



Chapitre d'actes

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La causalité, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs ?

Peter, Henry; Sauerwein, Nina

How to cite

PETER, Henry, SAUERWEIN, Nina. La causalité, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs ? In: Les causes du dommage : Journée de la responsabilité civile 2006. Chappuis, Christine ; Winiger, Bénédicte (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2007. p. 145–178. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:33736>

La causalité, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs?

HENRY PETER*
NINA SAUERWEIN**

Table des matières

I.	Introduction	146
	A. Pertinence et complexité de la question	146
	B. Structure de l'exposé	146
II.	Rappel des conditions générales de l'action	147
III.	Concept de causalité	151
	A. Causalité naturelle et adéquate	151
	B. Difficulté de distinguer entre causalité naturelle et adéquate	152
	C. Sens de la distinction	153
	D. Fardeau de la preuve	154
IV.	Pluralité de responsables	155
	A. Un manquement	156
	1. Rapports externes	156
	2. Rapports internes	157
	B. Plusieurs manquements	158
	1. Rapports externes	158
	2. Rapports internes	159
V.	Gouvernement d'entreprise	159
	A. Délégation des compétences	160
	B. Répartition des compétences	162
	C. Organisation défaillante	163
VI.	Responsabilité pour omission	164
	A. Causalités « fusionnées »	164
	B. Surendettement	166
	1. Aggravation constante du surendettement (Schéma a)	167
	2. Surendettement transitoire (Schéma b)	169
	3. Surendettement alternatif (Schéma c)	171
	4. Renversement du fardeau de la preuve	172
	5. Caractère inapproprié du test du surendettement	173
	C. Art. 52 LAVS	174
VII.	Conclusion	176

* Professeur à l'Université de Genève.

** Docteure en droit, avocate, Etude Nobel & Hug, Zurich.

I. Introduction

A. Pertinence et complexité de la question

Il est frappant de constater qu'en Suisse les cas de responsabilité des administrateurs sont, en droit civil, relativement peu nombreux par rapport au nombre de faillites de sociétés anonymes et, généralement, de débâcles économiques plus ou moins retentissantes. Cela tient-il à notre régime de droit matériel, dont les conditions d'application seraient inadaptées? à des obstacles de nature plutôt procédurale, telles des questions de légitimation active ou de fardeau de la preuve? à la pratique de nos tribunaux? L'objectif de cette contribution est d'examiner la problématique sous l'angle limité de la *causalité* – qui est peut-être la condition la plus délicate de l'action en responsabilité des administrateurs. En effet, ce concept est en lui-même complexe, notamment parce qu'il comprend deux composantes, la causalité naturelle et la causalité adéquate, dont la distinction et la preuve de la réalisation sont souvent ardues.

B. Structure de l'exposé

Le sujet de la responsabilité des administrateurs d'une société est notoirement difficile. Il nous a donc paru opportun de rappeler, dans un premier chapitre, quelles sont les *conditions de l'action* tendant à obtenir la condamnation de l'administrateur d'une société, en général anonyme, pour un manquement à ses devoirs (*infra* II).

Nous analyserons ensuite le *concept de causalité*, dans ses deux volets que sont, respectivement, la causalité naturelle et la causalité adéquate. Outre l'intérêt très général de la question, cet examen présente une pertinence spécifique dans la perspective du droit des sociétés. Un nombre non indifférent d'actions en responsabilité des organes échoue en effet devant le Tribunal fédéral, car ce dernier *s'abstient d'entrer en matière* sur la question de la causalité naturelle sous prétexte qu'il s'agit d'une question de fait. Indépendamment de son bien-fondé, cette approche est inopportune et contraste du reste avec celle pratiquée par des ordres juridiques qui nous sont proches. Le problème est accentué par le fait que le Tribunal fédéral confond parfois les notions de causalité naturelle et adéquate (*infra* III).

Il est fréquent que l'action en responsabilité soit dirigée contre *une pluralité d'organes* d'une même société. Il convient alors de distinguer (i) les cas

dans lesquels il existe un seul manquement qui peut être reproché à plusieurs personnes, (ii) des cas où plusieurs personnes ont commis plusieurs manquements distincts (*infra* IV).

Les devoirs incombant aux administrateurs en vertu des préceptes de bonne *corporate governance* font désormais l'objet d'une attention toute particulière. Les développements qui en résultent ont un impact certain sur la responsabilité des administrateurs, en général, et sur la question de la causalité, en particulier. Cette question fait l'objet d'un chapitre dans lequel il est question de répartition et de délégation des compétences, ainsi que d'organisation défailante (*infra* V).

Un des thèmes très délicats est celui de la *responsabilité des organes pour omission*, c'est-à-dire pour être restés passifs alors que leurs obligations leur commandaient d'agir. Ce grief met en oeuvre un raisonnement hypothétique, ce qui conduit parfois le Tribunal fédéral à fusionner les notions de causalité adéquate et naturelle. Le cas classique est celui du surendettement. L'examen approfondi de cette question permettra de suggérer que l'omission de demander le dépôt du bilan lorsqu'une société est surendettée n'est pas nécessairement causale du dommage constaté. Le cas particulier de la responsabilité des administrateurs pour avoir omis de payer les cotisations sociales (art. 52 LAVS) sera par ailleurs examiné (*infra* VI).

II. Rappel des conditions générales de l'action

Avant de passer spécifiquement à l'examen de la causalité, il paraît opportun de rappeler à titre liminaire les principes de base de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 754 CO. Ce rappel est au demeurant intéressant dans la perspective spécifique de cet exposé, car on peut affirmer que certaines conditions générales de l'action relèvent en tout ou en partie de la problématique de la causalité; c'est le cas en particulier de la faute (dans la mesure où elle est objectivée) et de la distinction entre le dommage direct et indirect, qui a elle-même des incidences sur la question de la légitimation active.

Il sera préalablement rappelé que l'action peut être dirigée contre les membres du conseil d'administration ainsi que contre «*toutes les personnes qui s'occupent de la gestion*» (art. 754 CO). La cible est ainsi relativement large et inclut non seulement les administrateurs, mais également d'autres organes au

sens de l'art. 55 CC¹. A cela s'ajoute ce qu'il est convenu d'appeler les organes de fait. Les personnes visées par l'action de l'art. 754 CO comprennent ainsi les administrateurs qui ont été dûment désignés en cette qualité (organes formels), les directeurs (organes matériels)² de même que les personnes qui, sans avoir été désignées formellement en tant qu'organes, exercent *de fait* le même rôle (organes de fait)³. Nous nous référerons à l'ensemble de ces personnes en utilisant le terme d'organe.

Cela étant, l'action est subordonnée à la réalisation des quatre conditions générales et classiques de la responsabilité civile, à savoir un manquement à ses devoirs de la part de la personne concernée, une faute (intentionnelle ou par négligence), un dommage et un lien de causalité (naturelle et adéquate) entre le manquement et le dommage⁴.

Le *manquement* se mesure à l'aune des devoirs généraux de diligence et de fidélité qui incombent aux administrateurs dans l'accomplissement de leur tâche. Ce principe trouve son assise dans l'art. 717 I CO⁵. Il est vain de tenter de regrouper les cas de figure visés par cette disposition dans une définition étroite ou une liste exhaustive. C'est la raison pour laquelle l'expression

-
- 1 Le terme « organe » connaît deux acceptions (qui ne se recoupent pas complètement) : l'organe au sens de « canal d'expression » d'une personne morale (art. 55 CC) et l'organe au sens du droit de la responsabilité (art. 754 CO). Dans un arrêt important rendu en 1991 (ATF 117 II 570), le Tribunal fédéral a précisé que le concept d'organe au sens de l'art. 754 CO était plus étroit que celui de l'art. 55 CC, à savoir qu'il était un sous-ensemble de l'art. 55 CC. L'organe au sens de l'art. 55 CC vise toutes les personnes qui remplissent « des tâches sociales de manière autonome », alors que l'organe au sens de l'art. 754 CO ne comprend que les dirigeants du plus haut niveau de la hiérarchie (« *oberste Leitung* ») et qui exercent une influence sur la formation de la volonté de la société au travers d'une « position typique d'organe » (voir ATF 128 III 29 et 128 III 92). Selon le Tribunal fédéral, la *fonction différente* de ces deux acceptions appelle une distinction entre les deux notions. Le concept d'organe au sens de l'art. 55 CC doit être *plus large*, parce qu'il vise à *protéger le public* en établissant la responsabilité de la société pour le dommage causé par ses organes à un tiers, contrairement au concept d'organe au sens du droit de la responsabilité (art. 754 CO) qui a essentiellement un *but interne*, à savoir celui d'établir la responsabilité d'un organe pour un dommage causé à la société.
 - 2 Dans la doctrine, un certain nombre d'auteurs (voir VON DER CRONE Hans Caspar / WALTER Maria, « Konzernklärung und Konzernverantwortung », RSDA 2001, p. 60; FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne, 1996, § 36, n° 7; TRIGO TRINDADE Rita / PETER Henry, « Responsabilité des organes de gestion dans un groupe de sociétés : commentaire des ATF 128 III 29 et 128 III 92 », RSDA 2002, p. 259) distinguent simplement les *organes formels* des *organes de fait*. Selon ces auteurs, les *organes formels* sont les organes *légitimes*, c'est-à-dire ceux qui sont élus par l'assemblée générale ou désignés par le conseil d'administration, alors que les *organes de fait* sont les organes *sans légitimité* (formelle), c'est-à-dire ceux qui s'immiscent en principe sans droit dans la gestion et dans la direction. Selon ce courant doctrinal, le terme d'*organe matériel* est utilisé comme synonyme d'*organe de fait*.
 - 3 ATF 132 III 523, 528 consid. 4.5; ATF 128 III 29, 30 consid. 3a.
 - 4 ATF 132 III 564, 572 consid. 4.2; ATF 132 III 342, 349 consid. 4.1.
 - 5 CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 754 CO, n° 24.

choisie est large. On constate en pratique que les manquements sont en général perpétrés par omission. Les manquements « par action » ne sont toutefois pas exclus, mais ils sont plus rares. Ceci est notamment la conséquence de la *marge de tolérance* qui découle de ce qui est parfois appelé la *business judgment rule*⁶. En vertu de ce principe jurisprudentiel, les organes bénéficient du fait que leurs décisions sont présumées être dans l'intérêt de la société, et donc justifiées⁷.

