



Chapitre de livre

2000

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La responsabilité de l'actionnaire majoritaire fondée sur la confiance

Chappuis, Christine

How to cite

CHAPPUIS, Christine. La responsabilité de l'actionnaire majoritaire fondée sur la confiance. In: Responsabilité de l'actionnaire majoritaire : séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires. Chappuis, Christine, Peter, Henry & von Planta, Andreas (Ed.). Genève. Zurich : Schulthess, 2000. p. 67–112. (Publications du Centre d'études juridiques européennes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8424>

La responsabilité de l'actionnaire majoritaire fondée sur la confiance

Christine Chappuis

INTRODUCTION

A côté des moyens évoqués dans les contributions précédentes, la responsabilité fondée sur la confiance offre également un fondement possible à l'action dirigée contre l'actionnaire majoritaire. L'arrêt *Swissair*¹, qui a introduit cette figure juridique nouvelle dans le système suisse de la responsabilité, admet à charge d'une société mère l'obligation de réparer le dommage subi par le partenaire d'une filiale². Le lien entre une société mère et sa filiale repose sur la participation de la première en qualité d'actionnaire majoritaire au sein de l'actionnariat de la seconde³. C'est pourquoi les principes dégagés par la jurisprudence quant à la responsabilité de la société mère, sont sus-

¹ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359 (*Swissair*). L'adoption de la notion de *Konzernvertrauen* s'appuie notamment sur SCHNYDER A. K., RSJ, p. 64 ss, qui lui-même s'inspire de la thèse d'habilitation allemande de REHBINDER, p. 305 ss.

² Au niveau cantonal, l'action était dirigée à la fois contre la société mère (*Swissair Beteiligungen AG*) et la société "grand-mère" (*Swissair Schweizerische Luftverkehr AG*); le recours en réforme au Tribunal fédéral ne concernait cependant que la société mère. Il s'agissait donc d'une situation de confiance placée indifféremment dans la grand-mère et dans la mère, qui justifie la responsabilité de la société mère envers un partenaire de la filiale (cf. GONZENBACH, p. 118 n. 6, 127; BÄR, p. 454). S'agissant d'une confiance placée dans un groupe relativement complexe de sociétés (ici: le groupe *Swissair*), le lésé peut éprouver des difficultés à identifier le défendeur à l'action en dommages-intérêts.

³ Du point de vue du droit des groupes de sociétés, v. BÜREN, SP, p. 14 s., considère que les notions de société mère et de filiale ne sont pas heureuses, car elles se fondent uniquement sur les rapports de participation dont le rôle est secondaire dans la réalité des groupes de sociétés; cet auteur préfère les termes d'"entreprise dominante" et d'"entreprise dominée". La responsabilité fondée sur la confiance peut être transposée aux rapports entre les partenaires d'une entreprise dominée avec l'entreprise dominante, dans la mesure où les conditions posées par la jurisprudence sont réalisées.

ceptibles de régir, de manière plus générale, la responsabilité de l'actionnaire majoritaire lorsque les partenaires de la filiale sont fondés à placer leur confiance dans celui-ci.

En principe, l'obligation de réparer un dommage peut être fondée soit sur la violation d'une obligation, notamment contractuelle (art. 97 CO), soit sur un acte illicite (art. 41 CO), lorsqu'aucune disposition spéciale (par exemple, les art. 752 ss CO) n'est réalisée. L'absence de contrat et d'acte illicite n'a pourtant pas empêché le Tribunal fédéral de reconnaître la responsabilité des défendeurs dans les arrêts *Swissair*, puis *Grossen*⁴. Ces deux arrêts fondamentaux érigent la responsabilité fondée sur la confiance en troisième chef de responsabilité à côté du contrat et de l'acte illicite⁵. L'arrêt *Omni* confirme cette idée lorsqu'il affirme que "la responsabilité de la société mère à l'égard des partenaires en affaires de ses filiales peut résulter d'un contrat, d'un acte illicite ou de la confiance suscitée dans le comportement de la société mère au sein du groupe"^{6, 7}. Ces arrêts ont provoqué un bouleversement du droit de la responsabilité en transformant notre système de responsabilité⁸ à deux piliers, contrat-acte illicite, en un système à trois piliers, contrat-acte illicite-confiance.

⁴ ATF 121/1995 III 350, SJ 1996 197, Pra. 1996 n° 168 p. 613 (*Grossen*).

⁵ MOSER/BERGER, p. 545 et réf. cit. n. 29; SCHWENZER, *Rezeption*, p. 68.

⁶ ATF 123/1996 III 220, JT 1997 I 242, SJ 1998 277, 280 (*Omni*).

⁷ De nombreux arrêts postérieurs se sont référés aux arrêts *Swissair* et *Grossen*; voir par exemple, ATF np du 23 juin 1998, paru in SJ 1999 I 205, 208 ss consid. 3a et b (portée de la responsabilité fondée sur la confiance dans les rapports avec une banque); ATF np du 8 juin 1998, paru in SJ 1999 I 113, 117 consid. 3a ("la responsabilité fondée sur la confiance, qui est omniprésente, impose immédiatement de réparer le dommage provoqué par la confiance justifiée qui s'est trouvée trompée ultérieurement"); ATF 124/1998 III 363, SJ 1999 I 38, 44 consid. 5b (la responsabilité pour renseignements inexacts est soumise de manière alternative aux principes de la responsabilité fondée sur la confiance); ATF 124/1998 III 297, SJ 1998 460, 464, 466 consid. 5c et 6 (*Musikvertrieb*). Cf. également, ATF np du 7 janvier 1999, résumé par LEUENBERGER Christophe, in RJB 135/1999 173 ss, à paraître in SJ 2000 I...; ATF np du 28 janvier 2000, résumé par LEUENBERGER Christophe, in RJB 136/2000 289 ss, à paraître in SJ 2000 I...

⁸ Il convient d'attirer l'attention du lecteur sur une ambiguïté du langage qui tient au terme de "responsabilité" (*Haftung*). Il est entendu ici au sens étroit d'obligation faite à une personne de réparer un préjudice causé à une autre. Le sens est le même lorsqu'il est question de la responsabilité de l'organe de fait. En revanche, dans le cadre du principe de la transparence (*Durchgriff*), il est plutôt question de

L'inquiétude suscitée par cette jurisprudence tient à ses incertitudes qui sont doubles: elles concernent les conditions auxquelles cette responsabilité est subordonnée, d'une part, ses modalités, de l'autre. Les arrêts postérieurs aux affaires *Swissair* et *Grossen* ont tous nié l'existence d'une telle responsabilité, mais ont permis d'en préciser les conditions. En revanche, ses modalités, par exemple la prescription ou la responsabilité pour auxiliaires, n'ont pas été élucidées. Les deux premières parties du présent exposé seront consacrées à la question des conditions et des modalités de la responsabilité fondée sur la confiance; dans la troisième partie, on cherchera à tracer une frontière entre le principe de la transparence (*Durchgriff*) et la responsabilité fondée sur la confiance.

I. Analyse des conditions posées par la jurisprudence

Après avoir analysé les conditions auxquelles la jurisprudence soumet la responsabilité fondée sur la confiance, on s'interrogera sur une possible généralisation des devoirs mis à charge de la société mère dans l'arrêt *Swissair* et qui peuvent être étendus à l'actionnaire majoritaire.

responsabilité au sens large, c'est-à-dire du fait pour une personne d'être obligée par une dette, non de savoir si une personne doit réparer le dommage survenu à une autre. Exemples de responsabilité au sens large: la responsabilité du débiteur solidaire (titre marginal à l'art. 144 CO), de la caution (art. 493 al. 6, 497 al. 3 CO, titre marginal à l'art. 499 CO, etc.), des associés d'une société simple (art. 544 al. 3 CO), en nom collectif (art. 552 al. 1, titres marginaux aux art. 568 et 569 CO) ou en commandite (art. 594 al. 1 et 2, titre marginal à l'art. 605 CO); c'est encore dans le sens large d'obligation aux dettes, et non dans le sens étroit d'obligation de réparer un dommage, que le Tribunal fédéral entend l'expression de responsabilité déduite de la confiance ou *Vertrauenshaftung* dans les arrêts suivants: ATF 120/1994 II 155, 171; 120/1994 II 197, 200, JT 1995 I 194, 197 ("pareille responsabilité") consid. 2b; ATF 123/1996 III 35, 42, JT 1997 I 322, 329. Sur cette distinction, cf. DESCHENAUX/TERCIER, § 1 n° 1 ss; TANDOGAN, p. 54.

A. Rapport particulier de confiance et de fidélité résultant d'attentes éveillées

Dans l'arrêt *Swissair*, le Tribunal fédéral admet la responsabilité de principe d'une société mère (*Swissair Beteiligungen AG*) en raison de la confiance créée chez la demanderesse (*Wibru*) par des déclarations de type publicitaire. *Wibru* s'était fiée à la documentation publicitaire de *IGR* qui faisait état de l'appartenance de celle-ci au groupe *Swissair* pour devenir "membre" de *IGR*, puis avait perdu son investissement dans la faillite de cette société. Tout en donnant droit à la demande en réparation du dommage subi par le client de l'ancienne filiale, le Tribunal fédéral insiste, dans l'arrêt *Swissair* comme dans ses arrêts ultérieurs, sur le fait que les conditions de cette responsabilité sont strictes⁹: "il faut que, par son comportement, la société mère ait provoqué, puis déçu de manière contraire à la bonne foi, des attentes déterminées quant à son rôle et à sa responsabilité dans le groupe"¹⁰. Deux conditions peuvent être déduites de ce passage: il faut qu'en premier lieu la société mère suscite des attentes déterminées chez un tiers et en second lieu qu'elle déçoive ces attentes de manière contraire à la bonne foi.

L'arrêt *Grossen* et l'arrêt *Swissair* précisent que, à l'instar des responsabilités découlant de la "*culpa in contrahendo*" ou de renseignements inexacts, la responsabilité de la société mère suppose l'existence d'un rapport particulier de confiance et de fidélité (*Sonderverbindung*) entre le lésé et le responsable¹¹. Cette précision conduit à se demander si les conditions, dites strictes, d'attentes provoquées puis

⁹ ATF 120/1994 II 331, 336, JT 1995 I 359, 364 consid. 5a (*Swissair*); ATF 121/1995 III 350, 355 consid. 6c (*Grossen*); 123/1996 III 220, SJ 1998 277, 280 (*Omni*); ATF 124/1998 III 297, SJ 1998 460, 466 consid. 6a (*Musikvertrieb*).

¹⁰ ATF 121/1995 III 350, 355 s. consid. 6c (*Grossen*); 124/1998 III 297, SJ 1998 460, 466 consid. 6a (*Musikvertrieb*).

¹¹ ATF 121/1995 III 350, 356 consid. 6c (*Grossen*); ATF 120/1994 II 331, 336, JT 1995 I 359, 363 consid. 5a (*Swissair*). La traduction du dernier arrêt rend difficilement compte de cette condition posée de la manière suivante en allemand: "Wenn Erklärungen der Konzern-Muttergesellschaft bei Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft in dieser Weise Vertrauen hervorrufen, so entsteht deshalb eine dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung [...], aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben [...]".

décues et celle du rapport spécial de confiance et de fidélité doivent être cumulativement réalisées. Une lecture attentive de l'arrêt *Swissair* révèle que c'est le fait d'avoir suscité des attentes au moyen de la publicité qui crée un rapport particulier de confiance du lésé envers la société mère. De manière plus générale, un tel rapport naît lorsque des attentes sont provoquées chez autrui du fait du comportement ou des déclarations du responsable. Une fois ces attentes créées, un rapport particulier de confiance s'établit entre les parties. Ce rapport de confiance interdit que les attentes créées ne soient ensuite déçues.

Dans les termes de l'arrêt *Grossen*, c'est "l'attitude contraire aux règles de la bonne foi [qui] était propre à engager la responsabilité de la défenderesse pour le dommage causé"¹². Cette référence aux règles de la bonne foi permet de comprendre l'exigence du rapport particulier de confiance. En effet, en dehors d'une relation juridique – en particulier contractuelle – préexistante, les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) ne trouvent à s'appliquer que si les parties sont unies par un rapport particulier de confiance¹³. Les arrêts *Swissair* et *Grossen* enseignent que ce rapport peut naître d'un comportement ou de déclarations d'une partie qui suscitent la confiance de l'autre.

En résumé, les conditions suivantes doivent être réalisées:

- le responsable doit éveiller certaines attentes par son comportement,
- de telle sorte qu'entre le lésé et le responsable s'établisse un rapport spécial de confiance et de fidélité,
- il faut ensuite que ces attentes aient été déçues d'une manière contraire au rapport de confiance, c'est-à-dire contrairement aux règles de la bonne foi¹⁴.

¹² ATF 121/1995 III 350, 357 consid. 6d (*Grossen*).

¹³ Cf. *infra*, II.B.1.

¹⁴ Cf. dans un ordre différent, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 982f à h.

