2 CO, les actionnaires qui n'ont pas approuvé l'abandon de l'action gardent le droit d'agir pendant six mois. Ce régime s'impose en raison de la répartition des compétences au sein de la société anonyme, mais découle aussi d'une interprétation correcte du droit d'agir octroyé à la société à tous les actionnaires (art. 756 al. 1 CO). De la sorte, les acteurs sociaux sont protégés contre une liquidation des cas de responsabilité trop favorable aux dirigeants.

En ce qui concerne le dommage des actionnaires, les règles générales s'appliquent : en raison de la relativité subjective de la chose jugée, un jugement ou une transaction n'ont de valeur qu'entre les parties au procès. Les prétentions similaires de tiers ne sont pas touchées. Dans le cadre d'une future législation relative aux prétentions collectives, il faudrait envisager le recours à une procédure modèle ou à une transaction collective pour faciliter le règlement des prétentions dans l'intérêt des lésés, mais aussi des défendeurs. 1391

Synthèse et conclusion

I. Objectif de l'étude et fonction de la responsabilité

La présente thèse a pour objectif de déterminer l'équilibre que la responsabilité des organes de gestion doit atteindre entre sanction des comportements dommageables et liberté dans la gestion ; le propos se concentre sur l'action en responsabilité hors de la faillite, qui présente des particularités du point de vue de la procédure, mais soulève aussi d'intéressantes questions de gouvernance. 1392

Il faut tout d'abord identifier le critère selon lequel s'apprécie l'équilibre recherché. Celui-ci dépend de la fonction attribuée à la responsabilité civile des organes. Dans le prolongement de la responsabilité civile délictuelle, la responsabilité des organes de gestion est généralement conçue comme un moyen de compensation, servant à la protection du patrimoine social. Or cette fonction ne peut être remplie que partiellement dans le cadre de la responsabilité des organes de gestion. Qui plus est, un régime axé sur la réparation intégrale des dommages a un effet néfaste sur la gestion puisque les dirigeants auront tendance à adopter un comportement excessivement prudent. Cette aversion aux risques se traduit par des choix commerciaux non optimaux pour la société, mais aussi des coûts supplémentaires en raison des mesures de prudence prises par les dirigeants. Dès lors, la réflexion doit s'articuler autour de l'*effet dissuasif de la responsabilité*. Vu sous cet angle, le système est équilibré lorsque la responsabilité encourue par les dirigeants les encourage à agir conformément à leurs devoirs et ne fait pas obstacle à une gestion axée sur l'intérêt de la société. 1393

Dans l'approche de cette problématique, nous accordons une certaine importance à l'analyse économique de la responsabilité civile ; cela implique notamment de déterminer dans quelle mesure les dirigeants s'exposent à une sanction patrimoniale directe en cas de manquement dans la gestion. Ce risque dépend des modalités et de la sévérité des *normes fondant le devoir de réparer*, mais aussi de l'efficacité de la *mise en œuvre judiciaire* et enfin de la réglementation des *limitations* à la responsabilité. Puisque nous considérons que l'équilibre du système doit être jugé à l'aune de l'effet dissuasif de la responsabilité, il faut également accorder une certaine importance à la *prévisibilité* des sanctions. 1394

Afin de limiter les considérations purement théoriques, il est important d'identifier les situations de la vie sociale impliquant un réel risque de responsabilité pour les dirigeants. 1395

Cette typologie permet en effet de cerner précisément les cas où la responsabilité peut être trop sévère ou trop aléatoire pour remplir efficacement son rôle préventif. L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine a révélé que la responsabilité des dirigeants hors faillite est le plus souvent engagée en lien avec la gestion en général ; les autres cas de figure fréquents concernent les conflits d'intérêts au sens large, les déficiences dans la planification et le contrôle financiers ainsi que les omissions dans la surveillance de la gestion. Un petit nombre de cas relève des préjudices causés aux actionnaires, causés soit par la tenue et la communication d'une comptabilité incorrecte, soit par la communication d'informations inexactes.

1396 La responsabilité des dirigeants envers la société et celle envers les actionnaires soulèvent des questions différentes, aussi bien concernant le droit matériel que la procédure. Il faut donc présenter séparément les résultats de la recherche pour ces deux hypothèses.