La responsabilité des administrateurs est une *responsabilité pour faute*. Elle ne découle donc pas de la seule violation d'un devoir, mais implique que la personne recherchée ait commis une faute, c'est-à-dire « un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique »⁸. Toute faute suffit en principe, même une faute légère. Elle peut être consciente (faute intentionnelle, dans ce cas généralement sous forme de dol éventuel) ou inconsciente (faute par négligence). En raison de la complexité de la question de savoir si une faute a été commise dans un cas particulier et d'en apporter la preuve, la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral tendent à *objectiver* l'analyse⁹. La condition de la faute doit ainsi être examinée en se référant au comportement qu'un administrateur diligent et expérimenté aurait adopté dans les circonstances considérées. Cette objectivation a pour conséquence que les facteurs personnels de disculpation (comme le manque de temps ou d'expérience) ne sont pas pris en considération. On estime en effet que la faute peut résider dans le fait pour un administrateur d'avoir accepté de jouer un rôle pour lequel il ne dispose pas des qualités requises. Partant, la condition de la faute est en règle générale admise dès lors que la violation d'un devoir est constatée. Il en résulte une *convergence* des concepts de faute et de violation de devoir¹⁰. On notera que ce processus introduit une distorsion dans l'examen

6 La *Business Judgment Rule* instaure une présomption. L'expression, désormais consacrée, est issue de la jurisprudence américaine. Elle conduit à limiter la responsabilité et à protéger les organes qui ont pris, de bonne foi et avec toute la diligence requise, une décision qui s'avère *a posteriori* contraire aux intérêts de la société. Selon cette présomption les organes ont agi conformément à leurs obligations de diligence lorsque trois conditions sont réalisées : (i) les organes n'avaient pas de conflit d'intérêts, (ii) ils étaient suffisamment informés et (iii) ils pouvaient raisonnablement considérer que la décision était dans l'intérêt de la société. Il s'agit d'une présomption *réfragable*. En pratique, la démonstration du contraire est toutefois très difficile à apporter.

7 FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 57, n^{os} 146-151.

8 Commentaire Romand CO I-WERRO Franz, art. 41 CO N 84.

9 FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 54, n^o 137 et p. 58 n^o 152 ; SAUERWEIN Nina, *La responsabilité de la société mère*, thèse (Genève) Berne 2006, p. 47 s. ; ATF 113 II 56 ; ATF 99 II 180.

10 FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 54, n^o 137 et p. 58 n^o 152.

de la causalité dans la mesure où il fait abstraction de certains éléments de fait (les caractéristiques personnelles de l'administrateur).

La condition du *dommage* constitue souvent un obstacle important au succès de l'action en responsabilité, car ses deux variantes (*damnum emergens* et *lucrum cessans*) peuvent être difficiles à prouver en cas de faillite. On oublie fréquemment que le législateur a prévu un remède à cet obstacle, en autorisant le juge à procéder à une appréciation « en équité » lorsque la preuve stricte est impossible ou très ardue à apporter (art. 42 II CO)¹¹. Rappelons incidemment que le dommage peut être *direct* ou *indirect*. Le dommage est *direct* lorsque le patrimoine de référence est lésé non pas par ricochet, mais en première ligne¹². Les actionnaires et les créanciers subissent ainsi un préjudice direct lorsqu'ils sont lésés par le comportement des organes sans que la société soit elle-même affectée¹³. Tel est notamment le cas lorsque les actionnaires acquièrent des actions d'une société sur la base d'un prospectus d'émission erroné ou lorsque, sur la base d'un bilan inexact, un créancier consent un prêt à une société surendettée¹⁴. Le dommage est *indirect* (ou réfléchi) lorsque le manquement de l'organe porte en premier lieu préjudice à la société; celle-ci étant appauvrie, les actionnaires ou les créanciers sont touchés indirectement, par contrecoup¹⁵. Un aspect de l'affaire Swissair peut être cité à titre d'exemple¹⁶: peu avant l'effondrement du groupe, le conseil d'administration de SAirGroup avait pris la décision de participer à la recapitalisation de sa participation Sabena à hauteur de EUR 150 millions, et ce bien qu'il eut – ou dû avoir – conscience du surendettement de Sabena et du fait que l'injection prévue de capital ne suffirait pas à la sauver. Selon le liquidateur de SAirGroup, un *dommage direct* correspondant au montant du capital injecté dans Sabena résulta pour SAirGroup de cette transaction. En revanche, les actionnaires et les créanciers subirent un *dommage indirect*, car ils furent lésés en conséquence de l'appauvrissement de SAirGroup. On peut affirmer que la distinction entre dommage direct et indirect comporte

11 VOGEL Alexander, *die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft: mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze*, thèse (St-Gall) Berne / Stuttgart / Vienne 1997, p. 384, note 212.

12 ATF 132 III 564, 568 consid. 3.1.1; ATF 110 II 391, 393 consid. 1.

13 ATF 132 III 564, 568 consid. 3.1.1.

14 FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 37, n° 80.

15 ATF 132 III 564, 568 consid. 3.1.2; CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 754 CO, n° 65.

16 Voir Circulaire n° 8 de mars 2006 du liquidateur de SAirGroup aux créanciers, p. 11 (www.liquidator-swissair.ch).

en elle-même un élément appartenant à la problématique de la causalité. Le dommage indirect n'est en effet rien d'autre qu'un dommage causé indirectement aux créanciers et aux actionnaires.

Sous réserve de ce qui précède, il sera rappelé que, en application de l'art. 8 CC, le fardeau de la preuve de la réalisation de chacune des conditions de l'action appartient en principe au demandeur. En dérogation à cette règle, la condition de la faute est toutefois *présumée* lorsque l'action en responsabilité est de nature *contractuelle*. La question de la nature juridique (contractuelle ou délictuelle) de l'action en responsabilité des organes est toutefois controversée en doctrine¹⁷. Il est cependant admis majoritairement que l'action de la *société* est de nature *contractuelle*, alors que l'action des *actionnaires et des créanciers sociaux* est de nature *délictuelle*¹⁸.

III. Concept de causalité

A. Causalité naturelle et adéquate

La condition de la causalité comprend *deux composantes* distinctes : la causalité naturelle et la causalité adéquate. La causalité *naturelle* est réalisée lorsque le fait générateur du dommage est « une condition *sine qua non* du résultat »¹⁹. L'analyse est ici purement mécanique et objective. C'est une question de fait. La causalité *adéquate* est quant à elle admise lorsque « le fait générateur

¹⁷ On distingue essentiellement trois tendances. Selon un premier courant, l'action de la *société*, celle de l'*administration de la faillite* et celle de l'*actionnaire* sont de nature *contractuelle* ou *quasi-contractuelle*, alors que celle des *créanciers* est de nature *délictuelle* (voir FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne, 1996, § 36, N 36 s.); selon un deuxième courant, l'action en responsabilité est toujours de nature *contractuelle* indépendamment de la qualité du demandeur (voir DRUEY Jean Nicolas, « Grundzüge des schweizerischen Aktienrechts », Separatum: *Das schweizerische Obligationenrecht*, 8^e éd., Zurich, 1995, p. 712; TRIGO TRINDADE Rita, *Le conseil d'administration de la société anonyme: composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs*, thèse Genève 1994, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 225); selon un troisième courant, l'action de la *société* est de nature *contractuelle*, alors que celle des *actionnaires* et des *créanciers* est de nature *délictuelle* (DESSEMONTET François, « La double nature de l'action en responsabilité contre les organes de la société », in *Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz*, Berne, 1998, p. 65 ss).

¹⁸ ATF 117 II 432ss; CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 754 CO, n° 39; SAUERWEIN Nina, *La responsabilité de la société mère*, thèse (Genève) Berne 2006, p. 47 s.; BSK CO II – WIDMER Peter / BANZ Oliver ad art. 754 CO, n° 35.

¹⁹ Arrêt du TF 4C.70/2005 du 18 mai 2005; arrêt du TF 4C.188/2003 du 22 octobre 2003; ATF 128 III 180, 183 consid. 2d.

de responsabilité est propre, dans le cours ordinaire des choses et d'après l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit»²⁰. L'analyse est ici relative et par certains égards subjective. C'est une question de droit. Elle implique en effet un élément d'appréciation, un jugement de valeur qui se fonde sur les circonstances du cas d'espèce avec pour référentiel une (ou deux) notion(s) (le cours ordinaires des choses et l'expérience de la vie) dont le sens n'est certainement pas univoque. Les deux sous-conditions sont cumulatives. En d'autres termes, la responsabilité ne peut être admise que s'il existe à la fois un rapport naturel et adéquat de causalité entre le manquement et le dommage.

B. Difficulté de distinguer entre causalité naturelle et adéquate

On ne saurait nier que la distinction entre la causalité naturelle et la causalité adéquate est parfois ardue en pratique. Il peut en effet être difficile de différencier les constatations de fait et les constatations de droit, fondées sur un raisonnement juridique. Ce risque de confusion est illustré par la jurisprudence de notre haute Cour, dont il semble que, dans plusieurs arrêts, elle ait confondu les deux notions²¹.

La distinction entre les deux composantes de la causalité est pourtant fondamentale. La causalité naturelle est en effet par essence une question de fait. Partant, elle *ne peut être revue par le Tribunal fédéral* saisi d'un recours en réforme²². La constatation de l'absence de causalité naturelle par les autorités cantonales scelle ainsi le sort de l'action en responsabilité des organes. A l'inverse, la détermination de la causalité adéquate étant une question de droit, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en réforme, peut la revoir librement. S'il est conforme à un principe bien établi de notre ordre juridique procédural, cet état de choses s'avère *in casu* peu satisfaisant en raison de l'indé-

20 Arrêt du TF 4C.118/2005 du 8 août 2005; ATF 129 II 312, 318 consid. 3.3; ATF 125 V 456, 461 consid. 5a; ATF 123 III 110, 112 consid. 3a; ATF 119 V 401.

21 Voir arrêt du TF 4C.192/2003 du 13 octobre 2003, où le TF parle de causalité adéquate, mais examine en réalité la causalité naturelle; ATF 127 III 453 du 12 juillet 2001 et ATF 129 III 129, 134 consid. 8, où le TF parle de causalité adéquate, mais examine la causalité naturelle; ATF du 28 janvier 1993 in RVJ 1994 p. 184-190, où le TF confond le rapport de causalité naturelle et adéquate et refuse partant, à tort, de revoir la réalisation de la causalité adéquate.

22 Exceptionnellement, le Tribunal fédéral peut revoir la causalité naturelle en présence d'une violation du droit fédéral, c'est-à-dire lorsque le juge cantonal a ignoré l'existence de la causalité naturelle ou a méconnu cette notion juridique (voir arrêt du TF 4C.118/2005 du 8 août 2005; arrêt du TF 4C.188/2003 du 22 octobre 2003 in SJ 2004 p. 542 consid. 4.1; ATF 128 III 22, 25 consid. 2d). Ce cas de figure est toutefois extrêmement rare.

niable difficulté de distinguer les deux concepts et du risque de confusion qui en découle.

C. Sens de la distinction

La distinction entre causalités naturelle et adéquate n'est toutefois pas critiquable en soi. Conceptuellement, les deux volets de la causalité ont en effet une fonction propre. La causalité naturelle réduit l'étendue de la responsabilité au dommage *effectivement causé*, alors que la causalité adéquate limite la responsabilité à la réparation du dommage *raisonnablement prévisible* (*vernünftigerweise vorhersehbar*)²³. Les deux sous-conditions, appliquées cumulativement, garantissent ainsi un système de responsabilité équitable²⁴.