B. Attentes dont la déception peut entraîner une responsabilité fondée sur la confiance

Dans le but de mieux comprendre quelles sont les attentes dont la déception peut entraîner une responsabilité fondée sur la confiance à charge de l'actionnaire majoritaire, on s'interrogera d'abord sur la nature des attentes suscitées (1) et la manière de les provoquer (2), puis sur leur objet (3).

1. Légitimité et détermination des attentes éveillées

L'arrêt *Swissair* parle à la fois de "*berechtigtes Vertrauen*", soit de confiance légitime, de "*bestimmte Erwartungen*", d'attentes déterminées et de "*berechtigte Erwartungen*", d'attentes légitimes¹⁵. Les arrêts postérieurs (*Grossen* et *Musikvertrieb*) qui reprennent l'énoncé des conditions mentionnent les termes d'attentes déterminées, mais examinent également la question de savoir si les attentes ou la confiance du lésé sont légitimes¹⁶. On peut dès lors se demander s'il suffit que ces attentes soient déterminées, c'est-à-dire concrètes et précises, ou s'il faut en outre qu'elles soient légitimes.

L'arrêt *Musikvertrieb* confirme ce que l'arrêt *Swissair* laissait entrevoir. D'une part, le comportement incriminé doit être propre à susciter des "attentes suffisamment concrètes et déterminées" de la part du lésé; on ne saurait donc se contenter d'attentes vagues liées à des déclarations publicitaires toutes générales¹⁷. D'autre part, seule la

¹⁵ ATF 120/1994 II 331, 336, JT 1995 I 359, 364 consid. 5a (*Swissair*): "Schutz verdient nicht, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit und Vertrauensseligkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird [...], sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird. Eine Haftung entsteht nur, wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht". Au paragraphe suivant, p. 337, l'arrêt *Swissair* mentionne les termes de "*berechtigte Erwartungen*" (§ 2); le Journal des Tribunaux traduit "*berechtigtes Vertrauen*" au § 2 par "espoir légitime", en omettant "*bestimmte Erwartungen*", et "*Erweckung berechtigter Erwartungen*" au § 3 par "des espoirs légitimement conçus".

¹⁶ ATF 121/1995 III 350, 355 consid. 6b et 356 consid. 6d (*Grossen*); ATF 124/1998 III 297, 304, SJ 1998 460, 466 s. consid. 6a et b (*Musikvertrieb*).

¹⁷ ATF 124/1998 III 297, 304, SJ 1998 460, 466 s. consid. 6a et b (*Musikvertrieb*).

confiance légitime de la victime mérite d'être protégée. Il appartient en effet au partenaire en affaires d'évaluer lui-même la solvabilité de la filiale en vertu du principe *caveat creditor*; il ne peut faire subir de manière générale le risque d'insolvabilité à la société mère. La responsabilité fondée sur la confiance ne doit pas devenir une méthode pour rejeter le risque d'insolvabilité sur la société mère en évitant ainsi de prendre les mesures de précaution qui s'imposeraient¹⁸. Les attentes créées doivent par conséquent être à la fois déterminées et légitimes.

Dans l'affaire *Swissair*, il est jugé que le partenaire de la filiale pouvait concrètement espérer, premièrement, une dotation suffisante en moyens financiers par la société mère, deuxièmement, un contrôle par celle-ci de l'information fournie par la filiale. Alors que la première exigence est considérée comme satisfaite, le Tribunal fédéral retient une omission concernant la seconde, *Swissair* n'ayant pas veillé à une information correcte des partenaires de sa filiale.

Il résulte de cette analyse que l'actionnaire majoritaire, en particulier la société mère, peut être actionné par celui qui a mis sa confiance dans le comportement de l'actionnaire majoritaire au sein du groupe, à condition que celui-ci ait provoqué des attentes déterminées et légitimes chez le lésé, donc soit entré dans un rapport spécial de confiance et de fidélité avec celui-ci, et qu'il ait déçu ces attentes.

2. Manière de provoquer les attentes déterminées et légitimes de tiers

L'arrêt *Musikvertrieb* contient des indications négatives très intéressantes quant à la manière de susciter les attentes de tiers. Il a le mérite d'avoir clairement mis en évidence les éléments qui ne suffisent pas à susciter des attentes déterminées et légitimes. Ni la seule existence d'un rapport de groupe, ni de simples déclarations publicitaires se référant de manière toute générale au rapport de groupe ne sont susceptibles de constituer le fondement d'une responsabilité pour confiance

¹⁸ ATF 124/1998 III 297, 304, SJ 1998 460, 466 consid. 6a (*Musikvertrieb*); ATF 120/1994 II 331, 336, JT 1995 I 359, 364 consid. 5a (*Swissair*).

créée¹⁹. Il faut davantage pour éveiller des attentes suffisamment concrètes et déterminées de tiers.

Le problème est de distinguer les cas dans lesquels la référence à l'existence du groupe dans les documents publicitaires ou sur le papier à lettres est sans effet (*Musikvertrieb*) des cas dans lesquels la responsabilité de la société mère est engagée (*Swissair*). La confrontation de ces deux affaires apparemment similaires dans les faits, mais dont le résultat n'est pas le même, est riche d'enseignements.

L'arrêt *Musikvertrieb* donne deux exemples concrets de références sans effet sur la responsabilité de la société mère: "Une entreprise du groupe Telecolumbus" figurant sur le papier à lettres et la présentation de la filiale comme "une entreprise en pleine expansion du groupe Telecolumbus" dans les brochures publicitaires²⁰. Étant donné que la loi elle-même oblige les groupes à une certaine publicité, ainsi qu'à l'établissement de comptes de groupe (art. 663b ch. 7, 663c, 663e ss CO), on ne pourrait en effet pas admettre que la simple référence à l'existence d'un groupe engendre une responsabilité²¹.

Il faut donc une référence qualifiée par des déclarations qui vont plus loin et qui visent une confiance spécifique des tiers²². La frontière est extrêmement ténue et tient essentiellement aux circonstances du cas concret, ce qui rend toute généralisation difficile. Les éléments de fait qui ont été retenus dans l'arrêt *Swissair* sont intéressants à cet égard. Ces éléments résultent essentiellement de la version originale allemande de l'arrêt. En effet, une phrase qui semble fondamentale n'est pas entièrement traduite. Il s'agit au considérant 3b de la citation

¹⁹ ATF 124/1998 III 297, 304, SJ 1998 460, 466 consid. 6a (*Musikvertrieb*). Cf. dans le même sens, v. BÜREN, RSDA, 56 s.; LUTTER, p. 239 s. La question est également mentionnée par DRUEY, *Groups of companies*, p. 481 s.

²⁰ ATF 124/1998 III 297, 304, SJ 1998 460, 467 consid. 6b (*Musikvertrieb*).

²¹ V. Büren, SP, p. 65; LUTTER, p. 240 (n. 38); DRUEY, RSDA, p. 96 (5c).

²² LUTTER, p. 240. Pour BRECHBÜHL, p. 75 ss, 77, des déclarations de type publicitaire qui s'adressent à un cercle indéterminé de personnes ne sont pas susceptibles de faire naître un rapport particulier de confiance; contra: voir les considérations relatives à la responsabilité pour le prospectus d'émission, *infra* 95.

directe tirée des documents publicitaires de *IGR*: “Überall wo *International Golf and Country Residences* steht, steht *Swissair* darunter. Und selbstverständlich auch dahinter...”²³. Ce jeu de mots “*steht Swissair darunter. Und selbstverständlich auch dahinter*” est difficile à rendre en français: “Partout où se trouve *IGR*, *Swissair* est dessous et bien entendu derrière”. Le Journal des Tribunaux traduit simplement et plus élégamment par “*IGR* bénéficie de l’appui de *Swissair*”. Mais que *Swissair* soit dessous et derrière (*darunter und dahinter*) exprime un lien allant plus loin qu’un simple appui; cela signifie que *Swissair* “assure les arrières”, notamment de manière financière. Cette impression est confirmée plus loin dans le même texte publicitaire lorsqu’il est dit que *IGR* travaille selon les mêmes maximes d’entreprise que sa société mère et que cela a un effet sur sa “*Betreuung und Zuverlässigkeit*”. La traduction française se contente de mentionner le terme de fiabilité (*Zuverlässigkeit*), mais omet *Betreuung*, qui veut dire “soin”. Le texte publicitaire met ici l’accent sur le fait que *IGR* voue à ses affaires le même soin que *Swissair* et que sa fiabilité est dès lors comparable.

Ces documents publicitaires vont au-delà de la simple référence à l’existence du groupe, ils insistent sur la relation de groupe d’une manière telle que le Tribunal fédéral les considère comme remplissant la condition du comportement propre à susciter des attentes déterminées et légitimes de la part de tiers.

3. Objet possible des attentes de tiers

L’idée de la présence de *Swissair* derrière sa filiale et celle du soin et de la fiabilité de *IGR* comparés à ceux de *Swissair* expliquent les deux devoirs que le Tribunal fédéral met à la charge de la société mère, soit le devoir financier et le devoir d’information.

Premièrement, selon l’arrêt, tout tiers prenant connaissance de la brochure publicitaire pouvait admettre que *Swissair* doterait sa filiale de **moyens financiers** suffisants du moins durant le lancement de l’affaire. *Swissair* a satisfait à ce premier devoir en mettant à disposition de *IGR* un capital-actions de 200’000 fr. et un prêt de 50 millions. Le

²³ ATF 120/1994 II 331, 330, JT 1995 I 359, 362 consid. 3a (*Swissair*).

Tribunal fédéral affirme que le tiers ne pouvait attendre davantage de *Swissair*; il ne pouvait notamment pas attendre qu'elle supporte n'importe quel risque d'investissement. Le fait que l'affaire ait périclité faute d'un nombre suffisant de participants ne peut pas lui être imputé.

L'arrêt *Musikvertrieb* offre confirmation de ce point dans le passage suivant: "Le partenaire commercial d'une filiale doit par principe évaluer lui-même la solvabilité de cette dernière et ne peut pas simplement rejeter de manière générale le risque d'insolvabilité sur la société mère. Celle-ci n'est pas, sans examen, garante du succès de l'entreprise fille et ne répond pas, en cas d'échec, pour n'importe quel dommage subi par les partenaires commerciaux de celle-ci. Il n'y a pas lieu de protéger celui qui est victime de sa propre imprévoyance ou de la réalisation d'un risque général lié aux affaires, mais seulement celui dont la confiance légitime est trompée"²⁴. Le devoir de doter la filiale de moyens suffisants est ainsi considéré comme ayant été respecté par *Swissair*²⁵.

Le Tribunal fédéral déduit en second lieu des documents publicitaires que *Swissair* devait veiller à ce que sa filiale fournisse des **informations correctes** aux tiers. Ceux-ci pouvaient conclure de l'intégration de *IGR* dans le groupe *Swissair*, sur laquelle la brochure publicitaire insiste, que *IGR* se comporterait de manière irréprochable dans le traitement de ses affaires, tout comme *Swissair* dans les siennes. Ce devoir de surveillance quant à l'information donnée par la filiale n'a, selon l'arrêt, pas été satisfait.

Pour évaluer l'importance de ce devoir, il est intéressant de se demander quelles informations auraient concrètement dû être données par la filiale sous le contrôle de *Swissair*. L'arrêt mentionne cinq lettres circulaires parvenues aux membres de *IGR* entre décembre 1988 et mars 1990. La première, en décembre 1988, décrivait la situation de l'entreprise d'une manière optimiste et se référait au recrutement de nombreux membres. La seconde faisait état d'une possible collaboration avec un autre groupe, *Euroactividade AG*, et la troisième préci-

²⁴ ATF 124/1998 III 297, 304, SJ 1998 460, 466 consid. 6a (*Musikvertrieb*). Cf. sur ce point, GONZENBACH, p. 125.

²⁵ Selon DRUEY, RSDA, p. 96 (5a), le Tribunal fédéral aurait pu se montrer plus sévère sur ce point; cf. dans le même sens, v. BÜREN, RSDA, p. 57.

sait que *IGR* deviendrait une filiale dudit groupe, dans lequel *Swissair* prendrait une participation minoritaire, tout en annonçant une modification des prestations et en laissant aux membres la liberté d'accepter ou de refuser l'adaptation projetée de leurs contrats. La quatrième lettre circulaire émanait du nouveau contrôlaire (*Euroactividade AG*) et mentionnait à nouveau des projets de développement. La dernière mettait fin aux rapports en promettant le remboursement intégral avec un intérêt de 7%.

Or, au moment de la première lettre déjà, le nombre d'investisseurs était apparemment resté inférieur aux prévisions. Telle était, selon l'arrêt, la véritable raison du retrait de *Swissair*, camouflée par la promesse d'une extension des prestations grâce à la collaboration avec *Euroactividade AG*. Par ailleurs, la possibilité laissée aux membres de mettre fin à leurs contrats aurait été illusoire dans la mesure où ceux-ci ne disposaient pas de l'information qui leur aurait permis de se déterminer en toute connaissance de cause. L'information donnée aurait donc été doublement inexacte: d'une part, elle taisait la situation réelle de *IGR*, voire la décrivait de manière trompeuse, et, d'autre part, *Swissair* n'avait pris aucune participation dans le groupe *Euroactividade AG* contrairement à ce qui avait été annoncé²⁶.