II. Responsabilité des dirigeants envers la société

Fondements de la responsabilité

1397 L'analyse de la condition du manquement aux devoirs nous a permis de constater que *la maîtrise des aspects formels de la prise de décisions et des principes d'organisation et de surveillance permet de limiter dans une grande mesure la responsabilité encourue par les dirigeants*. Ainsi, en matière de gestion, le Tribunal fédéral admet explicitement que le juge doit faire preuve de retenue dans l'appréciation des décisions de gestion lorsqu'elles ont été prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et exempt de conflits d'intérêts. De même, la gestion des conflits d'intérêts par des mesures adaptées permet de limiter la responsabilité de dirigeants pris entre deux feux. En matière de surveillance enfin, la loi prévoit une exonération des membres du conseil d'administration lorsque la gestion a été déléguée de manière licite et qu'ils ont fait preuve du soin nécessaire dans le choix, l'instruction et la surveillance des personnes à qui la gestion a été confiée. Ce rattachement à des critères objectifs est justifié d'une part par la nécessité de tenir compte des incertitudes inhérentes à l'activité de gestion et d'autre part par les bienfaits d'un partage des tâches et d'une organisation du travail efficaces pour l'activité de l'entreprise. On peut éventuellement se demander si les dirigeants disposent de suffisamment de ressources temporelles et financières pour respecter ces règles formelles en toutes situations. La réponse à cette question dépend cependant plus de la formulation des devoirs des dirigeants, en particulier de l'étendue des attributions intransmissibles et inaliénables (art. 716*a* al. 1 CO) que des conditions de la responsabilité.

1398 En matière de décisions de gestion, un processus formellement adéquat ne suffit toutefois pas à libérer les dirigeants du risque de la responsabilité. Selon la *business judgment*

doctrine formulée par le Tribunal fédéral, le juge conserve un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité des décisions prises par les organes de gestion, qui s'accroît à mesure que la gravité des manquements formels augmente. Cet examen matériel des décisions de gestion par le tribunal pourra difficilement être anticipé par les dirigeants, ce qui nuit à la prévisibilité de la responsabilité et peut dès lors induire un comportement excessivement prudent. Pour autant, *un régime plus souple, qui interdirait l'examen de la conformité d'une décision de gestion à l'intérêt social, n'est pas souhaitable* dans la mesure où il inciterait les dirigeants à axer leur activité sur le respect de procédures formelles aux dépens de l'intérêt social. Afin de garantir la prévisibilité des sanctions, il serait en revanche opportun d'*inscrire dans la loi la manière dont le partage des tâches au sein du conseil d'administration est pris en compte dans l'examen du manquement aux devoirs*. Pour ce faire, il faut que la responsabilité des administrateurs non membres du comité chargé de préparer ou d'exécuter une décision (art. 716*a* al. 2 CO) soit explicitement limitée à leur diligence dans la prise de décision. La responsabilité des membres du comité s'étendra aussi aux tâches de préparation ou d'application qui leur ont été confiées.

Un manquement dans la gestion peut causer des préjudices importants. Comme la responsabilité délictuelle, la responsabilité des organes de gestion obéit au principe de la réparation intégrale des dommages causés par un manquement aux devoirs. Pour cette raison, les dirigeants, dans la crainte qu'un juge nie *a posteriori* l'opportunité de leurs décisions, peuvent être poussés à exercer leurs attributions de manière excessivement prudente. Pour éliminer cette aversion aux risques, il pourrait se justifier de limiter les conséquences financières d'un manquement dans la gestion. À cet égard, les art. 43 et 44 CO, qui s'appliquent à la responsabilité des organes de gestion, prévoient que l'indemnité peut être réduite notamment en fonction de la gravité de la faute du responsable, de l'existence d'une faute du lésé ou encore en tenant compte des conséquences de la responsabilité sur la situation patrimoniale du responsable. L'application des art. 43 et 44 CO dépend toutefois grandement des circonstances du cas d'espèce, de sorte qu'*une interprétation différente des règles relatives à la réduction des indemnités n'aurait pas d'effet décisif sur la prévisibilité de la responsabilité*. 1399

Si l'on considérait uniquement les conditions de la responsabilité des organes de gestion, il faudrait constater que le régime est potentiellement *déséquilibré*, car il expose les dirigeants à des conséquences patrimoniales très sévères quelle que soit la gravité de leur manquement et *difficilement prévisible*, ce qui empêche les dirigeants de prendre des mesures aptes à limiter les risques liés à la responsabilité. À ce stade, il faudrait donner raison aux personnes qui affirment que les dirigeants des sociétés anonymes sont soumis à une responsabilité excessive, qui les retient d'exercer leurs attributions dans l'intérêt de la société. Ce constat doit cependant être relativisé au regard des moyens à disposition des dirigeants pour limiter les conséquences de la responsabilité sur leur patrimoine. 1400