Un bref tour d'horizon des législations étrangères démontre par ailleurs que notre régime *dualiste* (qui distingue les deux aspects de la causalité) n'est pas une particularité du droit suisse. Le droit allemand subordonne en effet lui aussi la responsabilité des administrateurs à l'existence d'un rapport de causalité naturelle (*Äquivalente Kausalität*) et adéquate (*Adäquate Kausalität*) entre le comportement reproché et le dommage²⁵. En droit américain, la responsabilité des *directors and officers* est subordonnée à l'admission d'une *cause in fact* (causalité naturelle) et d'une *proximate* ou *legal cause* (causalité adéquate) entre la violation de devoir et le dommage²⁶. Le droit français (art. 1382-1386 Code civil français) connaît quant à lui tant le concept de causalité naturelle (appelée *théorie de l'équivalence des conditions*) que celui de causalité adéquate (*théorie de la causalité adéquate*). Les deux notions sont toutefois appliquées *alternativement* (et non pas cumulativement) par la jurisprudence française selon que la responsabilité en cause est une *responsabilité pour faute* ou une

²³ Voir ATF 115 II 440 = JdT 1990 I 362, 369 consid. 5.a.

²⁴ FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 60, n° 158.

²⁵ Voir § 93 et § 116 *Aktiengesetz* du 6 septembre 1965 (AkgG) pour la responsabilité dans le droit de la société anonyme et § 43 du *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* du 20 avril 1892 (GmbHG) pour la responsabilité dans le droit de la Sàrl. Voir également HÜFFER Uwe, in BECK'SCHE Kurz-Kommentare, *Aktien Gesetze*, 6^e éd., Munich (C.H. Beck) 2004, ad § 93, n° 15 et ad § 116, n° 1; HEINRICH Helmut, in BECK'SCHE Kurz-Kommentare, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^e éd., Munich (C.H. Beck) 2006, ad § 249, n°s 54-61; ZÖLLNER Wolfgang / NOACK Ulrich, in BECK'SCHE Kurz-Kommentare, *GmbH-Gesetz*, 18^e éd., Munich (C.H. Beck) 2006, ad § 43, n° 16.

²⁶ HASENBÖHLER Stefan, *Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht*, thèse Bâle 2003, p. 155 ss.

*responsabilité fondée pour risque*²⁷. Le principal avantage de la pratique française est que le juge (même suprême) dispose d'un plein pouvoir d'examen à l'égard de l'ensemble de la question de la causalité, car elle est considérée comme une notion de droit, sur laquelle la Cour de cassation exerce son contrôle sans restriction²⁸. Ceci mérite d'être souligné, car cette application des mêmes concepts d'une manière différente de la nôtre, par un ordre juridique par ailleurs très semblable, devrait susciter quelques réflexions quant au bien-fondé de l'approche suisse: le cumul des conditions se justifie-t-il réellement? Nous soulignerons à cet égard que le Tribunal fédéral souscrit lui-même à la thèse de la confusion des deux volets de la causalité lorsqu'il examine des cas de manquements par omission²⁹. Il considère en effet que la distinction entre les deux types de causalités n'a alors pas de sens³⁰. *De lege ferenda*, nous sommes d'avis qu'il serait opportun de généraliser cette approche (actuellement exceptionnelle) du Tribunal fédéral.

D. Fardeau de la preuve

Sur le plan procédural, le fardeau de la preuve du lien de causalité appartient au demandeur, conformément à la règle générale de l'art. 8 CC. Cette preuve peut toutefois être très difficile à apporter. Cela est le cas en particulier en cas d'omission, car la démonstration est alors par essence hypothétique. Il s'agit en effet de démontrer ce qui se serait produit si l'organe concerné avait fait ce que l'on attendait de lui. Dans un arrêt récent (cas «Miracle»)³¹, les deman-

27 Lorsque l'on s'agit d'une responsabilité fondée sur la *faute*, la théorie de l'*équivalence des conditions* est appliquée. Dans ce système, tous les faits sans lesquels le dommage ne se serait pas produit sont considérés – de manière équivalente – comme la *cause* du dommage, sans que l'on puisse à cet égard faire de choix ni en principe leur attribuer un poids différent. Cette conception *large* de la causalité est justifiée par le fait que l'exigence de la faute permet déjà en elle-même de limiter de manière adéquate la responsabilité. Cette théorie a l'avantage de faciliter la découverte d'un responsable du point de vue des intérêts civils. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une responsabilité fondée sur le *risque*, les tribunaux appliquent la théorie de la *causalité adéquate*. Cette théorie consiste à rechercher parmi les antécédents du dommage le fait adéquat, c'est-à-dire celui dont on peut considérer qu'il en est la véritable cause. Cette conception *étroite* de la causalité est retenue dans les cas dans lesquels la simple initiative créatrice de risques pour autrui peut être qualifiée de *fait générateur de responsabilité*. Le but est d'éviter une démultiplication infinie des cas de responsabilité. Voir FLOUR Jacques / AUBERT Jean-Luc / SAVAUX Eric, *Les obligations*, 11^e éd., Paris (A. Colin) 2005, p. 155-162; MALAURIE Philippe / AYNÈS Laurent / STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 2^e éd., Paris (Defrénois) 2005, p. 43-48; TERRE François / SIMLER Philippe / LEQUETTE Yves, *Les obligations*, 9^e éd., Paris (Dalloz) 2005, p. 835 ss.

28 TERRÉ François / SIMLER Philippe / LEQUETTE Yves, *Les obligations*, 9^e éd., Paris (Dalloz) 2005, p. 833, n° 859.

29 A propos de ce concept, voir *supra* sous chiffre II.

30 Voir *infra* sous chiffre VI. A.

31 ATF 132 III 715, 719 consid. 3, cité in Neue Zürcher Zeitung du 13 octobre 2006, n° 238, p. 23.

deurs à l'action en responsabilité fondée sur un prospectus (infidèle) d'émission (art. 752 CO) ont de ce fait plaidé la nécessité d'admettre un *renversement du fardeau* de la preuve. Ils ont tenté de faire admettre au Tribunal (fédéral) qu'en raison de la position respective des parties (administrateurs/investisseurs) à l'égard de la société, il convenait – généralement – de présumer la réalisation du lien de causalité entre les informations erronées contenues dans le prospectus d'émission et le dommage subi par les investisseurs³². Le Tribunal fédéral a refusé de souscrire à cette thèse, au motif qu'un tel renversement n'est pas prévu par la loi et qu'il serait contraire au système légal («*systemfremd*»)³³. Conscient cependant de la difficulté de la preuve demandée aux investisseurs, notre instance suprême a en revanche admis un *allègement* du fardeau de la preuve en cas de «*Beweisnot*». Il a ainsi admis que le demandeur à l'action en responsabilité pour le prospectus d'émission n'a pas besoin d'apporter une *preuve stricte* du lien de causalité naturelle («*für den Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs keinen strikten Beweis*»), mais seulement la preuve de la *vraisemblance prépondérante* de la réalisation de cette condition («*Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*»). Tel est le cas lorsque des raisons tellement importantes («*derart gewichtige Gründe*») plaident en faveur de la véracité de l'état de fait allégué qu'une autre solution ne saurait être raisonnablement retenue³⁴. Cet arrêt est intéressant et important. Il est susceptible de contribuer à remédier à l'un des handicaps qui entrave souvent les chances concrètes de succès d'une action en responsabilité des organes.

IV. Pluralité de responsables

La présence (fréquente) d'une pluralité de responsables soulève en général des problèmes qui peuvent être extrêmement délicats du point de vue de la causalité. La coexistence de plusieurs comportements fautifs peut en particulier constituer un facteur d'atténuation, voire d'exclusion de la responsabilité des organes. A cet égard, il convient de distinguer deux cas de figure: (i) le cas où il existe fondamentalement un seul manquement qui est reproché à plusieurs personnes, par exemple d'avoir requis tardivement la faillite

³² ATF 132 III 715, 719, consid. 3.: «*Im Zusammenhang mit dem Kausalitätsnachweis machen die Kläger in erster Linie geltend, dass im Bereich der Prospekthaftung generell die Vermutung gelte, dass allfällige falsche Angaben im Emissionsprospekt kausal für den Kaufentschluss des Anlegers und den damit in Zusammenhang stehenden Schaden sind*».

³³ ATF 132 III 715 722 consid. 3.2.3.

³⁴ ATF 132 III 715, 720 consid. 3.1.: «*wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen*».

malgré un surendettement par hypothèse avéré (cf. *infra* § A) et (ii) le cas dans lequel on est confronté à plusieurs manquements, commis par plusieurs responsables, par exemple l'organe de révision, d'une part, et les membres du conseil d'administration, d'autre part (cf. *infra* § B).

A. Un manquement

Dans ce premier cas de figure, le dommage résulte d'un seul manquement, commis par plusieurs organes (au sens de l'art. 754 CO). Pour déterminer les incidences de cette pluralité de responsables sur la causalité, il est nécessaire de distinguer les rapports externes (entre le lésé et chaque coresponsable) des rapports internes (entre les coresponsables).

1. Rapports externes

Dans les *rapports externes*, l'art. 759 I CO institue une responsabilité *solidaire* dite *différenciée*. La responsabilité *solidaire* a pour effet que chacun des coresponsables répond en principe de la totalité du dommage à l'égard du créancier³⁵. Le fait que la solidarité soit *différenciée* permet, à certaines conditions, d'atténuer la rigueur de ce principe³⁶. Chaque coresponsable peut ainsi opposer au demandeur sa *faute légère*, la *faute concomitante du lésé* ou sa *faible rémunération pour réduire sa responsabilité*³⁷. Il peut également tenter d'*exclure* sa responsabilité en opposant au créancier la *faute grave d'un tiers*, c'est-à-dire le fait que la faute d'un (ou de plusieurs) autre(s) coresponsable(s) est d'une intensité telle qu'elle relègue à l'arrière-plan son propre manquement, si bien que celui-ci n'apparaît plus comme étant la *cause adéquate* du dommage.

Le Tribunal fédéral pose toutefois des *exigences sévères* pour admettre une limitation, voire une exclusion de la responsabilité en raison de la faute concurrente d'un coresponsable³⁸:

«La solidarité différenciée instituée par l'art. 759 I CO ne s'oppose pas à ce que le comportement d'un responsable puisse, le cas échéant, libérer son

³⁵ CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 759 CO, n° 9.

³⁶ MUSTAKI Guy, *Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance*, in SJ II (2006) n° 5, p. 227.

³⁷ Tous les facteurs d'atténuation prévus par les art. 43 I, 44 et 99 II CO peuvent être invoqués dans les rapports externes. Voir, CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 759 CO, n° 14.