A priori, le raisonnement semble convaincant. On relèvera cependant que les membres ont bel et bien été informés, par la seconde et la troisième lettre circulaire, du fait que *IGR* sortait du groupe *Swissair* soumis à une direction unique, que par conséquent le groupe perdait le contrôle de l'ancienne filiale qu'une prise de participation minoritaire ne suffisait plus à assurer. Sur la question du contrôlaire de *IGR*, l'information était exacte²⁷. Reste l'information donnée dans la première et la troisième circulaire quant à la bonne situation de l'entreprise. Il est permis de douter qu'on puisse réellement attendre de documents publicitaires visant à lancer une affaire que ceux-ci,

²⁶ La description des faits et l'appréciation du Tribunal fédéral se trouvent aux passages suivants de l'arrêt: ATF 120/1994 II 331, 332, 339 s., JT 1995 I 359, 360, 366 s. faits et consid. 5c.bb (*Swissair*).

²⁷ Dans le même sens, la critique de KUZMIC, p. 239 s. Cf. également, GONZENBACH, p. 127 s.

²⁸ AMSTUTZ/WATTER, p. 507, admettent que, moralement, *Swissair* avait le devoir de ne pas taire les difficultés de *IGR*, mais doutent qu'on puisse faire valoir un tel devoir en justice. Cf. également, BRECHBÜHL, p. 80 n. 336.

plutôt que de vanter le produit, fassent état des difficultés rencontrées par l'entreprise²⁸. Une telle stratégie commerciale aurait laissé à désirer. C'est pourquoi l'assise concrète que la jurisprudence donne à la responsabilité de *Swissair* paraît mince.

Quoi qu'il en soit, selon le Tribunal fédéral, les tiers pouvaient, sur la base des documents publicitaires et du papier à lettre de *IGR*, attendre de *Swissair* une dotation initiale suffisante en moyens financiers et une surveillance quant à l'exactitude des informations données.

C. Généralisation à d'autres situations

Avant d'examiner dans quelle mesure les enseignements de l'arrêt *Swissair* peuvent être généralisés, il convient de s'interroger sur les raisons pour lesquelles cette dernière société est rendue responsable de déclarations émanant en réalité de sa filiale.

1. Imputation à la société mère de déclarations émanant de la filiale

Les brochures publicitaires et les lettres à la base de la confiance de *Wibru* n'émanaient pas de *Swissair*, mais de *IGR*, ce qui n'empêche pas leur imputation à *Swissair* sans autres développements²⁹. Le Tribunal fédéral se contente de constater que *Swissair* ne prétendait pas s'être distancée à l'égard de *Wibru* des déclarations figurant dans les textes publicitaires de *IGR*, et qu'elle ne contestait pas que le papier à lettre et lesdits textes avaient été imprimés avec son accord. Au vu de quoi, ces déclarations sont imputées à la société mère³⁰. Plus loin, l'arrêt fait de même avec les circulaires envoyées aux membres, dont le contenu est opposable à *Swissair* pour la simple raison que celle-ci ne nie pas en avoir eu connaissance. Cette imputation se limite néan-

²⁹ ATF 120/1994 II 331, 335, 338, 340, JT 1995 I 359, 362, 365, 366 consid. 3b, 5b et 5c.bb (*Swissair*).

³⁰ Critiques à cet égard, AMSTUTZ/WATTER, p. 505 (IIIa), 506 s. (III d)

moins à la période pendant laquelle *IGR* était encore une filiale du groupe et ne survit pas à la perte du contrôle.

Par le biais de cette imputation, l'arrêt met à la charge de la direction du groupe un véritable devoir de contrôler et de surveiller les sociétés membres du groupe, en particulier quant à l'information qui est donnée par ces dernières; un devoir dont la violation peut être invoquée par des tiers, comme les partenaires en affaires des filiales, un devoir donc dont le cercle des bénéficiaires dépasse les limites internes du groupe. Cette question, controversée en doctrine³¹, méritait davantage que les quelques lignes qui lui sont consacrées à la fin d'un paragraphe. Elle sera brièvement abordée ci-après.

2. Généralisation des devoirs financier et d'information

Les considérations du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Swissair* amènent nécessairement à se demander si les deux devoirs, financier et d'information, mis à charge de la société mère peuvent être généralisés. Cela revient à s'interroger sur l'existence générale de devoirs incombant à toute société mère (actionnaire majoritaire) envers les partenaires de ses filiales, devoirs tendant, d'une part, à une dotation suffisante en capital et, d'autre part, à une information exacte sur les rapports de groupe et la marche des affaires.

Une certaine prudence s'impose à cet égard³². Les deux devoirs attribués à *Swissair*, la mise à disposition des fonds nécessaires et l'information exacte, sont en relation directe avec le contenu des documents publicitaires. Dans cette mesure, la situation est unique. Cela ne signifie pas que la responsabilité d'une société mère (actionnaire majoritaire) ne puisse pas, à l'avenir, être engagée sur cette même base. Il est cependant indispensable d'examiner soigneusement le comportement dont les attentes peuvent être déduites, spécialement le contenu des documents publicitaires lorsque des attentes sont fondées sur de tels documents. Le tiers ne peut en effet se prévaloir d'un devoir à son égard que si le comportement du responsable a suscité des atten-

³¹ DRUEY, RSDA, p. 97 (5d), tient cette imputation pour inquiétante du point de vue des groupes de sociétés.

³² Cf. DRUEY, RSDA, p. 96 s. (5d); GONZENBACH, p. 130.

tes telles qu'un rapport spécial de confiance et de fidélité s'est noué entre eux.

En ce qui concerne le devoir d'informer, il ne saurait être question pour la direction de surveiller chaque lettre émanant des différentes sociétés membres du groupe. Le contrôle sur lequel peut compter le tiers devrait se limiter aux grandes lignes³³. L'art. 716a CO qui fixe les attributions inaliénables du conseil d'administration peut servir de ligne directrice à cet égard. Selon le chiffre 1 de cette disposition, le conseil d'administration exerce la haute direction de la société et établit les instructions nécessaires, ce qui, dans le cas d'un groupe de sociétés, peut concerner de manière indirecte les filiales. De même, le chiffre 5 qui attribue au conseil d'administration l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion peut viser, dans l'hypothèse du groupe, les personnes chargées de la gestion de la filiale, notamment dans le but de s'assurer qu'elles observent les instructions données. Si l'on en croit l'arrêt *Swissair*, la publicité au sens large — papier à lettre, brochures publicitaires — ainsi que les communications adressées aux membres, sont susceptibles de faire partie de la surveillance qu'une société mère doit exercer sur les sociétés dominées³⁴. La société mère a ainsi le devoir de veiller à ce que sa filiale n'informe pas de manière trompeuse ses partenaires en affaires sur la marche de l'entreprise comme sur les rapports de groupe. La généralisation de l'obligation d'informer, ainsi circonscrite, semble bien acceptée par certains auteurs³⁵.

La généralisation du devoir de capitaliser suffisamment les filiales comporte un double aspect. Au moment de la constitution de la filiale, les dispositions relatives au capital minimum (art. 621 CO) et à sa libération (art. 632 CO) doivent être respectées. Le Tribunal fédé-

³³ V. BÜREN, SP, p. 65, 188, RSDA, p. 57; DRUEY, RSDA, p. 97 (5d). Pour GONZENBACH, p. 127 ss, très critique sur ce point, il s'agit d'une "*höchst bemerkenswerte Lektorierungsverpflichtung*" (p. 128).

³⁴ Dans ce sens, SCHNYDER A. K., *Kollisionsrecht*, p. 491, admet qu'il incombe à la société mère de mettre fin à une publicité trompeuse et, le cas échéant, d'informer directement elle-même les tiers.

³⁵ NOBEL, p. 64, considère qu'il n'est pas permis de laisser subsister une image fautive ou trompeuse d'une situation économiquement relevante et de causer par là un dommage à autrui. Il s'agirait là d'une pensée générale toujours mieux acceptée. Cf. également, FELLMANN, p. 101.

ral construit apparemment un devoir de la société mère (actionnaire majoritaire) à l'égard des tiers allant au-delà des exigences légales en la matière, lorsqu'il affirme que le tiers était en droit d'espérer que la société mère mettrait à disposition de sa filiale les fonds nécessaires pour assurer le succès de la phase initiale³⁶. Etant donné la mise à disposition de la filiale d'un capital-actions de 200'000.- fr. et d'un prêt d'actionnaire de 50 millions de francs, *Swissair* n'aurait pas déçu la confiance mise en elle sur ce point. On peut se demander si l'arrêt autorise la déduction *a contrario* selon laquelle la responsabilité peut être engagée du fait de la violation de ce devoir³⁷. Une autre question est de savoir si, outre le devoir de capitalisation initiale, un devoir supplémentaire ultérieur pourrait être mis à charge de la société mère. Ce devoir se heurterait cependant à l'art. 680 CO qui prévoit que les actionnaires ne peuvent être tenus à des prestations supplémentaires. Un tel devoir de la direction du groupe à l'égard des tiers semble difficile à admettre en l'état³⁸. L'arrêt, il est vrai, ne va pas aussi loin, puisqu'il considère que les tiers étaient en droit d'espérer une mise à disposition suffisante de capitaux seulement dans la phase initiale.

En conclusion de cette première partie, on peut retenir que la responsabilité de l'actionnaire majoritaire (société mère d'un groupe) peut être engagée aux conditions suivantes, tirées de la jurisprudence: premièrement, le comportement de l'actionnaire majoritaire a éveillé les attentes déterminées et légitimes du lésé, deuxièmement, il a fait naître un rapport particulier de confiance entre eux, puis, troisièmement, les attentes suscitées ont été déçues contrairement à ce rapport particulier de confiance. La responsabilité est par ailleurs soumise aux conditions générales du dommage et du rapport de causalité entre la déception des attentes et le dommage, ainsi que cela ressort de l'arrêt *Grossen*³⁹.

³⁶ ATF 120/1994 II 331, 332, 338, JT 1995 I 359, 365 consid. 5b.aa (*Swissair*).

³⁷ V. BÜREN, SP, p. 187, ne l'exclut pas. Critique, KUZMIC, p. 236 ss.

³⁸ Cf. KUZMIC, p. 240 s., 244. AMSTUTZ/WATTER, p. 506 (IIIb), déplorent le manque de clarté du devoir mis à charge de *Swissair* au plan financier; également critique, GONZENBACH, p. 127.

³⁹ ATF 121/1995 III 350, 357 consid. 7a (*Grossen*).

II. Modalités de la responsabilité fondée sur la confiance

Les modalités de la responsabilité fondée sur la confiance — on entendra par là la responsabilité pour auxiliaires, la nature du dommage, l'exigence de la faute et de la causalité, la prescription — n'ont pas été développées par les arrêts qui en traitent. Dans le but d'augmenter la prévisibilité de la jurisprudence dans ce domaine, il vaut la peine de s'y arrêter brièvement. Si la responsabilité fondée sur la confiance avait été attribuée soit au domaine délictuel (art. 41 CO) soit à celui de l'inexécution d'une obligation (art. 97 CO), ces questions auraient trouvé une solution toute naturelle dans les règles applicables à l'un ou à l'autre domaine.

Le choix devrait en principe se faire entre ces deux types de responsabilité. Pourtant, le Tribunal fédéral refuse l'un et l'autre, se contentant d'une "généralisation" des principes relatifs à la *culpa in contrahendo*⁴⁰. Par le passé, notre Haute Cour avait renoncé à fixer définitivement la nature juridique de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*. Elle admet aujourd'hui qu'il s'agit d'un chef de responsabilité spécial (*sui generis*), auquel on applique la prescription annuelle de l'art. 60 CO et les règles sur la responsabilité du fait des auxiliaires (art. 101 CO)⁴¹. Dans cette optique, la *culpa in contrahendo* est transformée en un cas particulier de responsabilité fondée sur la confiance⁴².

A. Déductions tirées de la jurisprudence

Après avoir examiné quelles sont les règles qui, d'après les déductions qui peuvent être tirées des arrêts *Swissair* et *Grossen*, régissent

⁴⁰ Le texte allemand de l'arrêt utilise les termes de "*Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo*": ATF 120/1994 II 331, 335, JT 1995 I 359, 363 consid. 5a (*Swissair*).

⁴¹ ATF 121/1995 III 350, 354 s., consid. 6c (*Grossen*). Pour la jurisprudence antérieure, cf. ATF 104/1978 II 94, JT 1978 I 556, 557; ATF 108/1982 II 419, JT 1983 I 204, 206. Sur toute cette question, cf. KRAMER, Allg. Einl. n. 132 ss et réf. cit.

⁴² ATF 121/1995 III 350, 355, consid. 6c (*Grossen*).

la responsabilité fondée sur la confiance, on s'arrêtera brièvement sur un concept allemand, celui du rapport légal de protection uniforme, qui semble faire son chemin aussi bien dans une partie de la doctrine que dans la jurisprudence.