Limitations à la responsabilité

1401 *De lege lata*, il existe divers moyens à disposition des dirigeants pour limiter leur responsabilité. Mentionnons tout d'abord l'institution de la décharge (art. 758 CO). Le Tribunal fédéral définit celle-ci comme une renonciation à la prétention en responsabilité contre les organes de gestion ou une reconnaissance de dette négative. Une interprétation correcte de l'art. 758 CO révèle toutefois que par la décision de décharge, la société, les actionnaires qui ont voté en faveur de celle-ci et des actionnaires qui ont acquis leurs actions postérieurement en connaissance de cause, renoncent uniquement à l'action, c'est-à-dire au droit d'invoquer en justice la prétention en réparation de la société envers ses organes de gestion. Le droit substantiel lui-même n'est pas touché ; il peut d'ailleurs toujours être déduit en justice par les actionnaires qui n'ont pas voté en faveur de la décharge pendant les six mois qui suivent la décision (art. 758 al. 2 CO). Lorsque la décharge est votée suite à une reddition de comptes transparente de la part du conseil d'administration, elle peut offrir une protection efficace contre l'introduction d'actions en responsabilité au titre du dommage de la société. De la sorte, l'institution de la décharge peut encourager les dirigeants à informer l'assemblée générale de manière transparente à propos des incidents survenus dans la gestion, ce qui est louable du point de vue du gouvernement d'entreprise. Par ailleurs, la perspective de devoir rendre compte de leur gestion peut avoir un effet disciplinant sur les dirigeants. Toutefois, dans la mesure où la décharge est donnée *ex post* et n'est pas opposable à la communauté des créanciers agissant au titre du dommage subi par la société, elle n'offre pas la garantie que le dirigeant n'aura pas à répondre de dommages exorbitants suite à un manquement à ses devoirs. Dès lors, *les effets de la décharge sur l'aversion des dirigeants aux risques sont limités*.

1402 La loi ne règle pas explicitement les exclusions de responsabilité contractuelles ou statutaires en faveur des organes de gestion. Alors que certains auteurs postulent qu'il devrait être possible de libérer à l'avance les dirigeants de leur responsabilité pour faute légère, nous parvenons à la conclusion que *les dispositions relatives à la responsabilité des organes de la société anonyme sont de nature impérative et qu'il n'est donc pas possible d'y déroger par un contrat ou les statuts*.

1403 Il arrive en pratique que des accords conclus entre la société et les dirigeants prévoient que celle-la prend en charge les frais de défense de ceux-ci dans un procès en responsabilité ainsi que les indemnités auxquelles ils pourraient être condamnés. Il est généralement admis que la société peut avancer les frais de défense d'un dirigeant lorsque sa défense n'est pas dénuée de chances de succès et que le demandeur n'est pas la société elle-même. Savoir si la société peut renoncer à exiger le remboursement de cette avance est une question qui s'apprécie en fonction de l'intérêt social ; comme cette renonciation appauvrit la société, une justification particulière sera nécessaire. En toute hypothèse, *la prise en charge par la société des réparations dues par un dirigeant au titre du dommage social est exclue*. En effet,

ceci équivaudrait économiquement à exonérer les dirigeants de leur responsabilité, ce qui contrevient au caractère impératif des art. 752 ss CO et priverait l'action en responsabilité de tout attrait économique puisque la société lésée serait amenée à s'indemniser elle-même, en payant au passage les coûts liés à la procédure.

La société peut en revanche limiter les risques de désavantages patrimoniaux pour les dirigeants dus à la responsabilité en concluant une assurance D&O *(directors & officers)*. Il s'agit là d'une forme d'assurance collective, souscrite par la société en faveur de ses organes. En soi, la possibilité d'assurer les dirigeants aux frais de la société est positive, puisqu'elle permet d'augmenter le substrat disponible en cas de manquement tout en limitant l'aversion des dirigeants aux risques. En outre, les sommes assurées suffisent généralement à liquider les cas de responsabilité de manière satisfaisante. Bien que sa couverture matérielle ne soit pas illimitée, il faut partir du principe que l'assurance D&O permet de couvrir les risques liés à la gestion pure, particulièrement délicats du point de vue de la prévisibilité. Pour ces raisons, nous considérons que *l'assurance D&O permet de limiter efficacement l'aversion des dirigeants aux risques* et *constitue un outil important pour garantir la mise en œuvre de la responsabilité*. Ce constat doit être relativisé lorsqu'exceptionnellement, les dommages invoqués dépassent la couverture d'assurance ; nous reviendrons à ce problème au N 1407 ci-dessous. 1404