³⁸ MUSTAKI Guy, *Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance*, in SJ II (2006) n° 5, p. 227.

coresponsable solidaire s'il fait apparaître comme inadéquate la relation de causalité entre le comportement de ce dernier et le dommage. Il faut alors 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. La jurisprudence se montre stricte quant à la réalisation de ces exigences. Elle précise clairement qu'une limitation (et, a fortiori, une libération) de la responsabilité fondée sur la faute concurrente d'un tiers ne doit être admise qu'avec la plus grande retenue si l'on veut éviter que la protection du lésé que vise, d'après sa nature, la responsabilité de plusieurs débiteurs, ne soit rendue en grande partie illusoire.»³⁹

A notre connaissance, il n'existe, à ce jour, pas d'arrêt du Tribunal fédéral qui admette l'*interruption* du lien de causalité en raison de la *faute grave* d'un des (autres) administrateurs^{40, 41}.

A y regarder de près, la question de la solidarité différenciée *relève de la problématique de la causalité plutôt que de celle de la faute*. On peut en effet admettre une exclusion de la responsabilité si la faute d'un des coresponsables est si grave que les manquements des autres n'apparaissent plus comme étant la cause adéquate du dommage. Mais on peut affirmer aussi qu'une atténuation de la responsabilité prononcée sur la base de l'art. 759 I CO équivaut à considérer que la faute commise par l'organe considéré n'a été que partiellement causale du dommage.

2. *Rapports internes*

Dans les *rapports internes*, le dommage est réparti entre les coresponsables par le jeu des «recours». L'art. 759 III CO prévoit que le juge règle ceci en tenant compte de toutes les circonstances. Le critère principal pour répartir le fardeau de la réparation sur le plan interne est la gravité de la faute. Outre cette dernière, tous les critères mentionnés aux art. 43 I, 44 et 99 II CO peuvent par ailleurs être pris en considération par le juge qui statue donc selon les règles du droit et de l'équité⁴². Il s'agit par conséquent ici également en définitive d'une application des principes de la causalité.

³⁹ ATF 127 III 453.

⁴⁰ Dans le même sens, FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 75, n° 223.

⁴¹ Voir ATF 116 II 524s, ATF 112 II 143s et ATF 101 II 165 dans lesquels l'interruption de la causalité a été niée.

⁴² CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 759 CO, n° 39.

B. Plusieurs manquements

Dans ce deuxième cas de figure, le dommage résulte de *plusieurs causes*, c'est-à-dire de *plusieurs manquements fautifs*, commis en général par des organes (personnes ou organismes) différents. Les rapports externes doivent, ici aussi, être distingués des rapports internes.

1. *Rapports externes*

Dans les rapports externes, il convient de raisonner en deux étapes. On déterminera, en premier lieu, si la *solidarité* doit être admise en principe. Tel est le cas en vertu de l'art. 759 I CO si les organes répondent du *même dommage*⁴³. Si la réponse est en revanche négative, il n'y a pas de solidarité et chaque organe doit être actionné séparément pour le dommage spécifique qu'il a lui-même causé par son manquement fautif. Ce n'est que si cette première question a été résolue par l'affirmative que se pose – dans une seconde étape – la question de la *différenciation*, c'est-à-dire celle de savoir si les différents coresponsables peuvent limiter ou exclure leur responsabilité à l'égard du demandeur.

Pour déterminer si les différents organes répondent d'un *même dommage*, il est nécessaire d'identifier le dommage causé par chacun des différents manquements fautifs. Ceci peut s'avérer particulièrement complexe en présence de manquements commis par omission, car il faut alors raisonner hypothétiquement et parfois même par une succession d'hypothèses (par exemple (i) quand l'organe responsable aurait-il pu et dû constater le surendettement ? et (ii) son intervention diligente aurait-elle pu diminuer le dommage ?)⁴⁴. On est donc ici également sur le terrain de la causalité.

A supposer que plusieurs organes, par leurs manquements respectifs, aient engendré le *même dommage*, ces différents organes répondent solidairement: le lésé peut s'en prendre à tous les organes, à certains d'entre eux ou à un seul pour réclamer la réparation de tout ou partie du dommage⁴⁵. En vertu toutefois du principe de la *solidarité différenciée* les organes coresponsables peuvent opposer au lésé les facteurs d'*exclusion* ou de *réduction* de la responsabilité découlant des art. 43 I, 44 et 99 CO. A titre d'exemple, on

⁴³ CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 759 CO, n° 16.

⁴⁴ BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 3^e éd., Zurich 2004, § 18, n° 426.

⁴⁵ CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 759 CO, n° 9.

peut citer l'arrêt 127 III 453 du 12 juillet 2001, dans lequel un directeur avait causé un dommage à la société en détournant à son profit, sur une période de dix ans, un montant supérieur à CHF 1 mio. Le conseil d'administration de la société n'avait pas décelé les irrégularités commises par le directeur, car il n'avait pas exercé son devoir de surveillance avec la diligence requise; l'organe de révision avait quant à lui omis de relever les fautes du directeur, parce qu'il n'avait pas fait preuve de la diligence due lors de la vérification de la comptabilité de la société. Dans ce cas d'espèce, le Tribunal fédéral a admis une responsabilité solidaire des différents organes⁴⁶. Le Tribunal fédéral a toutefois nié que la faute du directeur fut si lourde qu'elle reléguât le manquement de l'organe de révision à l'arrière-plan au point que le manquement n'apparût plus comme étant la (ou une) *cause adéquate* du dommage. En revanche, il a admis une *réduction* de la responsabilité de l'organe de révision fondée sur une faute concomitante de la société lésée et sur la faible rétribution de l'organe de contrôle.

Le raisonnement de notre haute Cour confirme donc – ne serait-ce qu'implicitement – que dans ce cas de figure également la question de l'atténuation, voire de l'exclusion de la responsabilité basée sur l'art. 759 I CO, est une question qui relève en définitive de la causalité.

2. *Rapports internes*

Dans les *rapports internes* (entre les différents organes coresponsables), le fardeau de la réparation est réparti en vertu de l'art. 759 III CO, par le jeu des recours, en fonction des fautes commises⁴⁷. A cet égard également on peut affirmer que la répartition (interne) du dommage est la conséquence de l'application des principes régissant la causalité des comportements respectifs.

V. **Gouvernement d'entreprise**

Le concept de *corporate governance* englobe toutes les questions relatives à la façon de *gouverner l'entreprise*, notamment la répartition et l'équilibre des tâches et des pouvoirs en son sein, ainsi que le contrôle du respect des règles

⁴⁶ Voir également l'analyse de la solidarité dans ce cas de figure in: FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 61, n° 162.

⁴⁷ Il est renvoyé à ce propos à ce qui a été dit sous III.A.2.

applicables en la matière⁴⁸. Cet ensemble de normes joue désormais un rôle central en droit des sociétés. La question qui se pose ici est de savoir comment les obligations découlant des préceptes de bonne *corporate governance* s'articulent avec la problématique de la causalité en cas de manquement constaté à ces devoirs.

A. Délégation des compétences

Certaines des attributions du conseil d'administration sont intransmissibles et inaliénables en vertu de l'art. 716a I CO. D'autres tâches peuvent en revanche être déléguées à un ou plusieurs membre(s) du conseil ou à des directeurs en vertu de l'art. 716b I CO. Dans cette mesure, le pouvoir de gérer est transféré aux délégués. La délégation est faite valablement lorsque (i) les compétences déléguées peuvent l'être (art. 716a I CO), (ii) elle repose sur une base statutaire (art. 716b I CO) et (iii) ses modalités sont réglées dans un règlement d'organisation (art. 716b I et II CO)⁴⁹.

La délégation de compétences a des effets sur la responsabilité des administrateurs. En vertu de l'art. 754 II CO, celle-ci est alors en effet limitée au bon choix, à la bonne instruction et à la bonne surveillance du délégué (*cura in eligendo, cura in instruendo et cura in custodiendo*)⁵⁰. Cette limitation des devoirs a, à son tour, une incidence directe sur la question de la causalité. Dans un tel cas, cette dernière s'analyse en effet dans la perspective restreinte de la violation des trois *curae*. De fait, puisque les obligations des administrateurs délégués sont réduites, la question est exclusivement de savoir si le manquement à l'une ou plusieurs de ces trois obligations a causé le dommage concerné. A l'évidence, cette démonstration est difficile à apporter. C'est la raison pour laquelle la loi opère à cet égard un renversement du fardeau de la preuve tant du manquement que de la causalité. L'administrateur qui a délégué ses compétences répond en effet en principe du dommage

⁴⁸ BÖCKLI Peter / HUGUENIN Claire / DESSEMONTET François, *Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme*, Lausanne 2004, p. 15; BOURQUI Claude, « Corporate Governance: est-ce important? », in: DESSEMONTET François / BOHRER Gaëtan, *Corporate Governance en Suisse*, Lausanne 2003, p. 42 ss; HÉRITIER LACHAT Anne, *Corporate Governance: quo vadis?*, SJ 2002 II 207 ss; ZOBL Dieter, « Was ist Corporate Governance? », in FORTMOSER Peter / VON DER CRONE Hans Caspar / WEBER Rolf / ZOBL Dieter, *Corporate Governance, Symposium zu 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Zurich 2002, p. 9 ss.

⁴⁹ FORTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 44, n^{os} 105-110 et p. 48, n^o 116; MUSTAKI Guy, *Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance*, in SJ II (2006) n^o 5, p. 220.

⁵⁰ ATF 122 III 195 consid. 3a.

causé par son délégué (art. 754 II CO *a contrario*), sauf s'il apporte la preuve libératoire qui lui est ouverte, c'est-à-dire s'il démontre qu'il a pris, en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances.

Il est par ailleurs également admis que l'administrateur recherché peut soulever l'objection dite parfois du *comportement de substitution licite* («*rechtmässiges Alternativverhalten*») ⁵¹. Par là, il faut entendre qu'il peut se libérer s'il parvient à prouver que le respect des trois *curae* n'aurait de toute manière pas empêché le dommage de se produire. Dans ce cas, il convient en effet d'admettre que le lien de causalité entre la violation du devoir et le dommage fait défaut, car s'il y a bien un préjudice, sa cause est autre ⁵².