1. Règles applicables à la responsabilité fondée sur la confiance

Faute de précisions à ce jour, on peut probablement déduire de la "généralisation" des règles relatives à la *culpa in contrahendo* que le Tribunal fédéral appliquerait les principes dégagés en cette matière à la responsabilité pour confiance créée.

a) *La prescription*

Il s'ensuit tout d'abord que la prétention en dommages-intérêts serait soumise à la prescription annale de l'art. 60 CO⁴³. D'un autre avis, BRECHBÜHL⁴⁴ considère comme dépassée la décision par laquelle le Tribunal fédéral tranche en faveur de la prescription courte⁴⁵ car, selon lui, l'arrêt *Swissair* interdirait dorénavant la qualification délictuelle de la *culpa in contrahendo*. Le Tribunal fédéral applique toutefois les règles délictuelles à la prescription sans pour autant se prononcer sur la nature juridique de la *culpa in contrahendo*. Si un enseignement peut être tiré de l'arrêt *Swissair* sur cette question, il faut plutôt y voir une confirmation de l'attachement de nos juges à la théorie préconisée par JÄGGI⁴⁶. Selon cet auteur, la responsabilité pour *culpa in contrahendo* ne doit pas être soumise aux art. 41 ss CO ou aux art. 97 ss CO, mais constitue une responsabilité *sui generis* à laquelle sont

⁴³ La question était posée dans l'ATF np du 7 janvier 1999 c. 4b, mais n'a pas dû être tranchée car les responsables avaient invoqué tardivement la prescription.

⁴⁴ BRECHBÜHL, p. 94 et n. 392.

⁴⁵ ATF 104/1978 II 94 s. (fr.).

⁴⁶ JÄGGI, n. 592, 593 ss ad art. 1 CO. Cf. également GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 975 ss, 981 s.; KOLLER, n° 1768 ss. Pour la qualification contractuelle, cf. notamment, SCHWENZER, n° 48.01 ss, 48.07; pour la qualification délictuelle, cf. notamment, MERZ, § 3 n° 152.

applicables les règles les mieux adaptées en fonction du cas d'espèce. Pour la prescription, le délai court de l'art. 60 CO a ainsi été jugé mieux adapté à cette responsabilité que le délai de dix ans de l'art. 127 CO.

b) La responsabilité du fait des auxiliaires

En outre, suivant toujours la même "généralisation", la responsabilité pour les auxiliaires devrait être fondée sur l'art. 101 CO. C'est une omission qui est ici reprochée à *Swissair*, à la fois dans la surveillance et dans l'information fournie, deux activités qui relèvent de la direction unique et qui seraient plutôt le fait des organes de la société mère que celui de ses auxiliaires. La responsabilité pour auxiliaires (art. 101 CO) paraît donc exclue dans un cas de ce type, la société mère répondant de l'omission de ses organes sur la base des art. 97 al. 1 CO et 55 al. 2 CC.

Par ailleurs, admettre l'application de l'art. 101 CO à la responsabilité du fait des auxiliaires revient à nier la qualification délictuelle de la responsabilité personnelle de l'auxiliaire, ce qui signifie que celui-ci ne pourrait pas être tenu pour personnellement responsable envers le lésé (sauf si l'auxiliaire entre lui-même dans un rapport particulier de confiance avec le lésé⁴⁷). L'auxiliaire n'assume en effet, dans cette hypothèse, aucune obligation personnelle dont la violation serait soumise à l'art. 97 al. 1 CO, car l'obligation incombe au seul débiteur. Il en va de même pour l'organe qui a omis d'agir, mais n'assume aucune responsabilité personnelle de ce fait (l'art. 55 al. 3 CC n'étant pas applicable).

c) Le dommage

Pour ce qui est du dommage subi par le partenaire de la filiale de *Swissair*, il consiste, conformément au considérant 7 non publié⁴⁸, dans la différence entre le dividende perçu par *Wibru* dans la faillite de *IGR*

⁴⁷ ATF np du 28 janvier 2000 c. 3a.

⁴⁸ L'arrêt renvoie la cause à l'instance cantonale précisément sur la question du calcul du dommage.

et le montant qu'elle aurait obtenu si elle avait interrompu la relation d'affaires à temps, soit immédiatement après la vente de *IGR* à Euroactividade AG. En effet, si *Wibru* avait été bien renseignée, elle aurait renoncé au contrat et exigé le remboursement du montant qu'elle avait payé⁴⁹. Son patrimoine hypothétique serait augmenté de la somme correspondant au remboursement de sa part, plus élevé donc que son patrimoine actuel qui ne comprend que le versement du dividende.

La question de savoir si le dommage dont la réparation peut être demandée sur la base de la responsabilité pour confiance créée correspond à l'intérêt positif ou négatif est controversée. Si l'on poursuivait le jeu des déductions tiré de la *culpa in contrahendo*, on serait tenté de trancher en faveur de l'intérêt négatif⁵⁰. Dans ce sens, BRECHBÜHL⁵¹ considère qu'il ne serait pas admissible d'accorder au lésé l'intérêt positif, pour éviter de donner à un rapport sans manifestations de volonté la même portée qu'à un rapport fondé sur une manifestation concordante des volontés. En revanche, SCHNYDER⁵² se prononce en faveur de l'intérêt positif.

On peut objecter à ces deux prises de position le fait que la distinction entre intérêt positif et négatif joue essentiellement un rôle lorsqu'il est question d'un contrat dont on se demande s'il est venu à chef ou non, nul, invalidé ou résolu. Or dans le cas qui nous occupe, aucun rapport précontractuel ou contractuel, même normatif, ne lie les parties. L'intérêt à ne pas avoir conclu le contrat ou, au contraire, l'intérêt à ce que le contrat soit bien exécuté n'ont pas de sens dans la mesure où il n'a jamais été question de la conclusion du moindre contrat entre le partenaire de la filiale et *Swissair*.

C'est pourquoi, abandonnant le schématisme parfois lié à cette distinction, on recherchera quel est, tout à fait concrètement, le dommage résultant de la déception des attentes suscitées, c'est-à-dire de la violation du devoir fondé sur les règles de la bonne foi. Il s'agit donc

⁴⁹ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 367 consid. 6 (*Swissair*).

⁵⁰ Pour la *culpa in contrahendo*, cf. ENGEL, p. 754; SCHWENZER, n° 47.13; KOLLER, n° 1778.

⁵¹ BRECHBÜHL, p. 95, selon qui le lésé doit être placé dans la situation qui serait la sienne si sa confiance n'avait pas été suscitée. KUZMIC, p. 220, estime également que seul l'intérêt négatif doit être réparé. Dans le même sens en droit allemand, REHBINDER, p. 327 ss.

⁵² SCHNYDER A. K., RSJ, p. 65.

de comparer l'état actuel du patrimoine du lésé avec l'état dans lequel ce patrimoine se trouverait si le devoir, par exemple d'information, avait été bien exécuté. La question à résoudre est par conséquent celle de savoir ce qu'aurait fait le lésé s'il avait été bien informé à la fois sur la marche des affaires de la filiale et le retrait complet de la société mère. C'est précisément ainsi que procède le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Swissair* lorsqu'il admet que si les attentes de *Wibru* n'avaient pas été déçues, c'est-à-dire si *Swissair* l'avait correctement renseignée, *Wibru* aurait dénoncé le contrat la liant à *IGR* à temps et n'aurait pas perdu son investissement dans la faillite de cette dernière⁵³.

Ce calcul du dommage peut être rapproché de celui auquel procède l'arrêt *Crédit Suisse*⁵⁴, statuant également sur les conséquences de l'inexécution d'une obligation d'informer. Dans cette affaire, l'obligation d'informer reposait sur un contrat conclu avec la banque qui avait proposé à son client étranger certains placements sans l'avertir du fait que ceux-ci étaient soumis au paiement de l'impôt anticipé et à l'intérêt négatif prévu par la législation fiscale et monétaire. Dans l'arrêt *Crédit Suisse*, le mandant est admis à faire valoir son intérêt à l'exécution de cette obligation d'informer et à demander la réparation du dommage qu'il aurait évité s'il avait été renseigné exactement et complètement⁵⁵.

En réalité, le dommage résultant de la violation d'une obligation d'informer est couvert aussi bien par l'intérêt positif que par l'intérêt négatif. En effet, si le lésé n'était pas entré en pourparlers avec le responsable (intérêt négatif), ce dernier n'aurait pas eu l'occasion de violer un devoir d'information, partant de causer un dommage du fait du mauvais renseignement ou de l'absence de renseignement au premier; quant à l'hypothèse où le contrat, c'est-à-dire le devoir d'informer, aurait été bien exécuté (intérêt positif), le dommage résultant du

⁵³ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 367 consid. 6 (*Swissair*). Cf. sur cette question, CHAPPUIS, *Insolvenze*, p. 87 ss.

⁵⁴ ATF 110/1984 II 360, JT 1985 I 130, 141 ss consid. 5.

⁵⁵ ATF 110/1984 II 360, JT 1985 I 130, 143 consid. 5b. Cf. dans le même sens, l'ATF 124/1997 III 155, SJ 1998 689, 699 consid. 3d, concernant les conséquences dommageables d'une omission, dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune, consistant en un manque d'information suffisante au client quant au risque de perte et à l'influence des commissions sur les chances de gain.

mauvais renseignement ou de l'absence de renseignement aurait également été évité.

Le dommage résultant de la violation d'un devoir d'informer – quel qu'en soit le fondement – est apprécié de la même manière dans les deux cas, c'est-à-dire en fonction de l'incidence concrète de la mauvaise information sur la situation patrimoniale du lésé. Il s'agit de déterminer ce qu'aurait fait la victime si elle avait été bien informée⁵⁶, de manière à permettre la comparaison entre l'état du patrimoine dans l'hypothèse où la victime aurait été bien informée et l'état actuel du patrimoine. C'est sur cette question que le Tribunal fédéral renvoie l'affaire pour compléter le dossier aussi bien dans l'arrêt *Swissair* que dans l'arrêt *Crédit Suisse*⁵⁷.

d) *Le lien de causalité*

Le raisonnement quitte insensiblement le terrain du calcul du dommage pour celui de la causalité, condition générale de toute action en responsabilité, à laquelle la responsabilité fondée sur la confiance est également soumise⁵⁸. Le lésé doit ainsi établir l'existence d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre le dommage qu'il subit et le comportement du responsable. L'arrêt *Swissair* pose deux problèmes de fait à cet égard. Premièrement, certains membres de *IGR*, qui avaient profité de l'offre de remboursement figurant dans le courrier les informant de la cession de *IGR* à *Euroactividade AG*, ont été remboursés de leur investissement⁵⁹. Deuxièmement, *IGR* a tenté à deux reprises de rembourser la part de *Wibru*, mais en vain, l'adresse du paiement étant incomplète⁶⁰. Ces faits ne sont pas indifférents du point de vue

⁵⁶ Dans le même sens, WIEGAND, Ad-hoc Publizität, p. 167.

⁵⁷ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359 consid. 7 (non publié; *Swissair*); ATF 110/1984 II 360, JT 1985 I 130, 143 s. consid. 5b (*Crédit Suisse*).

⁵⁸ ATF 121/1995 III 350, 357 consid. 7a (*Grossen*); ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 367 consid. 6 (*Swissair*). Cf. WIEGAND, Ad-hoc Publizität, p. 167.

⁵⁹ KUZMIC, p. 240.

⁶⁰ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359 (partie non publiée du consid. 6; *Swissair*); le Tribunal fédéral considère ce fait comme indifférent, sauf dans l'hypothèse où *Wibru* elle-même aurait donné une adresse de paiement inexacte, auquel cas l'absence de paiement lui aurait été imputable. Le jugement cantonal ne contient aucune constatation de fait à cet égard.

de la causalité, dans la mesure où ils pourraient amener à considérer que si *Wibru* n'a pas obtenu le remboursement c'est parce qu'elle avait omis de le demander ou indiqué une adresse de paiement incomplète. Lors même que ces éventuelles omissions de *Wibru* n'auraient pas eu pour effet d'interrompre la relation de causalité adéquate, elles auraient pu entrer en considération du point de vue de la faute concomitante (art. 44 al. 1 CO).

Par ailleurs, l'affirmation du Tribunal fédéral, fondée sur l'expérience générale de la vie, selon laquelle la demanderesse aurait renoncé à maintenir son contrat en vigueur et exigé le remboursement immédiat de la somme qu'elle avait payée si elle avait connu la véritable situation de *IGR*⁶¹ a été critiquée⁶². Alors, que l'arrêt *Crédit Suisse* avait précisément renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour déterminer ce qu'aurait fait la cliente de la banque si elle avait été bien renseignée⁶³, le Tribunal fédéral se contente, dans l'arrêt *Swissair*, d'invoquer l'expérience générale de la vie⁶⁴.