Cette influence positive de l'assurance D&O sur l'équilibre du régime de la responsabilité des organes s'accompagne cependant d'une conséquence moins heureuse sur l'effet dissuasif de la responsabilité. Puisqu'il s'agit d'une forme d'assurance collective, conclue aux frais de la société, le dirigeant individuel ne subira pas les conséquences d'une gestion défectueuse se traduisant par une augmentation des primes ou l'introduction d'exclusions de couvertures. En raison de l'aléa moral que cette situation implique, *il serait opportun d'introduire dans la loi une quote-part obligatoire à la charge des dirigeants, dont le montant maximal dépendrait de leur rémunération*. Afin que l'effet préventif de la responsabilité soit préservé, celle-ci pourrait par exemple se situer à la plus grande des valeurs entre le total des bonus versés au cours des trois exercices précédents et une fois et demie la rémunération annuelle du dirigeant. Nous considérons en outre que des motifs importants justifient l'interdiction pour le dirigeant de souscrire une assurance individuelle couvrant le montant de cette quote-part. 1405

La participation obligatoire des dirigeants que nous proposons permet d'aligner leurs intérêts sur ceux de la société. En effet, d'une part, elle les incite à agir conformément à leurs devoirs par la menace d'un désavantage patrimonial direct en cas de manquement. D'autre part, cette sanction potentielle est proportionnelle au bénéfice que les dirigeants peuvent retirer de leur activité de gestion. Ceci permet d'éviter que les dirigeants renoncent à prendre des risques commerciaux justifiés par crainte qu'ils soient qualifiés *a posteriori* d'inopportuns par un juge ou investissent des moyens disproportionnés dans des mesures de prudence. Dès 1406

lors, la modification que nous proposons permet de garantir l'équilibre de la responsabilité des organes de gestion.

1407 Cet équilibre pourrait être menacé par le fait que les sommes assurées ne suffiront pas toujours à couvrir les dommages potentiels. Le cas échéant, les dirigeants peuvent être amenés à répondre personnellement de la part qui n'est pas couverte par l'assurance, ce qui peut se traduire par un comportement excessivement prudent. Cela est particulièrement problématique dans le domaine des actes de gestion, où la maîtrise des seuls aspects formels ne suffit pas à garantir que les devoirs sont respectés (N 1398 *supra*). Du point de vue du droit matériel, il pourrait dès lors se justifier d'assouplir la responsabilité des dirigeants afin de ne pas faire obstacle à une gestion dans l'intérêt de la société. Plutôt que d'admettre une exonération de toute responsabilité pour faute légère ou d'autres aménagements dépendant de la gravité des manquements commis, nous considérons qu'il serait approprié de *plafonner le montant des indemnités à la somme couverte par l'assurance responsabilité civile des dirigeants*. Conjuguée à la quote-part obligatoire que nous défendons, cette solution tient compte à la fois des aspects de prévention et du besoin de maintenir un substrat suffisant pour que l'action en responsabilité reste attrayante. Pour des motifs de prévisibilité, ce plafond devrait s'appliquer à toute forme de négligence et reposer directement sur la loi plutôt que sur une clause statutaire ou contractuelle.

1408 Toutefois, *une limitation de la responsabilité est secondaire* tant que la perspective d'être actionné en responsabilité ne constitue pas une menace sérieuse pour les dirigeants. Or il faut constater qu'en l'état actuel des choses, la mise en œuvre de la responsabilité hors de la faillite de la société est défaillante. Le plafonnement proposé ne devrait dès lors être envisagé que dans un deuxième temps, suite à une amélioration sensible du cadre procédural de l'action en responsabilité des organes de gestion.

Mise en œuvre judiciaire de la responsabilité, y compris la préparation du procès

1409 Hors de la faillite, la société et chaque actionnaire peuvent intenter action pour le dommage causé à la société (art. 756 al. 1 CO). Au sein de la société, la décision d'agir en responsabilité peut être prise par le conseil d'administration et l'assemblée générale (art. 716 al. 1 CO et art. 693 al. 3 ch. 4 CO). En raison de l'attribution intransmissible et inaliénable de haute surveillance (art. 716*a* al. 1 ch. 5 CO), le conseil d'administration est tenu de clarifier la situation juridique en cas d'indices de manquements. S'il existe de bonnes chances d'obtenir une réparation, *le conseil d'administration est en principe tenu d'agir contre les dirigeants qui ont manqué à leurs devoirs*. Cette obligation peut uniquement être relativisée par des motifs impérieux ayant trait à l'intérêt social, que le conseil d'administration peut être appelé à justifier face à l'actionnariat. La décision d'agir en responsabilité contre des organes de gestion crée souvent des conflits d'intérêts insolubles, raison pour laquelle le conseil d'administration sera rarement l'organe approprié pour décider d'introduire l'action. La

mise en œuvre de la responsabilité par l'assemblée générale est tout aussi peu probable. En effet, dans les sociétés composées de blocs d'actionnaires, les organes bénéficieront souvent de la bienveillance de la majorité qui les a élus ; dans les sociétés à l'actionnariat atomisé, il y a un problème d'apathie rationnelle, chaque actionnaire ayant intérêt à ce qu'un autre investisse des ressources dans la surveillance des dirigeants. La situation peut être plus propice à l'introduction d'actions en responsabilité en cas de changement de contrôle ou suite à des remplacements au sein de l'effectif du conseil d'administration. Le cas échéant, l'assemblée générale peut nommer un représentant indépendant pour mener la procédure et l'investir des prérogatives d'investigation nécessaires pour préparer et motiver une demande en responsabilité en application de l'art. 731*a* al. 3 CO.