Selon le Tribunal fédéral, la *faute grave* du délégué ne constitue en revanche pas un facteur d'interruption de la causalité. On peut mentionner à ce propos l'ATF 122 III 195 du 28 mai 1996 dans lequel un directeur avait, par plusieurs agissements délictueux (escroquerie), causé un dommage à la société et à ses créanciers. Malgré le fait que l'administrateur unique ait su que de lourds soupçons d'escroquerie pesaient sur le directeur, il n'avait rien entrepris pour éviter que la société ou ses créanciers ne subissent de dommage. Le Tribunal fédéral considéra par conséquent que l'administrateur devait répondre du dommage causé par le directeur, car la *cura in eligendo* ne s'épuisait pas dans le choix des personnes chargées de la gestion et de la représentation, mais englobait également – si nécessaire – l'obligation de les révoquer. Il a en outre nié que la faute grave du directeur puisse constituer un facteur d'exclusion de la responsabilité, car «*la responsabilité de l'administrateur à la suite d'une délégation de compétences est une sorte de responsabilité pour le fait d'autrui*» ⁵³, si bien que le délégué ne peut être considéré comme un tiers par rapport à l'administrateur. L'opinion de notre haute Cour paraît justifiée. Dès lors, en effet, qu'il a été admis que les exigences (*curae*), même limitées, n'ont pas été satisfaites, il convient de considérer que le manquement de l'administrateur déléguant est causal du comportement fautif du délégué. La gravité de la faute de ce dernier n'est en principe pas de nature à interrompre ce rapport de cause à effet.

⁵¹ Arrêt 4C.156/2005 du 28 septembre 2005, in SJ 2006 I 221, 230.

⁵² Böckli Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 3^e éd., Zurich 2004, § 18, n° 138; Corboz Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 754 CO, n° 32.

⁵³ ATF 122 III 195.

B. Répartition des compétences

La constitution de *comités* (art. 716a II CO) est toujours plus fréquente au sein des sociétés suisses. Elle permet d'améliorer grandement le fonctionnement et l'efficacité du conseil d'administration. Les comités sont composés de membres du conseil choisis pour leurs compétences particulières dans les domaines pertinents⁵⁴. Ils ont pour tâche de préparer les décisions du conseil et d'émettre des recommandations. Ils n'ont en revanche pas de pouvoir décisionnel, celui-ci demeurant de la seule compétence du conseil d'administration⁵⁵. En fonction de la taille de l'entreprise, de son activité et de la question de savoir si les titres de la société sont cotés, on peut même affirmer que le conseil d'administration a non seulement la faculté, mais bien l'obligation de mettre en place des comités, sous peine de manquer à son devoir d'organiser la société avec diligence (art. 716a I ch. 2 CO)⁵⁶.

L'effet sur la responsabilité des administrateurs de la répartition des tâches au sein du conseil d'administration est controversé en doctrine. Une partie minoritaire de celle-ci ainsi que le Message du Conseil fédéral⁵⁷ considèrent que la constitution de comités est en principe sans influence sur la responsabilité des administrateurs. La doctrine majoritaire⁵⁸ est en revanche d'avis que la responsabilité des administrateurs attributaires doit être plus sévère que celle des non-attributaires. La préférence doit être donnée à cette deuxième solution. Le fait que certains membres des conseils d'administration soient chargés de questions spécifiques, pour lesquelles ils béné-

⁵⁴ Ainsi, le *comité de nomination*, lequel est chargé de fixer les critères de sélection des candidats au conseil d'administration; le *comité de rémunération*, qui a pour fonction de déterminer la rémunération des organes dirigeants; le *comité de contrôle*, qui a notamment pour mission d'évaluer la performance de la révision externe et de la révision interne ainsi que de réviser les comptes de manière critique.

⁵⁵ MUSTAKI Guy, *Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance*, in SJ II (2006) n° 5, p. 199.

⁵⁶ MUSTAKI Guy, *Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance*, in SJ II (2006) n° 5, p. 229.

⁵⁷ Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, Feuille fédérale, 135^e année, p. 33.

⁵⁸ BÖCKLI Peter, *die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates*, Zurich 1994, p. 49; BÖCKLI Peter, «Corporate Governance und Swiss Code of Best Practice», in *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Mélanges Forstmoser, Zurich 2003, p. 278; MUSTAKI Guy, *Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance*, in SJ II (2006) n° 5, p. 230; REYMOND Jacques-André, «Réflexions sur le mythe de l'administrateur omniscient», in *Le fonctionnement des sociétés et le respect des règles*, Mélanges Hirsch, Zurich 1996, p. 68; CAVIN Philippe, «L'administrateur face aux fictions des Codes», in *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Lausanne 2005, p. 280; TRIGO TRINDADE Rita, «La répartition des tâches au sein du conseil d'administration», RSDA 2004, p. 32 ss; PHILIPPIN Edgar, «Les comités du conseil d'administration», in *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Lausanne 2005, p. 381.

ficient de connaissances particulières, justifie qu'une responsabilité accrue leur incombe.

La base légale de cette affirmation est toutefois elle aussi controversée. Selon un premier courant doctrinal, les règles sur la responsabilité en cas de délégation doivent être appliquées par analogie (art. 754 II CO). La responsabilité des administrateurs non-attributaires ne devrait, de ce fait, être admise qu'en cas de violation des *curae in eligendo, in instruendo* ou *in custodiendo* qu'ils sont tenus d'exercer à l'égard des administrateurs auxquels des tâches particulières ont été confiées⁵⁹. S'agissant de la question de la causalité, l'analyse est ici la même que celle proposée à propos de la délégation des compétences⁶⁰. Selon un deuxième courant, l'attribution de certaines tâches à des comités constitue un cas d'application de la *solidarité différenciée* (art. 759 I CO)⁶¹. La conséquence de ce second courant de pensée est que le principe de la responsabilité solidaire entre les membres du conseil d'administration est maintenu. Le montant du dommage dont un administrateur non-attributaire peut être appelé à répondre peut toutefois être réduit par rapport au dommage total reconnu au lésé. C'est là une question de causalité. De ce point de vue, les effets sont ainsi ceux qui ont déjà été évoqués précédemment à propos de la pluralité des responsables⁶². Cette deuxième thèse doit être préférée. Sachant qu'il est ici question de tâches en principe intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration, elle est en effet plus respectueuse du principe impératif de l'art. 716a CO. Par ailleurs, la mission des membres des comités est limitée à la préparation des décisions, non pas à la prise de celles-ci. Il apparaît par conséquent que la solution de l'application de l'art. 759 I CO est juridiquement plus rigoureuse, outre le fait qu'elle paraît plus équitable⁶³.

C. Organisation défailante

En vertu de l'art. 716a I ch. 2 CO, le conseil d'administration a l'obligation d'organiser la société avec diligence. On trouve d'autres manifestations de

59 Trigo Trindade Rita, «La répartition des tâches au sein du conseil d'administration», RSDA 2004, p. 34.

60 Voir *supra* sous V. A.

61 BÖCKLI Peter, *Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates*, Zurich 1994, p. 49; VON PLANTA Andreas, «Le rôle du comité d'audit dans le gouvernement d'entreprise», RSDA 2004, p. 47; MUSTAKI Guy, «Corporate Governance et responsabilité du Conseil d'administration», RSDA 2004, p. 66; CAVIN Philippe, «L'administrateur face aux fictions des Codes», in *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Lausanne 2005, p. 279.

62 Cf. *supra* sous IV.

63 Voir PETER Henry / CAVADINI Francesca, *Commentaire Romand du Code des obligations II*, Pierre Tercier / Marc Amstutz (édit.), sera publié prochainement, ad art. 716a CO, n° 36.

cette obligation dans notre ordre juridique. Ainsi, sur le plan pénal, l'organisation défaillante d'une société est sanctionnée par l'art. 100^{quater} I CP qui prévoit qu'«*un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise [...] est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. [...]*». Le conseil d'administration répond donc en principe des carences dans l'organisation.

Se pose toutefois la question de savoir si l'organisation défaillante d'une entreprise peut véritablement être *causale* s'agissant du dommage, et donc entraîner la responsabilité des administrateurs. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner cette question. Dans un arrêt *Von Roll*, rendu en droit pénal⁶⁴, la société incriminée produisait notamment des pièces pour matériel de guerre. Elle avait accepté d'exécuter plusieurs livraisons à l'Irak. En raison de soupçons d'infractions à la Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG), une des livraisons avait été interceptée à Francfort. Malgré cet indice, la société n'entreprit rien pour stopper les livraisons controversées ni – pour le moins – pour vérifier leur légalité. Il est vrai que les organes responsables n'avaient pas été informés de l'incident et n'avaient, de ce fait, pas pu intervenir. Le Tribunal fédéral estima cependant que l'absence d'information était liée à une mauvaise organisation de l'entreprise – tâche relevant de la compétence non déléguable du conseil d'administration. Selon notre haute Cour, l'organisation lacunaire de l'entreprise devait être considérée comme étant la cause de la commission répétée d'infractions à la LFMG («*Die weitere Frage, ob diese Pflichtverletzung [...] kausal war, ist zu bejahen [...]*»)⁶⁵. Elle admit de ce fait la responsabilité pénale des administrateurs.

A notre connaissance, il n'existe à ce jour pas d'arrêt équivalent en droit civil. Dans la mesure toutefois où l'organisation relève des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716a I CO), la responsabilité civile des administrateurs fondée sur une organisation déficiente de l'entreprise devrait à nos yeux également être considérée comme pouvant être causale du dommage qui en résulte.

VI. Responsabilité pour omission

A. Causalités « fusionnées »

Nous l'avons déjà relevé⁶⁶: lorsque la violation d'un devoir consiste en une omission, l'examen de la causalité soulève des problèmes particuliers et

⁶⁴ ATF 122 IV 103.

⁶⁵ ATF 122 IV 103, 128.

⁶⁶ Voir *supra* sous I B.

souvent complexes. Ceci résulte du fait qu'il s'agit alors de comparer ce qui s'est effectivement produit avec un scénario hypothétique souhaitable, en se demandant si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, l'accomplissement de l'acte omis aurait empêché la survenance du dommage⁶⁷. Le fait que le raisonnement se fonde à la fois sur une hypothèse et sur le cours ordinaire et l'expérience « générale » a pour conséquence que l'analyse concerne moins des faits que des conjectures. S'agissant d'un raisonnement hypothétique plus que d'une constatation mécanique, la causalité naturelle se rapproche inévitablement de la causalité adéquate. On est ainsi confronté à une sorte de conjonction ou de fusion des deux concepts⁶⁸. Ceci est perçu par le Tribunal fédéral lui-même qui, bien que persistant à distinguer les deux volets de la causalité, considère qu'en cas d'omission un examen séparé de la causalité adéquate n'a en règle générale pas de sens (« *nicht sinnvoll* »)⁶⁹.

Cette fusion des concepts n'est pas problématique en soi. Le problème résulte du fait que, à la différence de la Cour de cassation française⁷⁰ qui considère que la notion de causalité naturelle s'efface devant celle de causalité adéquate, notre haute Cour choisit l'option inverse : elle considère que la question de la causalité adéquate est en substance absorbée par celle de la causalité naturelle. L'examen de la condition de la causalité en cas d'omission se réduit ainsi à celui de la causalité naturelle (dite hypothétique), qui absorbe – donc éclipse – celui de la causalité adéquate⁷¹. Partant, le Tribunal fédéral estime que l'ensemble de la question de la causalité relève du fait. Il ne réexamine dès lors aucun des aspects ayant trait à la réalisation de cette condition fondamentale et délicate de l'action, puisque son pouvoir d'examen ne s'étend qu'au droit. Sachant que la plupart des actions en responsabilité contre des administrateurs concernent des manquements par omission, cette pratique

67 BÄRTSCHI Harald, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zurich 2001, p. 228 ; BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 3^e éd., Zurich 2004, § 18, n° 425.