Il est intéressant de signaler ici une condition mentionnée en outre par WIEGAND⁶⁵ selon lequel le lésé, pour être protégé dans sa confiance, doit effectivement avoir fait confiance aux déclarations ou au comportement du responsable. Il ne suffirait par conséquent pas d'établir que les déclarations ou le comportement du responsable étaient généralement propres à créer une situation de confiance, il faudrait de plus que le lésé démontre avoir eu une connaissance effective de ces déclarations ou de ce comportement et s'y être fié. Cette condition serait proche de celle de la causalité, mais ne devrait pas être confondue avec celle-ci.

C'est oublier que la causalité entre le dommage et le comportement du responsable, soit la déception des attentes suscitées, avant d'être adéquate, doit être naturelle. A ce titre, il faut se demander si le

⁶¹ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 367 consid. 6 (*Swissair*).

⁶² GONZENBACH, p. 129.

⁶³ Cf. ATF 110/1984 II 360, JT 1985 I 130, 143 consid. 5b (*Crédit Suisse*).

⁶⁴ Dans l'ATF 124/1997 III 155, SJ 1998 689, 699 consid. 3d (cf. *supra*, n. 55), le Tribunal fédéral se fonde également sur l'expérience générale de la vie pour admettre que "le demandeur ne se serait pas laissé entraîner par la défenderesse dans des opérations spéculatives, si celle-ci l'avait informé de façon adéquate".

⁶⁵ WIEGAND, Ad-hoc Publizität, p. 163.

comportement du prétendu responsable est la condition *sine qua non* du dommage. Or, si les attentes du lésé reposent en réalité sur d'autres faits que ce comportement, par exemple des déclarations de tiers ou sur l'indifférence propre du lésé quant à la situation financière de la société à laquelle il se lie, le lien de causalité naturelle entre le comportement ou les déclarations du prétendu responsable et les attentes du lésé fait défaut. Ce comportement ou ces déclarations sont "dépassés" par un autre élément causal, comme des déclarations de tiers qui pourraient éventuellement fonder la responsabilité de ces derniers. Dans le premier cas, la causalité entre le comportement ou les déclarations du prétendu responsable est "dépassée", donc inexistante, dans le second, elle est dépassante et peut entraîner l'obligation de réparer le dommage si elle remplit les conditions d'un chef de responsabilité⁶⁶.

La question énoncée par WIEGAND se pose par conséquent dans le cadre de l'examen de la causalité naturelle. Dans l'arrêt *Swissair*, ce problème est résolu par la constatation du fait que *Wibru* s'est engagée envers *IRG* en se fiant aux lettres et documents publicitaires⁶⁷. Une fois la causalité naturelle établie, il faut encore rechercher, de manière non plus concrète mais abstraite, si le comportement ou les déclarations considérés étaient, selon l'expérience générale de la vie, propres à entraîner un dommage du genre de celui qui s'est produit.

e) La faute

Quant à l'exigence de la faute, elle n'est pas mentionnée en tant que telle par l'arrêt *Swissair*, ni par les arrêts ultérieurs. Si l'on se réfère au modèle que s'est donné le Tribunal fédéral, soit la *culpa in contrahendo*, la faute devrait figurer au nombre des conditions générales de la responsabilité⁶⁸. D'ailleurs, dans les deux arrêts admettant la responsabilité, cette condition était remplie, sinon examinée, le premier défen-

⁶⁶ Sur les notions de causalité dépassée et dépassante, cf. DESCHENAUX/TERCIER, § 4 n° 20 ss.

⁶⁷ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 365 consid. 5b (*Swissair*).

⁶⁸ Pour la *culpa in contrahendo*, cf. ATF 105/1979 II 75, JT 1980 I 66, 70 s. consid. 2a; SCHWENZER, n° 47.06; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 967 s; ENGEL, p. 753; KOLLER, n° 1774. Cf. à ce sujet, l'avis nuancé de LOSER, p. 91.

deur, *Swissair*, ayant agi par négligence et le second, la *Fédération Suisse de Lutte Amateur*, de manière intentionnelle.

Le modèle jurisprudentiel de la *culpa in contrahendo* laisse ouverte la question de savoir si la faute doit être présumée comme elle l'est à l'art. 97 al. 1 CO. On peut admettre que le comportement consistant à éveiller des attentes chez autrui puis à les décevoir d'une manière contraire aux règles de la bonne foi pourra dans la règle être reproché à faute à son auteur⁶⁹, ce dernier ayant au moins agi par négligence. Peut-être faut-il voir là une indication dans le sens de la faute présumée, conformément à ce que retient une partie de la doctrine en matière de *culpa in contrahendo*⁷⁰.

2. La théorie du rapport légal de protection uniforme

En instituant une responsabilité fondée sur la confiance, le Tribunal fédéral, avec l'appui de bon nombre d'auteurs, a adopté la théorie allemande du "*einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis*" (ou "*Schuldverhältnis*")⁷¹, soit littéralement "rapport légal de protection uniforme". Cette théorie, dont l'adoption est proposée par KRAMER⁷² pour le droit suisse, tend à donner un fondement juridique commun à tous les devoirs de protection (ou de comportement) incombant aux parties dès l'entrée en pourparlers jusqu'à la fin du contrat, voire au-delà. Ce fondement juridique se trouverait dans un rapport légal de protection uniforme tiré de l'art. 2 al. 1 CC, qui permettrait de traiter de la même manière la violation de devoirs de protection fondés sur

⁶⁹ SCHNYDER A. K., *Kollisionsrecht*, p. 491.

⁷⁰ Pour la *culpa in contrahendo*, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 967 et 982k; KRAMER, *Allg. Einl.* n. 141.

⁷¹ ATF np du 8 juin 1998, paru in SJ 1999 I 113, 117 consid. 3a in fine (*obiter dictum*); tendance confirmée dans l'ATF np du 23 juin 1998, paru in SJ 1999 I 205, 207 consid. 3a. Pour la doctrine, cf. TERCIER, p. 11 s.; MOSER/BERGER, p. 546 ss; LOSER, p. 90 s.; WIEGAND, *recht*, p. 86; n. 10 ss ad art. 97-107 CO; MOSER, p. 92 et l'appréciation nuancée de WEBER, n. 48 s. *Vorb. zu Art. 97-109*, n. 78 ss ad art. 97 CO. Cf. sur ces questions, l'analyse de MORIN, p. 167 ss.

⁷² KRAMER, *Allg. Einl.* n. 142 ss. Cf. également, SCHNYDER A. K., *RSJ*, p. 64 ss, qui est cité par le Tribunal fédéral (ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 363 consid. 5a, *Swissair*), pour ce qui concerne le *Konzernvertrauen*; plus récemment, WALTER, p. 282 s. *Contra*: SCHWENZER, n° 5.02; HONSELL, § 4 n° 22.

un contrat s'avérant nul ou invalidé, la *culpa in contrahendo*, la violation positive du contrat, de même que le problème de l'effet du contrat pour les tiers⁷³.

L'inutilité de cette théorie pour le droit suisse a déjà été démontrée ailleurs⁷⁴: les art. 41 et 97 CO qui sanctionnent la violation de devoirs – généraux ou particuliers – quel que soit leur fondement, suffisent à assurer la protection nécessaire. Son danger est de perturber le système existant, en favorisant l'émergence de cas de responsabilité en dehors de ce système et, par voie de conséquence, d'effacer la frontière entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité pour inexécution d'une obligation⁷⁵. Les conséquences de l'adoption de cette théorie ne sont d'ailleurs pas claires dans la doctrine. D'après KRAMER⁷⁶, les devoirs de protection peuvent prendre la forme soit de devoirs particuliers et sont proches du droit contractuel, soit de devoirs généraux et sont alors soumis aux principes extra-contractuels. En revanche, WIEGAND⁷⁷ soumet l'ensemble de la question au droit contractuel.

Le Tribunal fédéral s'est récemment⁷⁸ montré favorable à cette théorie qu'il désigne en français par les termes de "rapport de protection uniforme" en exposant qu'elle permet d'indemniser la confiance déçue à tous les stades (avant la conclusion du contrat, durant son exécution, après son extinction). On ignore cependant si le débat est ainsi placé sur le terrain délictuel, celui de l'inexécution d'une obligation ou s'il est maintenu en dehors du système. Cette manière de repousser le problème sans l'affronter ne peut qu'être regrettée.

⁷³ WIEGAND, *recht*, pp. 88, 89 ss; BaK-WIEGAND, *Einl. zu Art. 97-109 n. 5, 13, n. 35 ad art. 97 CO*. Selon KRAMER, *Allg. Einl. n. 147*, cette théorie résoudrait également la question de la responsabilité pour renseignements inexacts et pour certificat de travail incomplet.

⁷⁴ CHAPPUIS, *Mélanges*, p. 243 ss. Se prononcent également contre cette construction: SCHWENZER, n° 5.02, au motif qu'elle cache les problèmes bien plus qu'elle ne les éclaire; HONSELL, § 4 n° 22. Nuancé: WEBER, n. 86 s. ad art. 97 CO.

⁷⁵ KUZMIC, p. 148; HONSELL, § 4 n° 22.

⁷⁶ KRAMER, *Allg. Einl. n. 148 et 149*.

⁷⁷ BaK-WIEGAND, *Einl. zu Art. 97-109 n. 13*. Dans le même sens, WALTER, p. 280 ss, 283.

⁷⁸ ATF np du 8 juin 1998, paru in SJ 1999 I 113, 117 consid. 3a in fine (*obiter dictum*). Tendances confirmées dans l'ATF np du 23 juin 1998, paru in SJ 1999 I 205, 207 consid. 3a.

B. Solution personnelle

Lors même que le résultat concret auquel parviennent les arrêts *Swissair* et *Grossen* n'est pas contestable, la reconnaissance générale⁷⁹ d'un chef de responsabilité en l'absence de tout fondement juridique n'est pas acceptable. Le seul point d'accrochage avec le système existant que constitue la *culpa in contrahendo* ne paraît pas non plus suffisant.

Avant de raisonner, comme le font ces arrêts, en dehors du système existant, il eût été nécessaire de constater préalablement l'existence d'une lacune, ce qui aurait permis au juge de procéder selon l'art. 1 al. 2 et 3 CC et de faire oeuvre de législateur⁸⁰. A la question, soulevée alors que cette évolution n'en était encore qu'à ses débuts⁸¹, de savoir s'il existait une lacune dans les chefs de responsabilité prévus par le Code des obligations, on répondra aujourd'hui clairement par la négative. Les bases légales existantes, soit les art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO, forment un système cohérent qui suffit à appréhender les situations situées dans la zone grise entre le contrat et le délit. Les deux dispositions sont fondées sur la violation d'un devoir, violation d'un devoir général pour l'art. 41 al. 1 CO, violation d'un devoir particulier, plus précisément d'une obligation, pour l'art. 97 al. 1 CO⁸².

Deux questions méritent une attention particulière dans ce cadre: premièrement, celle du fondement des devoirs que le Tribunal fédéral met à charge des défendeurs dans les arrêts *Swissair* et *Grossen*, en second lieu, celle de savoir si les devoirs dont il est question sont des devoirs généraux ou particuliers.

⁷⁹ Générale, au point que le Tribunal fédéral a pu dire de la responsabilité fondée sur la confiance qu'elle était "onminprésente": ATF np du 8 juin 1998, paru in SJ 1999 I 113, 117 consid. 3a in fine.

⁸⁰ Dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 982 (pour la *culpa in contrahendo*), n° 982m (pour la responsabilité fondée sur la confiance).

⁸¹ La question était posée par l'auteur de ces lignes in SJ 1997 169 s.

⁸² THÉVENOZ, p. 176 et n. 12; WEBER, n. 103 ss Vorb. zu Art. 97-109, n. 25 ad art. 97 CO. Cf. également *infra*, n. 91. L'avant-projet de loi fédérale sur la responsabilité civile (LRCiv), dont la procédure de consultation est prévue pour 2000, renonce à cette division classique en proposant l'unification du droit de la responsabilité civile (art. 42 et 46 al. 2), soit l'application des art. 41 ss CO aux hypothèses de violation du contrat autres que l'inexécution et la demeure; sont également réservées les dispositions spéciales prévues pour chaque contrat.

1. Fondement des devoirs

En l'absence de tout contact entre la société mère et le partenaire de la filiale, il n'existe a priori aucun rapport juridique, voire d'obligations, entre les parties, rapport qui serait à l'origine de devoirs incombant à l'une envers l'autre. A côté de la volonté des parties, la source de devoirs peut également se trouver dans la loi, en particulier à l'art. 2 al. 1 CC. L'application de l'art. 2 CC se heurte cependant à une difficulté, dans la mesure où cette disposition suppose l'existence d'un rapport juridique préexistant – qui n'est pas donné en l'espèce – ainsi que l'indiquent les notes marginales allemande (*Inhalt der Rechtsverhältnisse*) et italienne (*Limiti dei rapporti giuridici*) de même que le texte français de la disposition: chacun ne peut être tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi que si ces droits et obligations existent, donc ont une source.