1410 En raison de l'incapacité structurelle de la société à mettre en œuvre la responsabilité, la loi accorde à chaque actionnaire le droit d'agir pour le dommage de la société (action *oblique* ou *dérivée* ; art. 756 al. 1 CO). Le cas échéant, les actionnaires ne peuvent agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société. Dans la doctrine classique, l'action oblique est désignée comme une action en réparation du « dommage indirect » de l'actionnaire, constitué par une perte de valeur de sa participation résultant d'un préjudice causé à la société. Cette dénomination est trompeuse puisque le préjudice subi par l'actionnaire n'a aucune importance dans le cadre de l'action oblique, que ce soit pour déterminer le montant de la réparation demandée ou pour fonder la qualité pour agir. Par ailleurs, il découle déjà des principes généraux de la responsabilité civile que le préjudice réfléchi subi par l'actionnaire n'est pas réparable. Afin d'éviter toute confusion, il serait opportun de renoncer à la notion de *dommage indirect* et de distinguer simplement le dommage de la société, qui fait l'objet de l'action oblique, et le dommage réparable de l'actionnaire (« dommage direct »), qui fait l'objet d'une action délictuelle classique.

1411 Dans le cadre de l'action oblique, les actionnaires ne disposent pas d'une prétention individuelle, mais d'un *droit d'invoquer en leur nom la prétention en réparation de la société (Prozessstandschaft)*. Du fait de la nature particulière de cette action, lorsque plusieurs actionnaires agissent ensemble, ils forment une consorité nécessaire formelle ; celle-ci n'est pas directement réglementée dans le CPC et les principes qui la régissent doivent être déduits du but du droit d'agir accordé à chaque actionnaire. Comme l'action oblique consacre un droit individuel, elle ne doit pas être intentée conjointement par toutes les personnes ayant qualité pour agir. Cependant, il est nécessaire de coordonner les procédures si plusieurs titulaires du droit d'agir choisissent d'introduire une demande. Afin de ne pas empêcher des actionnaires de participer à une procédure déjà introduite et d'éviter que la société ou un actionnaire puisse anéantir la prétention en responsabilité de la société en conduisant la procédure de manière négligente, il faut admettre à notre avis qu'*en cas d'action subséquente, le tribunal a l'obligation de joindre les causes (art. 125 let. c CPC) et, si elle est introduite devant un autre for, la renvoyer au tribunal saisi en premier lieu (art. 127 al. 1 CPC)*.

1412 Puisque la même prétention est à la base de l'action de la société et du droit des actionnaires

de faire valoir en leur nom le dommage de la société, l'autorité d'un jugement rendu en la matière s'étendra à toutes les personnes ayant qualité pour agir. En raison du risque de conduite négligente du procès par un demandeur proche des dirigeants incriminés, il faut que les personnes intéressées aient l'occasion d'intervenir (art. 74 ss CPC) dans la procédure. Pour cette raison, il serait utile de prévoir *de lege ferenda* une publication obligatoire en cas d'introduction d'une action en responsabilité fondée sur le dommage de la société. En revanche, *ni la société ni les actionnaires ne peuvent disposer de la prétention en réparation d'un dommage causé à la société par un manquement des organes de gestion.* Dès lors, l'autorité de chose jugée découlant d'une transaction ou d'un désistement d'action (art. 241 al. 2 CPC) ne s'étend pas aux autres personnes ayant qualité pour agir au titre du dommage de la société. *Pour être rendus opposables à tous, une transaction ou un désistement d'action devront être validés par une décision de décharge de l'assemblée générale (art. 758 CO).*

1413 En raison de la réticence de la société à agir contre ses organes de gestion, l'amélioration de la mise en œuvre de la responsabilité passe nécessairement par un développement de l'action oblique. Plutôt qu'un remède exceptionnel à des carences graves dans la gouvernance de la société, elle est appelée à devenir le moyen ordinaire de mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants. Il faut pour cela éliminer les obstacles qui la rendent peu attrayante pour les actionnaires. Ceux-là sont principalement de deux ordres : d'une part, les actionnaires subissent une asymétrie de l'information qui les empêche d'apprécier la qualité de la gestion et d'évaluer l'opportunité d'actions en responsabilité dirigées contre les organes de gestion. D'autre part, les coûts de l'action oblique sont disproportionnés par rapport au produit qu'un actionnaire peut espérer en retirer, puisque toute réparation devra être versée à la société (art. 756 al. 1 i. f. CO).