68 BÄRTSCHI Harald, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zurich 2001, p. 228, note 1199.

69 BÄRTSCHI Harald, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zurich 2001, p. 229, note 1200 avec référence à ATF 115 II 447s.

70 Voir *supra* sous III. C.

71 ATF 127 IV 110, consid. 3d/aa (non publié) ; NYFFELER FRANZ, « Wie geht das Bundesgericht mit Verantwortlichkeitsprozessen um ? », in *Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht*, Zurich, 2004, p. 32 : « *Somit ist im Falle der Unterlassung – gleichviel, ob es sich um eine natürliche oder eine adäquate Kausalität handelt – der Zusammenhang notwendigerweise hypothetisch und der Richter stützt sich bei dessen Feststellung auf die allgemeine Lebenserfahrung. Wenn dergestalt die natürliche Kausalität aufgezeigt ist, rechtfertigt es sich in der Regel nicht, noch die Adäquate Kausalität zu überprüfen. Die auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützte Darstellung des hypothetischen Geschehensablaufes, welches zur Annahme der natürlichen Kausalität führt, enthält bereits die normative Wertung, welche sonst erst die adäquate Kausalität gewährleistet* ».

du Tribunal fédéral explique pourquoi il n'entre que très rarement en matière sur le sujet, pourtant crucial, qui nous occupe. C'est à notre avis regrettable, d'autant plus que la question de la causalité adéquate suppose un raisonnement dont la nature est indiscutablement juridique, que la preuve de sa réalisation est très difficile à apporter et que le sujet est, on l'a vu, d'une complexité telle qu'il justifie et requiert qu'il puisse être soumis à notre instance suprême. Nous suggérons de ce fait que – si le Tribunal fédéral s'en tient à la fusion des deux volets de la causalité – il serait opportun qu'il considère que c'est la causalité naturelle qui s'efface devant – ou est absorbée par – la causalité adéquate, et non l'inverse. L'ensemble du raisonnement porterait ainsi sur une question de droit (et non pas de fait), si bien que notre plus haute Cour disposerait d'un plein pouvoir de cognition à son égard.

B. Surendettement

La réalisation de la condition de la causalité peut être particulièrement difficile à démontrer dans les situations visées par l'art. 725 II CO (obligation de déposer le bilan en cas de surendettement). Le surendettement (*Überschuldung*) est réalisé lorsque l'actif social (le patrimoine possédé par la société) ne couvre plus les fonds étrangers (ses dettes). On peut exprimer la même réalité en affirmant que le surendettement est le cas où les fonds propres ont été entièrement consommés par des pertes.

Il incombe au conseil d'administration, de façon intransmissible et inaliénable, d'exercer la haute direction de la société («*Oberleitung*», art. 716a I ch. 1 CO). Ce devoir subsiste – voire s'accroît – en cas de difficultés financières, aussi longtemps qu'il existe des perspectives d'assainissement⁷². Mais dès lors que la société est surendettée, le conseil d'administration doit en principe en informer sans tarder le juge et requérir de sa part le prononcé de la faillite de la société, c'est-à-dire sa dissolution. A défaut, le conseil d'administration (ses membres) répond du dommage qui résulte du dépôt tardif du bilan, consistant dans les pertes supplémentaires générées entre le moment où le bilan aurait dû être déposé et celui où il l'a effectivement été.

En cas de surendettement, la preuve du lien de causalité entre l'omission du conseil d'administration, qui a par hypothèse négligé de requérir la faillite, et le dommage est dans la règle difficile à apporter, et ce pour plusieurs raisons :

⁷² HANDSCHIN Lukas, «Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall», in RJB 2000 p. 438 s. et p. 447 ; voir également ATF 116 II 323.

1. la date du début du surendettement d'une société est souvent à la fois ardue à déterminer et discutable ;
2. l'établissement de la valeur des actifs, en particulier immatériels, dépend fréquemment d'une appréciation des chances de survie de la société, ce qui est notoirement difficile et relativement subjectif ;
3. toute entreprise est soumise à des cycles, de durée très variable, durant lesquels ses affaires (ou perspectives) sont plus ou moins florissantes. Le seul fait qu'une société connaisse la banqueroute ne signifie pas nécessairement qu'un surendettement préalable a nécessairement été causal du découvert subséquent. Il est possible en effet que, dans l'intervalle, la société soit (provisoirement) redevenue *in bonis* (c'est-à-dire non surendettée), ce qui est de nature à interrompre le rapport de causalité (naturel) entre le surendettement et le préjudice final.

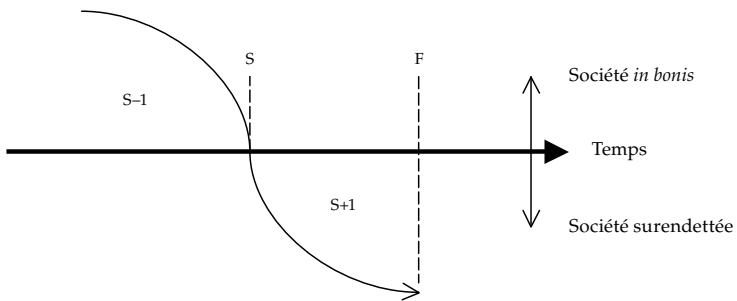
Nous sommes d'avis que cette troisième raison n'a été que rarement mise en évidence et mérite que l'on s'y attarde. Les schémas suivants permettent de l'illustrer en choisissant trois hypothèses caractéristiques : a) celle de « l'aggravation constante du surendettement » dans laquelle, en raison des pertes persistantes, les fonds propres de la société sont progressivement consommés avant que le surendettement apparaisse, puis s'aggrave ; b) celle dans laquelle une société, par ailleurs *in bonis*, connaît une période « transitoire » de surendettement et c) celle du « surendettement alternatif », dans laquelle les hypothèses a) et b) sont en quelque sorte cumulées. Dans chacun de ces schémas la ligne horizontale indique le déroulement du temps, alors que la ligne courbe montre l'évolution de l'endettement (respectivement du surendettement) de la société. La partie du schéma qui se trouve au-dessus de la ligne horizontale correspond aux phases durant lesquelles la société est *in bonis*. La partie se trouvant en dessous de la ligne horizontale correspond aux phases durant lesquelles la société est surendettée. Sur l'axe du temps, certains moments et certaines périodes topiques sont mis en évidence⁷³ :

1. *Aggravation constante du surendettement (Schéma a)*

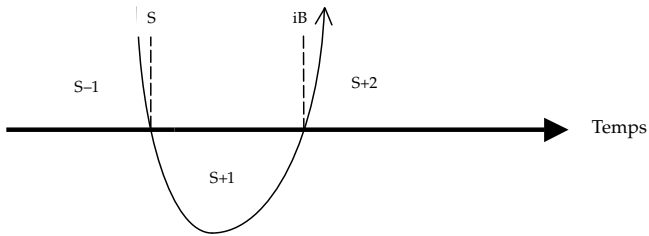
Le premier schéma illustre le cas classique, celui dans lequel une société génère constamment des pertes, si bien que, initialement *in bonis* (période S-1), elle devient ensuite (dès le moment S) surendettée, son surendettement s'aggravant ensuite progressivement (période S+1) jusqu'à la faillite (moment F).

⁷³ S=surendettement ;
S- =période pré-surendettement ;
S+ =période post-endettement ;
F=faillite ;
iB=*in bonis*.

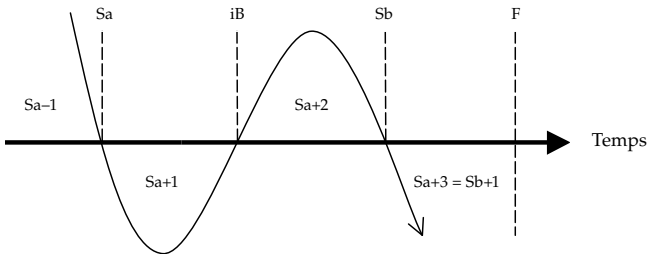
a) Aggravation constante du surendettement



b) Surendettement transitoire



c) Surendettement alternatif



L'examen des conditions de la responsabilité est alors relativement aisé. Les quatre conditions de l'action fondée sur l'art. 754 CO, à savoir (i) le manquement (violation de l'art. 725 II CO), (ii) la faute (avoir fautivement tardé à déposer le bilan), (iii) le dommage social (correspondant aux pertes engendrées par ce retard) ainsi que (iv) le rapport de causalité entre le manquement et le dommage, sont en principe réalisées dès l'instant où la société franchit le seuil du surendettement (période S+1).

2. Surendettement transitoire (Schéma b)

Le second schéma illustre le cas du surendettement en quelque sorte provisoire ou transitoire. La société, initialement *in bonis* (période S-1), devient dans un premier temps (dès le moment S) surendettée et le demeure pendant une certaine période (S+1). Par la suite, grâce à la poursuite de ses activités, la société parvient à sortir du surendettement (dès le moment iB) et redevient donc *in bonis* (période S+2).

On pourrait considérer que ce cas de figure est sans intérêt sur le plan pratique, car (et c'est l'hypothèse) la société échappe en définitive à la faillite, si bien que ses créanciers ne subissent aucun préjudice. On se gardera d'une telle assertion. Cette hypothèse délicate présente en effet un double intérêt, tant pratique que théorique.

Sur le plan *pratique* il est en effet fréquent, voire chronique, que l'administrateur d'une société chancelante considère – souvent de bonne foi – que les difficultés ne sont que passagères, si bien que c'est le cas illustré dans le schéma b) qui se réalisera. Pour lui permettre de savoir quel doit être son comportement (et, le cas échéant, l'évaluer *a posteriori*) il est essentiel de répondre à la question de savoir si, en présence de perspectives réellement favorables, l'administrateur peut renoncer à requérir la faillite.

Le problème est également intéressant et délicat sur le plan *théorique*. L'administrateur commet-il alors un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de l'art. 725 II CO? Une faute lui est-elle imputable? Peut-on considérer que cette faute est en quelque sorte neutralisée par un élément justificatif? Ne commet-il aucune faute? La réponse à ces questions ne présente pas seulement un intérêt académique; elle est propédeutique à la discussion de l'hypothèse, plus complexe encore, du surendettement « alternatif » (*infra* 3 et schéma c).