Nonobstant l'absence de rapport juridique, la jurisprudence fait une application large des règles de la bonne foi dans des situations dans lesquelles il n'existe pas encore un tel rapport, ainsi en matière de *culpa in contrahendo*. Il est en effet admis que le rapport de pourparlers, qui n'est pas encore un rapport d'obligation, est soumis aux règles de la bonne foi⁸³. Par ailleurs, le Tribunal fédéral reconnaît également que ces règles puissent trouver exceptionnellement application en dehors d'un rapport juridique préexistant, dans le cas précisément de la responsabilité fondée sur la confiance⁸⁴. Dans ces cas exceptionnels, l'art. 2 CC devient ainsi la source de devoirs⁸⁵ en même temps qu'il en détermine le contenu et l'étendue.

Le fondement des devoirs peut ainsi se trouver à l'art. 2 CC, lorsqu'il existe entre les parties un lien qualifié qui, sans être un véritable

⁸³ ATF 116/1990 II 695, JT 1991 I 625, 629; ATF 105/1979 II 75, 79 s., JT 1980 I 66, 70. Pour la doctrine, cf. par exemple, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 948.

⁸⁴ ATF 124/1998 III 297, SJ 1998 460, 464 consid. 5c (*Musikvertrieb*); ATF 121/1995 III 350, 354 ss consid. 6c (*Grossen*).

⁸⁵ L'ATF np du 7 janvier 1999 c. 4a, admet expressément que les règles de la bonne foi, applicables lorsque les parties sont liées par un rapport particulier de confiance et de fidélité, font naître des devoirs spécifiques de se comporter de manière loyale et honnête.

rapport juridique, mérite d'être soumis aux règles de la bonne foi⁸⁶. La condition d'application de l'art. 2 CC, celle du rapport juridique préexistant, doit, dans ces situations exceptionnelles, être remplacée par l'exigence d'une *Sonderverbindung*⁸⁷, ce que le Tribunal fédéral exprime en français par les termes de "rapport spécial de confiance et de fidélité"⁸⁸. Dans le récent commentaire zurichois, BAUMANN⁸⁹ utilise l'expression plus neutre de "*rechtlich relevante Beziehung*", soit de relation juridiquement pertinente, qui permet de tenir compte aussi bien d'une relation directe que d'une relation indirecte entre les parties⁹⁰.

Le raisonnement peut être décomposé de manière chronologique comme suit: le comportement ou les déclarations du responsable font naître certaines attentes du lésé, dont se déduit un rapport particulier de confiance entre les deux parties; conformément à l'art. 2 al. 1 CC, ce rapport est à l'origine des devoirs dont la violation entraîne l'obligation de réparer le dommage. La réparation du dommage est soumise à l'art. 41 al. 1 CO si ces devoirs sont généraux, à l'art. 97 al. 1 CO s'il s'agit de devoirs particuliers.

2. Devoirs généraux ou particuliers ?

Le problème est de savoir si la relation juridiquement pertinente crée des devoirs généraux ou des devoirs particuliers. Le devoir est général s'il existe envers un nombre indéterminé de personnes ou envers un certain cercle de personnes, pourvu que celles-ci forment une multiplicité indéterminée; peu importe que ce devoir incombe à chacun ou

⁸⁶ Dans ce sens, cf. récemment BAUMANN, n. 14c, 106 ad art. 2 CC; HAUSHEER/JAUN, n° 3.71. Il est intéressant de noter que V. PLANTA, *Haftung des Hauptaktionärs*, p. 106 ss, 107, treize ans avant l'arrêt *Swissair*, récusait le concept de *Konzernvertrauen* développé en Allemagne par REHBINDER, notamment au motif que l'art. 2 CC n'est pas une norme invocable de manière indépendante comme fondement d'une prétention.

⁸⁷ MOSER, p. 91; SCHNYDER B., RJB, p. 64.

⁸⁸ Cf. *supra*, n. 11.

⁸⁹ BAUMANN, n. 6, 105 ss ad art. 2 CC. Cf. également, DELCÒ, p. 172, plus nuancé, p. 173 ss..

⁹⁰ Sur la relation indirecte, cf. LOSER, p. 88; REY, *Rechtliche Sonderverbindungen*, p. 236 ss.

à une personne se trouvant dans une situation déterminée; en raison de l'absence d'un créancier déterminé, un tel devoir n'est pas une obligation. Le devoir est particulier s'il incombe à des personnes déterminées ou déterminables envers d'autres personnes déterminées ou déterminables; l'obligation est une catégorie de devoir particulier⁹¹.

La nature du devoir est liée à celle de relation juridiquement pertinente dans la mesure où c'est la détermination des parties à cette relation qui permet de qualifier le devoir de général ou de particulier. Lorsque le rapport lie le responsable à une personne déterminée ou déterminable, il fonde un devoir particulier, une obligation; dans l'hypothèse où il existe avec un cercle de personnes indéterminées, le devoir est général. Dans cette optique, l'art. 2 al. 1 CC peut aussi bien être le fondement d'un devoir particulier que celui d'un devoir général⁹².

La distinction entre devoir général et devoir particulier fournit une piste de réflexion intéressante pour sortir de l'impasse à laquelle conduit la constatation par le Tribunal fédéral de l'absence de contrat comme d'acte illicite dans les arrêts *Swissair* et *Grossen*. Dans l'affaire *Grossen*, les attentes éveillées résultent de l'énoncé des critères de sélection pour les Championnats du monde; or, selon ces critères, le gagnant du tournoi de qualification spécial prévu pouvait compter sur sa participation aux Championnats à la condition qu'il prenne part à un tournoi à l'étranger et à un camp d'entraînement spécial. Un tel devoir assumé envers une personne déterminable doit être qualifié de devoir particulier, d'obligation dont la violation est directement soumise à l'art. 97 al. 1 CO, avec notamment pour conséquence l'application de l'art. 101 CO à la responsabilité du fait des auxiliaires et la prescription longue de l'art. 127 CO.

S'agissant en revanche d'attentes éveillées par des documents publicitaires (affaire *Swissair*) qui sont, par nature, destinés à un cercle de personnes indéterminées, le lien, donc le devoir, existe à l'égard

⁹¹ Sur la distinction entre devoir général et devoir particulier, cf. THÉVENOZ, p. 176 n. 12; ENGEL, p. 12 s.; TANDOGAN, p. 26 ss, 12s.; YUNG, p. 112 ss, 115; CHAPPUIS, *Mélanges*, p. 229 ss, 238 s. Voir par ailleurs, KRAMER, *Allg. Einl.* n. 148 s. Cf. également *supra*, n. 82.

⁹² Dans ce sens, YUNG, p. 118.

d'un nombre indéterminé de personnes⁹³. Certes, le rapport particulier de confiance prend, de par sa nature même, plus fréquemment naissance dans un contexte contractuel et lie le responsable à une ou plusieurs personnes déterminées. Mais l'ordre juridique suisse connaît d'autres situations dans lesquelles il est fait appel à la confiance du public, donc de personnes indéterminées. Ainsi, l'auteur d'une promesse publique s'adresse-t-il à tout un chacun ou à un cercle de personnes indéterminées⁹⁴, ce qui l'engage dans un rapport particulier avec ces personnes (art. 8 al. 1 et 2 CO). De même, la responsabilité pour un prospectus d'émission existe envers "les acquéreurs des titres" (art. 752⁹⁵, 1156 al. 2 et 3 CO). Au moment où les informations inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales sont diffusées, les futurs acquéreurs des titres sont des personnes inconnues, qui se fient auxdites informations. Le lien est créé avec ce cercle de personnes indéterminées susceptibles de prendre des dispositions dommageables sur la base des informations diffusées par l'auteur du prospectus. Le devoir qui naît d'un tel rapport est un devoir général.

C'est pourquoi on peut considérer que la responsabilité engendrée par la violation de ce devoir est soumise à l'art. 41 al. 1 CO. L'acte illicite, c'est-à-dire contraire à un devoir général, consiste dans la violation des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Cette conception ne correspond pas à celle du Tribunal fédéral⁹⁶, mais est partagée par une partie grandissante de la doctrine selon laquelle la violation des règles de la bonne foi est susceptible de constituer un acte illicite

⁹³ Contra: GRONER/VOGT, p. 259, qui considèrent que la responsabilité fondée sur la confiance ne peut être engagée qu'à l'égard d'une ou de plusieurs personnes déterminées.

⁹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, no 1041 s.

⁹⁵ Selon WIEGAND, Ad-hoc Publizität, p. 162, la responsabilité pour le prospectus d'émission constitue une manifestation légale de la responsabilité fondée sur la confiance, que cet auteur applique par ailleurs à la responsabilité découlant de la violation des obligations résultant de l'art. 72 du Règlement de cotation de l'instance suisse d'admission (ISA) du 24 janvier 1996 relatif à la publicité événementielle (p. 163 ss).

⁹⁶ ATF 124/1998 III 297, SJ 1998 460, 464 consid. 5c et réf. cit. (*Musikvertrieb*); ATF 121/1995 III 350, 354 consid. 6b (*Grossen*). Dans le même sens que le Tribunal fédéral, notamment: REY, *Haftpflichtrecht*, no 717 ss; STARK, § 16 n° 108 ss p. 39 ss; SCHWENZER, 50.22.

dans certains cas exceptionnels, malgré l'absence d'un rapport juridique préexistant⁹⁷.

Ce raisonnement a pour conséquence que la responsabilité de *Swissair* devrait être soumise aux art. 41 ss CO. Ainsi, la prescription de la prétention devrait être d'un an dès la connaissance du dommage (art. 60 CO), soit dès la délivrance de l'acte de défaut de biens, et la responsabilité de la société mère pour ses organes devrait se fonder sur l'art. 722 CO (art. 55 al. 2 CC). Quant aux organes de celle-ci, ils seraient à première vue personnellement responsables du dommage sur la base de l'art. 41 al. 1 CO (et art. 55 al. 3 CC). Toutefois, la relation juridiquement pertinente, justifiant l'application des règles de la bonne foi, lie les personnes dont les attentes ont été éveillées à la personne morale en tant que telle, et non aux organes de celle-ci. En effet, les règles de la bonne foi qui sont à l'origine du devoir de la personne morale – la société mère (l'actionnaire majoritaire) en qui la confiance des tiers a été éveillée – ne doivent être respectées que dans le cadre de la relation juridiquement pertinente existante. Ces règles ne sont pas le fondement d'un devoir à charge de tout un chacun envers tous, comme par exemple l'interdiction de porter atteinte au droit de propriété d'autrui. Leur respect s'impose uniquement à celui qui est l'objet de la confiance d'un cercle de personnes indéterminées, soit la personne morale, à l'exclusion des personnes physiques qui ont agi en tant qu'organes, envers les personnes dont certaines attentes ont été éveillées. Cela s'explique par le fait que, dans l'hypothèse envisagée, le devoir n'incombe pas à une personne déterminée envers une autre personne déterminée (devoir particulier), ni à tout un chacun envers tous (devoir général classique), mais à une personne déterminée envers un cercle de personnes indéterminées. Il s'agit encore d'un devoir général puisque les bénéficiaires en sont indéterminés⁹⁸.

Malgré la qualification délictuelle de la responsabilité dans ce cas, les organes de la personne morale n'assumeraient par conséquent aucune responsabilité personnelle pour la violation des devoirs tirés de l'art. 2 al. 1 CC. Quant à la responsabilité pour auxiliaires, elle

⁹⁷ Voir en particulier la liste établie par KELLER, p. 137; KELLER/GABI, p. 40 s. Cf. en outre, HAUSHEER/JAUN, no 3.71; BREHM, n. 53a ss ad art. 41 CO; ENGEL, p. 450; PETITPIERRE, p. 279; CHAPPUIS, *Mélanges*, p. 230 ss.

⁹⁸ YUNG, p. 113 s.

devrait être soumise à l'art. 55 al. 1 CO, l'auxiliaire ne répondant pas personnellement sur la base de l'art. 41 al. 1 CO pour le même motif.

La clé du raisonnement tenu ci-dessus réside dans les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). La portée qu'il est ici préconisé de leur donner n'est pas nouvelle, puisque YUNG⁹⁹ voyait déjà dans les règles de la bonne foi la source de devoirs généraux comme d'obligations, dont la violation est régie par l'art. 41 al. 1 CO, resp. l'art. 97 al. 1 CO. L'art. 46 al. 2 de l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile¹⁰⁰, qui érige la violation du principe de la bonne foi¹⁰¹ en acte illicite, va dans le même sens. Cette nouvelle disposition, si elle est adoptée, requerra un travail de concrétisation de la part de la doctrine et de la jurisprudence, pour déterminer dans quels cas les règles de la bonne foi sont susceptibles de trouver application en dehors d'un rapport juridique préexistant. On peut estimer qu'à cet égard les arrêts¹⁰² traitant de la responsabilité fondée sur la confiance préparent utilement le terrain. Vu les développements qui précèdent, il apparaît que le Code des obligations ne présente aucune lacune justifiant une intervention prétorienne créatrice d'un nouveau chef de responsabilité.

III. Particularités de la responsabilité fondée sur la confiance par rapport au principe de la transparence

La levée du voile constitue une exception au principe fondamental de la séparation entre la personne morale et ses membres. Lorsque l'exception est admise, il est fait abstraction de l'indépendance juridique

⁹⁹ YUNG, p. 118 s.