1414 Le contrôle spécial, réglé aux art. 697*a* ss CO, a été spécifiquement introduit dans la loi pour permettre aux actionnaires de collecter des informations en vue de préparer un procès en responsabilité. Jusqu'à présent, cette fonction ne s'est toutefois pas véritablement réalisée, pour plusieurs raisons. Premièrement, la doctrine considère à tort que l'octroi de la décharge prive l'actionnaire d'un intérêt à requérir l'institution d'un contrôle spécial. En réalité, l'actionnaire qui envisage cette mesure en lien avec la préparation d'une action en responsabilité n'a pas à s'inquiéter du délai de déchéance prévu à l'art. 758 al. 2 CO. La décharge ne vise en effet que les faits révélés à l'assemblée générale ; or *des faits qui doivent encore être élucidés par un contrôle spécial ne peuvent pas être considérés comme connus.* Deuxièmement, les seuils pour requérir la réalisation d'un contrôle spécial en cas de refus de l'assemblée générale (des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs ; art. 697*b* al. 1 CO) sont trop élevés. Il se justifie d'*abaisser la limite en pourcentage à 0,5% du capital-actions ou des voix dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et à 5% du capital-actions ou des voix dans les sociétés non cotées.* Troisièmement, les conditions matérielles à l'admission de la requête en institution d'un contrôle spécial sont trop sévères. Plutôt que d'exiger la vraisemblance d'une violation de la loi ou des statuts et d'un dommage (art. 697*b* al. 2 CO)

ou la vraisemblance d'une violation « de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires » (art. 697*d* al. 3 AP-CO 2014), il conviendrait de s'inspirer de l'institution de la preuve à futur (art. 158 CPC) et d'*exiger la vraisemblance d'un intérêt digne de protection à l'élucidation des faits visés par le contrôle spécial.* Cette condition permettrait de mieux tenir compte du caractère limité des moyens dont l'actionnaire dispose pour motiver sa requête de contrôle spécial et serait plus respectueuse de la nature juridique de celui-ci. Il faut en effet constater que le contrôle spécial est un type particulier de preuve à futur réglé dans le code des obligations et dont l'existence est justifiée par la nature singulière de la relation entre les actionnaires et la société.

L'asymétrie de l'information pourrait également être surmontée à l'aide de renversements des fardeaux de preuve ou d'allègements des degrés de preuve exigés. *De lege ferenda*, on pourrait en particulier libérer le demandeur de la charge ardue de prouver des faits internes à la société en renversant le fardeau de la preuve du manquement aux devoirs dans le contexte des décisions de gestion. La loi pourrait ainsi prévoir que le demandeur doit simplement alléguer de manière circonstanciée les faits fondant un manquement aux devoirs – ou qu'il doit uniquement les rendre vraisemblables –, mettant ainsi à la charge du défendeur la preuve que les conditions de la *business judgment rule* sont remplies. Cette modification risque toutefois d'avoir un effet néfaste sur la conduite des affaires, car elle peut pousser les dirigeants à produire des moyens de preuve attestant de la qualité du processus décisionnel plutôt qu'à gérer les affaires dans l'intérêt de la société. Qui plus est, le renversement du fardeau de la preuve du manquement peut encourager l'introduction d'actions aux fondements douteux. Pour ces raisons, nous considérons qu'un renversement du fardeau de la preuve du manquement aux devoirs doit être envisagé avec circonspection. Il se justifie à notre avis de privilégier le développement des moyens de collecte d'informations en amont du procès. Celle-ci peut passer par le contrôle spécial, évoqué ci-dessus, ou par la preuve à futur, qui peut être exploitée en vue d'évaluer les chances de succès d'une procédure (art. 158 al. 1 let. b CPC). Bien que la preuve à futur permette en théorie d'obtenir la production de documents internes à la société, son potentiel en tant que moyen d'investigation est toutefois limité. 1415

L'autre obstacle majeur à l'attractivité de l'action oblique est le coût de la procédure. En effet, si l'actionnaire demandeur succombe il doit supporter des frais correspondant à la totalité de la prétention invoquée ; s'il a gain de cause, il ne participe au produit de l'action qu'indirectement et proportionnellement à sa participation dans la société. En raison de ce déséquilibre, l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme prévoit une disposition permettant au juge de répartir les frais entre la société et l'actionnaire en cas de rejet de l'action (art. 107 al. 1bis AP-CPC 2014) et l'instauration d'une procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société (art. 697*j* s. AP-CO 2014). Ces deux institutions améliorent quelque peu les conditions de l'action en responsabilité oblique. La réflexion sous-jacente à la procédure d'autorisation d'agir aux frais de la société, abandonnée par le Conseil fédéral en raison des critiques qu'elle a suscitées lors de la procédure de consultation, mérite d'être approfondie. 1416