La condition du *manquement* doit être considérée comme réalisée lorsque la société franchit le seuil du surendettement (donc à partir du moment S). A supposer réalisées toutes les conditions de l'art. 725 II CO, l'administrateur est en effet tenu de déposer le bilan de la société dès lors que celle-ci entre en état de surendettement. Il s'agit d'un fait. L'analyse est ici purement

objective. Toute violation de ce devoir constitue un manquement au sens de l'art. 754 CO. On l'a vu⁷⁴, la responsabilité des administrateurs n'est toutefois pas de nature *causale*⁷⁵. Pour qu'elle soit admise, une *faute* est également requise⁷⁶. Même si cette notion a été partiellement objectivée⁷⁷, il n'existe pas de présomption irréfragable de faute en cas de manquement. Il s'agit donc d'une condition distincte, qui doit être examinée séparément.

A nos yeux, la condition de la faute n'est pas nécessairement réalisée lors du franchissement du seuil (S). Il n'est en effet pas fautif de ne pas demander au juge de prononcer la faillite si un pronostic éclairé quant à l'évolution de la société, à court et à moyen terme, permet raisonnablement de considérer qu'elle survivra et redeviendra *in bonis*. Dans cette perspective, il est légitime de parier sur le redressement de la société lorsque, sur la base d'un examen approfondi des circonstances, trois conditions sont cumulativement satisfaites⁷⁸:

- (i) le *test du bilan*, qui consiste à vérifier si l'on peut admettre que le surendettement sera résorbé (soit que des fonds de tiers disparaissent du bilan du fait, par exemple, d'un abandon de créances, soit que les fonds propres soient augmentés); et
- (ii) le *test du compte de pertes et profits*, qui consiste à vérifier si l'on peut admettre que les produits futurs de la société excéderont ses charges; et
- (iii) le *test des flux financiers*, qui consiste à vérifier si la société bénéficiera à court et à moyen terme des liquidités nécessaires pour faire face à ses dettes et charges immédiatement exigibles.

Dès lors que ces trois conditions sont satisfaites, on ne saurait à notre avis considérer que l'administrateur commet une faute en ne requérant pas immédiatement la faillite de la société. Cette opinion peut notamment se prévaloir de la *ratio legis* de l'art. 725 II CO, qui est de protéger les créanciers contre un préjudice ou son accroissement. Or ici, par sa décision, l'administrateur contribue à favoriser cet intérêt. En poussant quelque peu le trait, on pourrait même affirmer qu'il serait fautif de la part de l'administrateur de requérir la faillite d'une société dont il est par hypothèse admis qu'elle est viable. Il est vrai que l'on pourrait exiger de l'administrateur qu'il recoure, pour le moins,

⁷⁴ Voir *supra* II.

⁷⁵ FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 54, n° 133.

⁷⁶ CORBOZ Bernard, *La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005, ad art. 754 CO, n° 36.

⁷⁷ Voir *supra* sous II.

⁷⁸ PETER Henry / PEYROT Aude, *L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois*, in SJ II (2006) n° 1, p. 57-59.

à la faculté qui est concédée par l'art. 725a CO (ajournement de la faillite), mais les risques liés à une telle initiative sont connus⁷⁹.

Les réflexions qui précèdent sont à l'évidence corrélées avec la question de la causalité, puisque la faute doit être appréciée dans la perspective de ses effets. Cela étant, même si l'on considère que le comportement de l'administrateur est fautif, l'analyse de la causalité conduira inévitablement à conclure que cette dernière fait défaut, puisque la faute (à supposer qu'on l'admette) n'est en tout état pas causale du dommage (ici inexistant). Quelque peu paradoxalement, on pourrait même affirmer que la faute est ici causale du retour à meilleure fortune!

3. Surendettement alternatif (Schéma c)

Le troisième schéma illustre un cas plus compliqué, celui dans lequel la société, initialement *in bonis* (période Sa-1), devient (dès le moment Sa) surendettée en raison de pertes constantes (période Sa+1). Elle parvient ensuite (dès le moment iB) à sortir provisoirement du surendettement (période Sa+2), avant de retomber définitivement (dès le moment Sb) dans un état de surendettement (période Sa+3, laquelle équivaut à Sb+1), puis d'être déclarée en faillite (moment F).

L'analyse de la réalisation des conditions de la responsabilité est alors rendue complexe en raison de l'existence d'un *triple franchissement de la limite du surendettement*: deux fois à la baisse (Sa et Sb) et une fois à la hausse (iB). Se pose en particulier la question de savoir si l'omission du dépôt du bilan (pendant la première période Sa+1) doit être considérée comme causale par rapport au préjudice en définitive subit par la société (période Sa+3 = Sb+1). Cette analyse revêt une pertinence particulière lorsqu'un administrateur démissionne entre Sa et Sb.

La condition du *manquement* est ici réalisée à deux reprises: pendant les périodes Sa+1 et Sa+3. Durant ces deux périodes d'existence de la société, celle-ci est en effet surendettée (dès les moments Sa et Sb, respectivement). Le fait que la faillite ne soit déclarée qu'au moment F est indifférent à cet égard⁸⁰.

Qu'en est-il de la condition de la *faute*? Il convient ici de distinguer deux phases. La première est celle qui précède Sb. Elle correspond à l'hypothèse

⁷⁹ En effet, la publicité relative aux difficultés de la société (liée à une éventuelle publication du jugement sur l'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a III CO) peut avoir un impact négatif sur le redressement de la société; voir PETER Henry / PEYROT Aude, *L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois*, in SJ II (2006) n° 1, p. 68.

⁸⁰ Peu importe que ce soit sur requête du conseil d'administration, de l'organe de révision ou d'un tiers.

illustrée dans le schéma b) ci-dessus. L'analyse est en conséquence la même. Partant, dès lors que l'on peut considérer que le conseil d'administration a raisonnablement procédé à la triple analyse prospective que nous avons proposée⁸¹ et que cette analyse, au moment où la question se pose, permet au conseil d'administration de considérer que la société est viable, on ne saurait considérer que son manquement (commis dans le schéma c) pendant la période Sa+1) est fautif. Il en va, en revanche, différemment s'agissant de la phase qui succède au deuxième franchissement du seuil de surendettement (Sb). L'analyse est dans cette hypothèse celle proposée à propos du schéma a) ci-dessus. Le manquement (commis dans le schéma c) pendant la période Sa+3) est alors fautif.

Il convient en d'autres termes de considérer que, dans ce troisième cas de figure (schéma c), la condition de la faute est réalisée, mais seulement dès le deuxième franchissement du seuil (Sb). Comme cela a déjà été observé⁸², cette analyse consacrée à la faute concerne implicitement la causalité du comportement considéré. On peut en effet affirmer que le premier manquement n'est pas causal du dommage en définitive subit (période S+3), mais au contraire du retour (provisoire) à meilleure fortune (période S+2). Le deuxième manquement (ne pas avoir déposé le bilan au moment Sb), en revanche, est causal du dommage qui se matérialise en définitive (période S+3). En d'autres termes encore, le premier manquement – à supposer qu'il soit fautif – n'est de toute manière pas causal du préjudice.

4. *Renversement du fardeau de la preuve*

L'analyse de ces trois hypothèses confirme la difficulté de la question de la responsabilité des administrateurs en cas de dépôt tardif du bilan. Celle-ci est accrue pour les créanciers lésés auxquels incombent le fardeau de la preuve de faits extrêmement complexes, alors qu'ils n'ont pas accès aux informations nécessaires.

Conscient de cette difficulté, en particulier s'agissant de la preuve de la causalité, le Tribunal fédéral a admis dans sa jurisprudence récente qu'en règle générale le rapport de causalité (naturelle et adéquate) doit être présumé. Il a ainsi affirmé que « tout retard dans le prononcé de la faillite est en règle générale préjudiciable à la société » ne serait ce « qu'en raison de l'arrêt du cours des intérêts (art. 209 al. 1 LP) »⁸³. Cette jurisprudence a été

⁸¹ Voir test du bilan, du compte de pertes et profits et des flux financiers.

⁸² Voir *supra* sous VI. B. 2.

⁸³ Arrêt du TF 4P.305/2001 du 18 mars 2002, consid. 2d ; voir également arrêt du TF 4C.130/2001 du 12 février 2002, consid. 2c, dans lequel le TF a admis que la causalité adéquate entre le retard dans le prononcé de la faillite et le dommage social devait généralement être admise.

confirmée dans une décision portant sur la responsabilité de deux avocats administrateurs d'une société faillie, rendue le 27 juin 2006⁸⁴. Dans cet arrêt, les avocats concernés avaient omis de provisionner une prétention découlant d'un contrat de bail conclu avec la société, bien que deux commandements de payer portant sur environ CHF 100 000, respectivement CHF 40 000 eussent déjà été notifiés. Le Tribunal fédéral a considéré que, si ces postes avaient été dûment comptabilisés, la société se serait trouvée en état de surendettement. Le manquement des avocats à leur devoir de se conformer à l'art. 725 II CO avait ainsi conduit à différer le prononcé de la faillite et, partant, à permettre à des nouvelles pertes de s'ajouter aux précédentes. Notre haute Cour a de ce fait conclu que les avocats administrateurs devaient répondre du dommage supplémentaire subi par la société, consistant en la différence entre le découvert constaté dans la faillite de la société et celui (inférieur) qui existait au moment où ils auraient dû aviser le juge. Concernant la condition de la causalité, le Tribunal fédéral a considéré que sa réalisation devait être présumée, car «il est admis que tout retard dans le dépôt du bilan est en règle générale préjudiciable à la société»⁸⁵.

Il convient toutefois de considérer que la présomption de réalisation de la condition de la causalité est réfragable. Il est en d'autres termes loisible aux administrateurs d'apporter la preuve du contraire. Ainsi, dans un cas complexe tel que celui illustré ci-dessus dans le schéma c), l'administrateur qui aura renoncé à son mandat après la première phase de surendettement (période S+1), mais alors que la société était redevenue dans l'intervalle *in bonis* (période S+2), pourra faire valoir que son manquement (ne pas avoir déposé le bilan après le premier surendettement [Sa]) n'a en réalité pas été causal du préjudice en définitive constaté.

5. *Caractère inapproprié du test du surendettement*

Nous ne saurions clore ces quelques réflexions consacrées à la causalité dans l'hypothèse du surendettement sans souligner que la difficulté de la preuve de la causalité est accrue par le fait que notre système de responsabilité est en l'état fondé sur la notion de *surendettement*. Or, la réalité démontre que l'instrument de mesure pertinent pour se prononcer sur les chances de survie d'une société n'est pas son bilan (donc son état d'endettement ou de surendettement), mais son compte de flux financiers (donc son *cash flow*)⁸⁶, et ce

⁸⁴ ATF 132 III 564.

⁸⁵ ATF 132 III 564, 576 consid. 6.3.