¹⁰⁰ Art. 46 al. 2 de l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile: "Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel". Cf. *supra*, n. 82.

¹⁰¹ L'avant-projet qui mentionne le "principe" de la bonne foi au lieu des "règles" aurait probablement avantage à s'aligner sur la terminologie figurant à l'art. 2 al. 1 CC.

¹⁰² Cf. *infra*, n. 123 et 124.

de la personne morale au profit de la réalité économique de telle sorte que la séparation juridique entre une société et ses actionnaires ou entre deux sociétés n'est pas prise en considération¹⁰³.

Après avoir exposé les similitudes entre la levée du voile et la responsabilité fondée sur la confiance, on s'attachera à mettre en évidence les différences entre les deux moyens et les rapports existant entre les débiteurs.

A. Similitudes

1. Personne du débiteur

En principe, l'actionnaire majoritaire (la société mère) peut être recherché aussi bien sur la base de la levée du voile que sur celle de la responsabilité fondée sur la confiance. Cela suppose que les conditions en soient réunies, soit que l'actionnaire majoritaire commette un abus de droit en invoquant la séparation juridique¹⁰⁴ ou qu'il ait, par son comportement, éveillé les attentes légitimes et déterminées de tiers quant à son comportement au sein du groupe, en particulier à l'égard de la société dominée.

Il est également possible que la filiale soit actionnée au lieu de la société mère (actionnaire majoritaire) en matière de transparence comme de responsabilité pour confiance créée. La levée du voile inverse (*umgekehrter Durchgriff*), qui consiste à faire répondre la société des engagements personnels de l'actionnaire unique ou majoritaire, est admise par la doctrine¹⁰⁵ comme par la jurisprudence¹⁰⁶, quoiqu'avec une certaine retenue qui s'explique par le fait que la fortune sociale doit avant tout servir de gage aux créanciers sociaux et

¹⁰³ V. BÜREN, SP, p. 171; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 n° 47 s. ATF 121/1995 III 319, 321 consid. 5.a.aa-bb); ATF 113/1987 II 31, JT 1988 I 20, 24 s. consid. 2c; ATF 112/1986 II 503, JT 1987 I 167, 169 consid. 3b; ATF 102/1976 III 165, 169 s. consid. II.1; arrêt de la Cour de justice genevoise du 21 mars 1997 in SJ 1998 167, 168 s. consid. 3. Sur l'ensemble de la question, cf. la contribution de Andreas VON PLANTA dans le présent volume, p. 19 ss.

¹⁰⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 n° 59, 76 ss; BÖCKLI, n° 1181.

¹⁰⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 n° 59, 87 ss; BÖCKLI, n° 1182.

¹⁰⁶ ATF 102/1976 III 165, 172 (fr.); la levée du voile inverse n'est pas admise dans l'ATF 85/1959 II 111, JT 1960 I 19, 22-23.

non à des tiers. Ce raisonnement développé pour l'actionnaire majoritaire qui est une personne physique doit valoir de même lorsqu'il s'agit d'une personne morale. En ce qui concerne la responsabilité fondée sur la confiance, le Tribunal fédéral a envisagé la possibilité que, dans des circonstances particulières, ce soit la filiale, et non la société mère ou l'actionnaire majoritaire, qui éveille la confiance des tiers dans son comportement au sein du groupe et encoure une responsabilité de ce fait. Cette éventualité n'est cependant pas retenue dans l'arrêt en question¹⁰⁷.

Il découle de ce qui précède que la personne du débiteur peut, dans les deux cas, être aussi bien l'actionnaire majoritaire que la société dominée.

2. Subsidiarité

La levée du voile devrait être un moyen subsidiaire¹⁰⁸, réservé au cas où tous les autres moyens ont échoué en raison de son fondement, l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). L'unanimité ne règne cependant pas sur ce point, puisque, pour certains auteurs, la levée du voile peut conduire à la solidarité entre la société et son actionnaire principal¹⁰⁹. Quant au Tribunal fédéral, dans un arrêt non publié du 29 janvier 1996¹¹⁰, il part de l'idée qu'en cas de transparence improprement dite (*unechter Durchgriff*), la société dominante n'est pas légitimée ou obligée à la place de la société fille, mais à côté de celle-ci; la capacité

¹⁰⁷ ATF 123/1996 III 220, JT 1997 I 242, SJ 1998 277, 280 consid. 4e (*Omni*).

¹⁰⁸ Dans ce sens, v. Büren, SP, p. 174, qui en déduit que la levée du voile n'est possible qu'en cas de faillite de l'entreprise dominée; dans le même sens, BÖCKLI, n°1181a. La subsidiarité de la levée du voile ne vaut que, si par le biais de la levée du voile, le créancier cherche à obtenir le paiement dû par l'entreprise dominée auprès de l'actionnaire majoritaire, mais non dans le cas tranché aux ATF 113/1987 II 31, JT 1988 I 20, où le partenaire d'une filiale obtient la poursuite d'un bail avec une autre filiale qui avait pris la place de la société mère. Cf. également concernant l'application de l'art. 2 al. 2 CC, ATF 123/1996 III 220, 224 s., JT 1997 I 242, SJ 1998 277, 279 consid. 4a (*Omni*).

¹⁰⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 n° 76.

¹¹⁰ Traduit in Bulletin CEDIDAC Septembre 1996, p. 1 ss, 3; confirmé in ATF 123/1996 III 220, JT 1997 I 242, SJ 1998 277, 280 consid. 4e (*Omni*). Sur la distinction entre *echter* et *unechter Durchgriff*, cf. WEBER, SP, p. 106; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 n° 61, 92 ss; FORSTMOSER, § 1 n° 124, 196 ss.

juridique n'est pas matériellement changée (la société mère actionnée en lieu et place de la filiale), mais cumulée (action possible tant contre la société mère que contre la filiale). Il faut en déduire qu'en cas de transparence proprement dite (*echter Durchgriff*), la société dominante est légitimée à la place de la filiale, ce qui n'est qu'une conséquence de l'exception apportée au principe de la séparation juridique dans cette hypothèse. Si l'on retient avec le Tribunal fédéral que la capacité juridique de la société dominante prend la place de celle de la société dominée, il est exclu d'admettre la solidarité entre elles comme le font les auteurs mentionnés plus haut. Il en résulte que, dans cette optique, la levée du voile social est bien un moyen subsidiaire.

La responsabilité fondée sur la confiance n'est pas subsidiaire aux autres moyens par principe, mais l'est également dans ses conditions, puisqu'elle suppose l'existence d'un dommage. Or un dommage ne se produit que lorsque le moyen normal n'a pas pu être mis en oeuvre. Dans l'affaire *Swissair*, le moyen normal aurait été le remboursement de la part de *Wibru* par la filiale, *IGR*; le partenaire de la filiale subit un dommage parce que ce remboursement n'a pas eu lieu. La responsabilité fondée sur la confiance représente donc également un moyen subsidiaire.

B. Différences

La levée du voile diffère de la responsabilité fondée sur la confiance sur trois points: la cause, l'objet et les effets des prétentions.

L'arrêt *Swissair* n'institue pas une responsabilité pour le comportement d'un tiers, la filiale, mais une responsabilité pour comportement propre¹¹¹. En effet, le Tribunal fédéral reproche à *Swissair* la violation d'un devoir qui lui incombait à elle-même¹¹², non d'un devoir incombant à la filiale et dont la violation pourrait être imputée à la société mère (l'actionnaire majoritaire) du fait de l'absence de sé-

¹¹¹ ATF du 29 janvier 1996, consid. 6a, Bulletin CEDIDAC Septembre 1996, p. 1 ss, 3. V. Büren, SP, p. 185, RSDA, p. 57; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 n° 93; DRUEY, RSDA, p. 96.

¹¹² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 n° 93; v. Büren, SP, p. 185.

paration juridique entre les deux sociétés. La cause des deux prétentions est donc différente.

Quant à l'objet de la prétention, la responsabilité pour la confiance fonde une prétention en réparation d'un dommage, soumise aux conditions d'une telle prétention et, en particulier, à celle du dommage, mais également à celles de la causalité et de la faute. C'est la raison de l'échec de son invocation dans l'arrêt *Omni*¹¹³ et dans celui du 29 janvier 1996¹¹⁴, deux cas dans lesquels le demandeur ne faisait pas valoir un dommage qu'il aurait subi. Dans l'arrêt *Omni*, une action en exécution était dirigée contre une société de même raison sociale que la partenaire contractuelle en lieu et place de cette dernière (dont la raison sociale venait d'être modifiée) et, dans l'arrêt du 29 janvier 1996, c'est l'extension d'une clause arbitrale convenue avec une filiale aux rapports avec la société mère qui était réclamée.

La levée du voile permet de faire abstraction de la séparation juridique entre deux sociétés, par exemple d'imputer à la société mère une dette incombant à la filiale, ce qui a pour conséquence que le tiers peut agir en exécution de la dette à l'encontre de la société mère, comme il aurait pu le faire envers la filiale. Il ne s'agit pas d'une prétention en dommages-intérêts comme en cas de responsabilité fondée sur la confiance. Les deux prétentions diffèrent par conséquent également par leur objet.

La différence entre l'objet des prétentions influence directement leurs effets. Alors que la prétention tirée de la responsabilité fondée sur la confiance, en tant que prétention en dommages-intérêts, est sujette à la réduction pour faute concomitante (art. 44 al. 1 CO) et se prescrit probablement, selon la jurisprudence, par un an (art. 60 CO)¹¹⁵, la prétention fondée sur la levée du voile n'est pas soumise à la condition du dommage ou de la causalité, ni à celle de la faute; elle n'est pas non plus soumise à la réduction pour faute concomitante et suit la prescription de la dette elle-même, c'est-à-dire en principe la prescription longue de l'art. 127 CO.

¹¹³ ATF 123/1996 III 220, 231, JT 1997 I 242, SJ 1998 277, 280 consid. 4e (*Omni*).

¹¹⁴ Bulletin CEDIDAC Septembre 1996, p. 1 ss, 4.

¹¹⁵ Cf. *supra*, II.A.1.

Compte tenu de ces différences entre la levée du voile et la responsabilité fondée sur la confiance, il paraît important de distinguer soigneusement les deux moyens.

C. *Solidarité entre les débiteurs ?*

Etant donné ce qui précède, il appartient au créancier de décider s'il veut agir contre la société avec laquelle il a contracté, une autre société du groupe (soit la société mère actionnaire majoritaire en cas de levée du voile directe, soit la filiale en cas de levée du voile inverse, soit encore contre une autre société du même groupe en cas de levée du voile transversale¹¹⁶) ou contre les deux.

Alors que la levée du voile provoque un changement de débiteur, un véritable remplacement d'un débiteur par un autre, la responsabilité fondée sur la confiance ajoute un responsable du dommage (*Swissair*) à côté du débiteur de la prestation (*IGR*), qui par hypothèse ne peut plus être recherché. La responsabilité de la société mère ne fonde pas la légitimation passive de la société mère à la place ou à côté de celle de la filiale pour les créances existant contre cette dernière; la société mère répond plutôt pour le dommage subi par un tiers en raison de la déception contraire à la bonne foi des attentes qu'elle a suscitées, ce qui conduit non à une éventuelle substitution des capacités juridiques (*Rechtszuständigkeit*), mais à leur cumul¹¹⁷.

Il se pose dès lors la question de savoir si l'on peut envisager la solidarité (art. 143 ss CO) entre la société mère (actionnaire majoritaire) recherchée et sa filiale dans l'hypothèse d'une levée du voile directe¹¹⁸ et dans celle de la responsabilité fondée sur la confiance.

¹¹⁶ En allemand: *Querdurchgriff*. Un tel cas est admis dans l'ATF 113/1987 II 31, JT 1988 I 20, 25 consid. 2c. Cf. sur cette notion, v. Büren, SP, p. 172 n. 515; BÖCKLI, n° 1183 et la contribution d'Andreas VON PLANTA, p. 19 ss.

¹¹⁷ ATF 123/1996 III 220, 231, JT 1997 I 242, SJ 1998 277, 280 consid. 4e (*Omni*); arrêt du 29 janvier 1996, consid. 6a, Bulletin CEDIDAC Septembre 1996, p. 1 ss, 3.

¹¹⁸ La question se pose de même dans les deux autres cas de levée du voile (inverse et transversale).

On l'a vu, le principe de la transparence est un moyen subsidiaire¹¹⁹ qui suppose que le demandeur ne puisse pas faire valoir son droit autrement. Aussi longtemps que le demandeur peut s'en prendre à la filiale, la condition de la levée du voile à l'égard de la société mère n'est pas réalisée. La solidarité ne peut par conséquent pas être envisagée. Cette affirmation, certes contestée¹²⁰, n'est vraie que pour la transparence proprement dite, dont l'effet est d'ignorer l'indépendance juridique d'une société, mais non nécessairement dans les cas regroupés par le Tribunal fédéral sous l'étiquette de *unechter Durchgriff*, de levée du voile improprement dite¹²¹.