Moyennant un certain nombre d'adaptations visant à simplifier la procédure et à assouplir les conditions auxquelles les frais de procédure peuvent être mis à la charge de la société, *l'action aux frais de la société permettrait de limiter efficacement les coûts assumés par l'actionnaire qui choisit d'agir tout en filtrant les actions abusives.*

1417 Ces aménagements ne suffisent cependant pas à rendre l'action oblique réellement attrayante. En raison du principe du paiement à la société, ce déséquilibre semble inhérent à la nature de l'action en responsabilité et est justifié par la volonté de faire de cette institution un outil à caractère exceptionnel, qui intervient en cas de manquement manifeste dans la mise en œuvre de la responsabilité par la société. Ce constat ne prêterait pas le flanc à la critique si la surveillance exercée par les organes sociaux sur les dirigeants était efficace. Nous avons cependant constaté que tel n'était pas le cas en pratique. Il devient donc nécessaire de trouver une solution permettant d'augmenter sensiblement l'attrait de l'action oblique pour l'actionnaire. Pour ce faire, il faut que le demandeur puisse, sous une forme ou une autre, retirer un certain bénéfice de l'action. Nous considérons que la solution la plus appropriée serait d'*accorder à l'actionnaire qui a gain de cause un droit de satisfaction préférentiel sur une somme équivalant au double des frais judiciaires et dépens alloués par le tribunal.* Cette proposition a l'avantage de ne pas créer d'incitatif pervers, tout en état conforme aux principes généraux du droit de la société anonyme. Les actions abusives sont évitées dans la mesure où le demandeur, qui s'expose à devoir supporter les frais de justice, n'agira que s'il a de bonnes chances de succès. L'intérêt de la société pourra être pris en compte en prévoyant qu'elle sera entendue sur l'opportunité de l'action au stade de l'examen de la recevabilité d'une demande introduite par un actionnaire.

III. Responsabilité des dirigeants envers les actionnaires

1418 La responsabilité des dirigeants envers les actionnaires est de nature délictuelle. Elle reposera le plus souvent sur l'art. 41 al. 1 CO ou la responsabilité fondée sur la confiance ; celle-ci interviendra en particulier en cas d'investissement dans une société privée, lorsqu'il existe une relation directe entre le dirigeant et l'investisseur. L'art. 752 CO intervient en cas de vices dans un prospectus d'émission. Hormis ce cas, il existe une certaine insécurité juridique quant au caractère réparable des dommages fondés sur la diffusion d'informations inexactes concernant des sociétés ouvertes au public ; la doctrine est en effet partagée sur la question de savoir si la LIMF (anciennement la LBVM) et les règles relatives à la publicité événementielle sont des normes protectrices dont la violation est susceptible de fonder une obligation de réparer un dommage purement patrimonial. Ceci rend à notre avis nécessaire la *création d'une norme de responsabilité spécifique pour les manquements aux règles d'information du droit boursier.* Cette codification apporterait une meilleure prévisibilité.

1419 La diffusion d'informations inexactes concernant des sociétés ouvertes au public peut

typiquement causer un préjudice à un grand nombre d'investisseurs. Pour l'actionnaire individuel, la mise en œuvre de la responsabilité peut être complexe et coûteuse, notamment en raison de la difficulté à déterminer le dommage pertinent et le lien de causalité. Pour cette raison, il peut se justifier de *faciliter l'invocation collective de prétentions fondées sur la diffusion d'informations inexactes sur les marchés*.

Avant d'envisager des moyens d'action collective proprement dits, il nous paraît essentiel 1420
d'uniformiser dans une certaine mesure l'examen des conditions de la responsabilité, afin que les prétentions d'un grand nombre d'investisseurs lésés puissent être tranchées au cours d'une même procédure sans retards ni complications excessifs. Pour ce faire, nous proposons tout d'abord de délimiter clairement la qualité pour agir en réparation d'un dommage subi en raison de la diffusion d'informations inexactes. Il faut ensuite instaurer une *présomption réfragable selon laquelle le lien de causalité est réputé démontré lorsque l'information inexacte a eu une influence sensible sur les cours*. Cette solution, plus modérée qu'un renversement intégral du fardeau de la preuve, permettra de s'affranchir de l'examen individuel du lien de causalité souvent problématique en pratique.