⁸⁶ HANDSCHIN Lukas, «Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Sanierungsfall», in RJB 2000, p. 436s.

dans une optique prospective et non pas rétrospective. En effet, une société qui possède des liquidités peut survivre, même si elle est surendettée. En revanche, une société insolvable (c'est-à-dire illiquide) n'échappera que rarement à la faillite, même si elle n'est pas surendettée. Il serait, de ce fait, plus approprié de fonder la responsabilité pour retard dans le prononcé de la faillite sur le concept d'*insolvabilité* – sa réelle cause – plutôt que sur celui de surendettement⁸⁷. Cette constatation a des incidences indéniables tant sur la question du manquement, que sur celle de la faute, mais également et par conséquent sur celle du lien de causalité, tant naturelle qu'adéquate, et ce *de lege lata* déjà.

C. Art. 52 LAVS

Le cas de la responsabilité des administrateurs qui ne procèdent pas au paiement des charges sociales se doit d'être mentionné. Il s'écarte en effet du régime ordinaire de l'art. 754 CO. Cela est dû non seulement au fait qu'il est fondé sur une *lex specialis*, mais surtout en raison des différents principes jurisprudentiels qui ont été développés à son égard par le Tribunal fédéral.

La base légale de cette hypothèse particulière de responsabilité des administrateurs est l'art. 52 LAVS, aux termes duquel :

« L'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. »

Selon le Tribunal fédéral, lorsque l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre à titre subsidiaire aux organes qui ont agi en son nom⁸⁸. La notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle de l'art. 754 I CO. La responsabilité incombe de ce fait non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait⁸⁹.

La première particularité de ce régime de responsabilité est que l'existence d'une *faute* est présumée par le Tribunal fédéral dès qu'un manquement est constaté, c'est-à-dire dès lors que, objectivement, les cotisations sociales n'ont pas été versées. Cette pratique ne peut se prévaloir du texte légal. Elle est d'autant plus curieuse que l'art. 52 LAVS exige une faute grave (ou intentionnelle) et que notre haute Cour considère que la présomption est irréfutable. En d'autres termes, notre plus haute instance considère que toute ab-

⁸⁷ PETER Henry / PEYROT Aude, *L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois*, in SJ II (2006) n° 1, p. 59.

⁸⁸ ATF 132 III 523, 528 consid. 4.5.

⁸⁹ ATF 132 III 523, 528 consid. 4.5.

sence de paiement des charges sociales constitue irréfragablement une faute grave. Le Tribunal fédéral crée ainsi un amalgame entre les concepts de faute (grave) et de manquement, alors qu'en réalité il s'agit de deux conditions qu'il convient de distinguer. Il en résulte *de facto* une objectivation de la responsabilité (responsabilité causale)⁹⁰.

On peut mentionner à titre d'exemple l'ATF 132 III 523, dans lequel un organe de fait a été tenu pour responsable de l'absence de paiement des cotisations sociales par la société, car il avait omis de rendre les administrateurs formels expressément attentifs aux conséquences du non-paiement et de proposer des mesures strictes pour s'assurer que la société s'en acquitte. Le Tribunal fédéral a précisé que « celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs »⁹¹. Concernant la condition de la faute, il a rappelé que « la négligence grave mentionnée à l'art. 52 aLAVS est admise très largement par la jurisprudence »⁹². Notre haute Cour a, de ce fait, conclu que l'organe de fait (*in casu* une société) avait, par sa passivité, « non seulement violé ses obligations, mais s'est montrée gravement négligente au sens où l'entend la jurisprudence en relation avec l'art. 52 aLAVS »⁹³.

Nous avons déjà eu l'occasion d'observer que, dans le contexte de l'action en responsabilité des administrateurs, la question de la faute est souvent directement liée à celle de la causalité. On en trouve ici une autre confirmation. Le Tribunal fédéral estime en effet que le lien de *causalité* entre la passivité des administrateurs, qui ne se sont pas souciés du paiement des cotisations, et le dommage subi par la caisse de compensation doit lui aussi être *présupposé de fait*⁹⁴. Au vu de la sévérité de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il semble même que cette deuxième présomption soit elle aussi irréfragable. Dans l'arrêt mentionné ci-dessus, notre haute Cour a ainsi déclaré: « il s'agit donc d'une situation caractéristique dans laquelle il convient d'admettre, en application de la règle générale dégagée par la jurisprudence, un lien de causalité adéquate entre la passivité de l'organe et le non-paiement des cotisations sociales »⁹⁵.

⁹⁰ FORSTMOSER Peter / SPRECHER Thomas / TÖNDURY Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung*, Zurich / Bâle / Genève 2005, p. 93, n° 281.

⁹¹ ATF 132 III 523, 529 consid. 4.6.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*; arrêt du TF H 111/04 du 5 avril 2006; arrêts du TF H 318/03, H 320/03, H 321/03 du 15 juin 2004; arrêt H 219/03 du 11 novembre 2003; arrêt H 74/02 du 16 juillet 2002.

⁹⁵ ATF 132 III 523, 529 consid. 4.6.

La dernière particularité de ce régime de responsabilité concerne *l'étendue* de la responsabilité. Le Tribunal fédéral considère en effet que les administrateurs répondent non seulement du versement des cotisations courantes, mais également de l'acquittement des cotisations arriérées, et ce même s'agissant de la période durant laquelle ils n'étaient le cas échéant pas encore administrateurs. Selon le Tribunal, « il y a en effet dans les deux cas un lien de causalité entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, de sorte que l'administrateur répond solidairement de tout le dommage en cas de faillite de la société »⁹⁶. La seule exception consentie à ce régime sévère concerne le cas du surendettement. Lorsque la société est déjà surendettée au moment où l'administrateur est entré en fonction, celui-ci ne répond en effet que du dommage résultant de l'augmentation de la dette totale de cotisations sociales envers la caisse jusqu'au moment de la faillite. Dans cette hypothèse, le Tribunal fédéral admet en effet qu'il n'existe pas de lien de causalité entre les cotisations impayées, relatives aux salaires versés avant l'entrée en fonction de l'administrateur, et le dommage subi par la caisse⁹⁷. Ceci s'explique par le fait qu'en cas de surendettement déjà avéré il ne saurait être exigé de l'administrateur nouvellement nommé qu'il favorise un créancier (la caisse de compensation) au détriment des autres. Un tel acte pourrait au demeurant être révoqué. La cause du défaut de paiement des cotisations arriérées n'est pas donc une omission imputable au nouvel administrateur, mais le surendettement préexistant.

Le régime de responsabilité des administrateurs est donc particulièrement sévère en cas d'application de l'art. 52 LAVS, et ce en particulier en conséquence du fait que le lien de causalité y est admis presque par principe. Il en résulte un régime de *causalité automatique* et de responsabilité causale des administrateurs. On peut douter de la légitimité de cette solution. Ne serait-il pas souhaitable que la notion de causalité et son application soit la même en droit civil, en droit pénal et en droit administratif ?

VII. Conclusion

La question de la causalité est particulièrement complexe dans le contexte particulier des actions en responsabilité des administrateurs de sociétés. Ceci explique en partie la rareté des actions entamées et, probablement plus encore, de celles qui sont couronnées de succès.

⁹⁶ Arrêt du TF H 87/04 du 22 juin 2005.

⁹⁷ Arrêt du TF H 96/03 du 30 novembre 2004.

La distinction entre rapport de causalité naturelle et adéquate n'est pas toujours simple à effectuer, au point que même le Tribunal fédéral confond parfois les deux notions. Cette difficulté est accrue lorsque le manquement reproché aux administrateurs est d'avoir omis d'agir. Le raisonnement est dans ce cas hypothétique, ce qui a pour conséquence que l'examen de la causalité naturelle se confond en pratique avec celui de la causalité adéquate. Notre plus haute instance considère que l'ensemble de ce problème relève dans ce cas de la causalité naturelle et qu'il s'agit, partant, d'une question de fait laquelle, en raison de sa nature, échappe à son pouvoir d'examen. Ceci est regrettable et d'ailleurs difficilement compréhensible.

La preuve de la causalité peut être très ardue à apporter, en particulier en présence d'un manquement par omission, car il doit alors être démontré que, si les administrateurs avaient agi, le dommage ne se serait pas produit. Le manquement est dans ce cas la cause en quelque sorte indirecte du dommage. Cette complexité est accrue pour les créanciers lésés lesquels, bien qu'étrangers aux affaires sociales, supportent le fardeau d'une preuve compliquée et qui requiert un accès à des informations dont ils ne disposent pas.

Des problèmes délicats se posent en cas de dépôt tardif du bilan. Dans cette hypothèse, en effet, un manquement objectif aux obligations découlant de l'art. 725 II CO peut ne pas être fautif ou causal du préjudice. L'examen de la causalité est alors par ailleurs complexifié par le fait que le test proposé *de lege lata* (basé sur l'état d'endettement) est fondamentalement erroné, car la cause réelle de la faillite est en général autre, à savoir l'insolvabilité de la société.

En cas de pluralité de responsables, la détermination du lien de causalité entre leurs différents manquements et le dommage s'avère souvent très délicate. Il apparaît à ce propos que ce qui est appelé la solidarité différenciée relève de la problématique de la causalité plutôt que de la faute.

Dans le domaine de la *corporate governance*, l'effet de la répartition des tâches sur la responsabilité des administrateurs et, en particulier, sur la question du lien de causalité est un autre sujet délicat. Il est admis que, en cas de délégation de compétences, la responsabilité des administrateurs délégués est atténuée. En revanche, en cas de constitution de comités, sont controversées tant la question de savoir si la responsabilité des administrateurs qui n'en font pas partie doit être appréciée moins sévèrement, que celle de la base légale d'une telle affirmation.

Ces difficultés constituent autant d'obstacles à l'action en responsabilité des administrateurs. Afin d'éviter que la condition de la causalité ne devienne donc son *talon d'Achille*, il est important qu'elle ne soit pas interprétée de manière trop restrictive par nos tribunaux. En cas d'omission, il est en particulier crucial que le Tribunal fédéral ne considère pas que l'analyse de

la causalité adéquate est une question de fait, avec pour conséquence (précisément) qu'il ne peut l'examiner. A défaut, la responsabilité des administrateurs est *de facto* limitée, ce qui est contraire à l'un des buts affirmés de la réforme du droit de la SA⁹⁸.

A l'inverse, la condition de la causalité ne doit pas non plus être interprétée de manière trop large, comme le fait le Tribunal fédéral lorsqu'il applique l'art. 52 LAVS. Il présume alors en effet irréfragablement tant l'existence d'une faute que celle du lien de causalité. Cette pratique, qui ne peut se prévaloir d'aucune base légale, a pour conséquence, inopportune et difficilement justifiable, l'instauration d'un régime de responsabilité causale.

Il apparaît ainsi en définitive que la jurisprudence du Tribunal fédéral est peu cohérente. Selon qu'il traite de l'action ordinaire en responsabilité des organes ou de celle basée sur l'art. 52 LAVS, son approche est en effet radicalement différente, voire quelque peu schizophrénique. Il est souhaitable qu'il opte pour une voie médiane et uniforme.

⁹⁸ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II 781 n° 132.1.