Une fois que les conditions de la responsabilité auront été uniformisées, l'invocation 1421
collective de prétentions devrait déjà être possible *de lege lata*. Ainsi, les coûts peuvent être maîtrisés par la réalisation d'une procédure de preuve à futur (art. 158 CPC) tendant à la réalisation d'une expertise sur les questions de la causalité et du dommage, qui seront souvent déterminantes pour l'issue du procès. Par ailleurs, rien n'empêche de rassembler les prétentions en les cédant à une personne qui se chargera de les invoquer toutes ensemble. Enfin, la loi autorise également le financement de procès par des acteurs privés, en échange d'une participation au produit de l'action si les demandeurs ont gain de cause.

De lege ferenda, il pourrait être opportun de faciliter le règlement de prétentions fondées sur 1422
la diffusion d'informations inexactes par l'instauration d'un type de transaction collective. Il pourrait également se justifier de limiter les coûts de procédure pour les petits investisseurs en les dispensant de l'obligation d'avancer les frais de justice, ou en les libérant, à certaines conditions, de l'obligation de payer des dépens et de supporter les frais judiciaires lorsque leur demande est rejetée.

IV. Conclusion

Celui qui se plonge dans le débat relatif à la responsabilité des organes de gestion constate 1423
rapidement qu'il existe un conflit *a priori* irréconciliable entre les partisans d'une mise en œuvre sévère, qui déplorent une apparente impunité des dirigeants, et les tenants d'une responsabilité plus souple, qui considèrent que la pression reposant sur les épaules des

dirigeants est excessive. Notre analyse révèle qu'il faut donner partiellement raison aux deux courants.

1424 Nous avons déterminé au début du présent travail que la responsabilité des organes de gestion est équilibrée lorsqu'elle encourage les dirigeants à agir conformément à leurs devoirs et ne fait pas obstacle à une gestion axée sur l'intérêt de la société. En raison des carences graves dans la mise en œuvre de la responsabilité et de la possibilité d'assurer les organes de gestion pour leur responsabilité civile, il se peut que des manquements aux devoirs, même d'une certaine gravité, n'entraînent aucune sanction. À l'inverse, la couverture des risques liés à la responsabilité peut ne pas suffire lorsque le préjudice causé est particulièrement important. Qui plus est, l'interprétation des conditions de la responsabilité ne permet pas de réserver aux dirigeants un *safe haven*, où ils seraient à l'abri du reproche d'une gestion non conforme aux devoirs. Dès lors, les dirigeants ne peuvent pas entièrement exclure le risque de devoir répondre d'un dommage exorbitant, ce qui les empêchera de prendre certains risques commerciaux justifiés de peur qu'un tribunal considère *a posteriori* ces actes comme fautifs.

1425 L'équilibre du régime peut difficilement être atteint par une refonte des *normes fondant la responsabilité des organes de gestion*. Il est plus opportun de modifier la réglementation des *limitations à la responsabilité* en prévoyant tout d'abord une quote-part de responsabilité obligatoire pour laquelle le dirigeant individuel ne peut pas s'assurer ; cette sanction proportionnée permet de garantir l'effet dissuasif de la responsabilité du point de vue du droit matériel. Afin que celui-ci ne soit pas excessif, il pourrait se justifier de prévoir un plafonnement des indemnités auxquelles peuvent être condamnés les organes de gestion, qui correspondant au montant de la couverture d'assurance responsabilité civile des organes. Cette limitation de la responsabilité ne doit cependant être envisagée qu'après une amélioration sensible de la *mise en œuvre de la responsabilité*. Celle-ci, qui est indispensable pour l'équilibre du système, passe par un développement de l'action oblique, qui permet aux actionnaires d'invoquer en justice le dommage subi par la société. Il faut pour ce faire assouplir les conditions d'octroi du contrôle spécial et accorder à l'actionnaire demandeur une participation au produit de l'action en responsabilité.

1426 Il faut terminer par un aveu d'humilité. La problématique de la présente thèse n'est pas nouvelle, comme en témoigne sa formulation en termes similaires aux nôtres par ALBERT CALEB en 1906 : « Il importe [...] que la loi frappe sévèrement les administrateurs qui ont provoqué la ruine de la société par leurs actes. Elle doit se montrer vigilante et sévère contre ceux-ci. Il faut en outre qu'elle accorde des facilités à ceux d'entre ces administrateurs qui ont été victimes de leur bonne foi et de leur dévouement. » Dans la mesure où le débat reste vif après plus de 100 ans de riches réflexions doctrinales, gageons qu'il continuera à l'être dans les années à venir. Pour autant, la dichotomie à la base de notre étude ne justifie pas la paralysie législative actuelle, fidèle à l'esprit du compromis helvétique. Il faut au contraire

espérer qu'elle fera l'objet de discussions nourries au sein du parlement fédéral, bientôt occupé par la révision du droit de la société anonyme.