La responsabilité fondée sur la confiance constitue, elle aussi, un moyen subsidiaire du fait que le partenaire de la filiale ne subit pas de dommage tant que la prétention en exécution contre la filiale a des chances d'être menée à bien; faute de dommage, le partenaire de celle-ci ne dispose pas contre la société mère (actionnaire majoritaire) d'une prétention en dommages-intérêts fondée sur la confiance. La solidarité n'est pas donnée pour ce premier motif. En outre, faute d'une déclaration des parties à cet égard, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi (art. 143 al. 1 et 2 CO), ainsi aux art. 50 al. 1 et, indirectement, 51 al. 1 CO. Ces dispositions supposent l'existence de deux ou plusieurs prétentions en réparation d'un dommage. Si la responsabilité fondée sur la confiance a pour objet une obligation de réparer un dommage à charge de la société mère, en revanche, la prétention dirigée contre la filiale vise à obtenir l'exécution, non des dommages-intérêts; il n'y a, à nouveau, pas de solidarité possible.

La subsidiarité des deux moyens empêche par conséquent toute solidarité entre les débiteurs, l'un ne pouvant être recherché que si l'action intentée contre l'autre échoue.

¹¹⁹ Cf. *supra*, A.2.

¹²⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 n° 76, admettent la solidarité.

¹²¹ Arrêt du 29 janvier 1996, consid. 6a, Bulletin CEDIDAC Septembre 1996, p. 1 ss, 3.

CONCLUSION

L'arrêt *Swissair*, quoique salué par une partie de la doctrine¹²², ne peut manquer de faire surgir des doutes lorsque l'on examine de manière approfondie le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral. Cette décision qui introduit un chef de responsabilité nouveau repose pour tout fondement sur une généralisation des principes relatifs à la *culpa in contrahendo*. Or la *culpa* n'occupe pas même un strapontin entre contrat et délit dans l'ordre juridique suisse. Est-ce faire preuve d'un juridisme exagéré que d'espérer qu'un chef de responsabilité, nouveau de surcroît, soit fondé sur une base légale ?

Il est vrai que les conditions posées par la jurisprudence sont strictes: le responsable doit éveiller chez le tiers des attentes suffisamment concrètes et déterminées de sorte à s'engager dans une relation juridiquement pertinente avec ce tiers, puis il doit décevoir lesdites attentes. Toutefois, ce lien particulier unissant *Swissair Beteiligungen* et *Wibru* est tiré de simples brochures publicitaires accompagnées d'un papier à lettres. Cela paraît bien mince pour établir un tel rapport, semblable à celui qui unit les parties à des pourparlers contractuels, puisque telle est l'origine de la responsabilité fondée sur la confiance. L'arrêt *Swissair* nous aura cependant enseigné l'importance de tels documents lorsqu'ils font appel à une confiance spécifique du public.

La décision était certes moralement et éthiquement correcte. Il paraissait équitable que *Swissair* prenne ses responsabilités face à la déconfiture de son ancienne filiale, de même que la responsabilité de la *Fédération Suisse de Lutte Amateur* envers *Grossen* ne pouvait être niée. Mais, d'un point de vue juridique, on aurait gagné à emprunter un chemin plus traditionnel. Une application volontairement large des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) combinée avec les art. 41 al. 1 ou 97 al. 1 CO permettait d'arriver au même résultat sans ouvrir une

¹²² Par exemple, WIEGAND, Ad-hoc Publizität, p. 162 ss, RJB 1996, p. 322 s.; v. Bären, SP, p. 64; NOBEL, p. 63 s.; WALTER, p. 276, 293. Certains auteurs sont partagés et expriment des craintes plus ou moins prononcées: FELLMANN, p. 100 s.; AMSTUTZ/WATTER, p. 505 s.; GONZENBACH, p. 130; DRUEY, RSDA, p. 96 s.; BÄR, p. 456. D'autres sont fondamentalement critiques: KUZMIC, p. 224 ss, 250 s. n. 977, 257 ss; WICK, p. 1277 ss; SCHWENZER, A. T., n° 52.01 ss, Rezeption, p. 68 ss; HONSELL, n° 22.

brèche, dangereuse pour la sécurité juridique, dans le système cohérent que forment ces dispositions.

Etant donné le nombre d'arrêts qui se sont référés à cette décision devenue fameuse, il faut se rendre à l'évidence: la responsabilité fondée sur la confiance constitue une figure juridique qui ne peut désormais plus être ignorée¹²³. Au terme de six années de développements – deux arrêts fondamentaux¹²⁴ qui ont créé ce nouveau type de responsabilité et montré qu'il s'agissait d'un phénomène dépassant le droit des groupes de sociétés, puis trois autres décisions¹²⁵ qui ont rejeté ce moyen – il paraît cependant clair que, pour inquiétante qu'elle puisse paraître aux praticiens, cette jurisprudence reste d'application très réduite.

¹²³ Nombre de thèses récentes ont la responsabilité fondée sur la confiance pour sujet ou y consacrent des développements: par exemple, DELCÔ, KUZMIC, BRECHBÜHL, MOSER, BERTHEAU, VOGEL. Par ailleurs, les ouvrages et commentaires récents en tiennent également compte: par exemple, WEBER, n. 47 Vorb. zu Art. 97-109, n. 81 ss ad art. 97 CO; BAUMANN, n. 105 ss ad art. 2 CC; HAUSHEER/JAUN, n° 3.87 ss; SCHWENZER, n° 52.01 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 982a ss; ENGEL, p. 751; BUCHER, n. 89 ss ad art. 1 CO; REY, *Haftpflichtrecht*, no 37 s.; HONSELL, n° 22; BREHM, n. 53a ss ad art. 41 CO. Cf. dans le même sens, WIEGAND, *Ad-hoc Publizität*, p. 162, qui qualifie la responsabilité fondée sur la confiance de "*etabliertes Rechtsinstitut des schweizerischen Rechts*".

¹²⁴ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359 (*Swissair*); ATF 121/1995 III 350 (*Grossen*).

¹²⁵ ATF 123/1996 III 220, JT 1997 I 242, SJ 1998 277 (*Omni*); ATF du 29 janvier 1996, Bulletin CEDIDAC Septembre 1996, p. 1 ss; ATF 124/1998 III 297, SJ 1998 460 (*Musikvertrieb*). Cf. également, ATF np du 7 janvier 1999 c. 4a. D'autres décisions récentes se réfèrent également à la responsabilité fondée sur la confiance, mais le font de manière superfétatoire: ATF np du 23 juin 1998, in SJ 1999 I 205, 207 consid. 3a; ATF np du 8 juin 1998, in SJ 1999 I 113, 117; ATF 124/1998 III 363, SJ 1999 I 38, 44 consid. 5b.

BIBLIOGRAPHIE

- AMSTUTZ Marc / WATTER Rolf, Droit économique. Droit des sociétés, in PJA 1995 502 ss.
- BÄR Rolf, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994. Handels- und Immaterialgüterrecht, in RJB 132/1996 447, 454 ss.
- BAUMANN Max, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung (art. 1-7 CC), 3e éd., Zurich 1998.
- BERTHEAU Fortunat, Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer, Eine Untersuchung der verschiedenen Haftungsgrundlagen unter besonderer Berücksichtigung des Krediteröffnungsvertrages, thèse, Zurich 1998.
- BÖCKLI Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Darstellung für den Praktiker, 2e éd., Zurich 1996.
- BRECHBÜHL Beat, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, thèse, Berne 1998.
- BREHM Roland, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (art. 41-61 CO), 2e éd., Berne 1998.
- BUCHER Eugen, in Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (art. 1-529 CO), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996 (cité: BaK-BUCHER).
- BÜREN Roland von, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht, vol. VIII/6, Bâle 1997 (cité: SP); Haftungsgrundlagen im Konzern, RSDA 1999 54 ss (cité: RSDA).

- CHAPPUIS Christine, La responsabilité fondée sur la confiance, in SJ 1997 165 ss (cité: SJ); Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, in Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, p. 227 ss (cité: Mélanges); La réparation par un tiers du dommage résultant de l'insolvence du cocontractant, in Insolvence, désendettement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Bâle, etc. 2000, p. 87 ss (cité: Insolvence).
- DELCO Fabio, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, thèse, Zurich 2000.
- DESCHENAUX Henri /
TERCIER Pierre, La responsabilité civile, 2e éd., Berne 1982.
- DREYER Dominique, L'avocat dans la société actuelle, in RDS 115/1996 395, 485-486.
- DRUEY Jean Nicolas, Droit des groupes de société, in RSDA 1995 93 ss (cité: RSDA); The law on groups of companies in Switzerland, in I Gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi, Venise 1995, p. 473 ss (cité: Groups of companies).
- ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e éd., Berne 1997.
- FELLMANN Walter, Haftung für Werbung - ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung ?, in Medialex 1995 94 ss.
- FORSTMOSER Peter /
MEIER-HAYOZ Arthur /
NOBEL Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996.
- FORSTMOSER Peter, Schweizerisches Aktienrecht, vol. I/1, Zurich 1981.
- GAUCH Peter /
SCHLUEP Walter R. /
SCHMID Jörg / REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, vol. I et II, 7e éd., Zurich 1998 (vol. I, cité: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID; vol. II, cité: GAUCH/SCHLUEP/REY).

- GONZENBACH Rainer, Senkrechtstart oder Bruchlandung? - Unvertraute Vertrauenshaftung aus "Konzernvertrauen", in recht 1995 117 ss.
- GRONER Roger /
VOGT Hans-Ueli, Zur Haftung der Revisionsstelle gegenüber Investoren, BGE 4C.13/1997 vom 19.12.1997 = Pra 87 (1998) Nr. 122, in recht 1998 257 ss.
- HAUSHEER Heinz /
JAUN Manuel, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Berne 1998.
- HESS Martin, Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen - Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht ? (BGE 121 III 310), in recht 1996 144 ss.
- HONSELL Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2e éd., Zurich 1996.
- JÄGGI Peter, in SCHÖNENBERGER Wilhelm/JÄGGI Peter, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht (art. 1-17 CO), 3e éd., Zurich 1973.
- KELLER Max / GABI Sonja, Das Schweizerische Schuldrecht, vol. 2, Haftpflichtrecht, 2e éd., Bâle 1988.
- KELLER Max, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich ?, in recht 1987 136 s.
- KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, vol. I, Berne 1996.
- KRAMER Ernst, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, Berne 1986.
- KUZMIC Kristina, Haftung aus "Konzernvertrauen", Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht, thèse, Zurich 1998.
- LOSER Peter, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, Bemerkungen zur Vertrauenshaftung anlässlich von BGE 124 III 297, 124 III 355 und 124 III 363, recht 1999 73 ss.
- LUTTER Markus, Haftung aus Konzernvertrauen?, in Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Kenk, Köln 1997, p. 229 ss.

- MEIER Philippe, Commentaire de l'arrêt Grossen: Droit des obligations. Responsabilité civile, in PJA 1995 1622 ss.
- MERZ Hans, Vertrag und Vertragsschluss, 2e éd., Fribourg 1992; in Berner Kommentar, Einleitung (art. 1-10 CC), Berne 1962.
- MORIN Ariane Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in SJ 2000 II 161 ss.
- MOSER Martin / BERGER Bernhard, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, PJA 1999 541 ss.
- MOSER Martin, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, geseigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, thèse, Berne 1998.
- NOBEL Peter, Patronatserklärungen und ähnliche Erscheinungen im nationalen und internationalen Recht, in Wiegand (édit.), Berner Bankrechtstag 1997, Personalsicherheiten, Berne 1997, p. 55 ss.
- PETITPIERRE Gilles, Les fondements de la responsabilité civile, in RDS 116/1997 I p. 273 ss.
- PLANTA Andreas von, Die Haftung des Hauptaktionärs, Bâle 1981 (cité: Haftung des Hauptaktionärs).
- REHBINDER Eckard, Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht, Berlin, Zurich 1969.
- REY Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2e éd., Zurich 1998 (cité: Haftpflichtrecht); Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in Mélanges Keller, Zurich 1989 (cité: Rechtliche Sonderverbindungen).

- SCHNYDER Anton K., Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen im schweizerischen Recht und mögliche Auswirkungen für das Kollisionsrecht, in *Collisio Legum, Etudes de droit international privé pour Gerardo Broggin*, Milan 1997, p. 484 ss (cité: Kollisionsrecht); in *Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I* (art. 1-529 CO), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996 (cité: BaK-SCHNYDER); *Patronatserklärungen - Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften ?* in *RSJ* 86/1990 57 ss (cité: RSJ).
- SCHNYDER Bernhard, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995", *RJB* 133/1997, p. 30 ss (cité: RJB).
- SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Berne 1998 (cité: A.T.); Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in *Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Mélanges Schlechtriem*, 1999, 59 ss (cité: Rezeption).
- STARK Emil W., in *OFTINGER Karl / STARK Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. 2, Besonderer Teil, 1ère partie, 4e éd.*, Zurich 1987.
- TANOGAN Haluk, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève 1972.
- TERCIER Pierre, *Responsabilité de la banque dispensatrice d'un crédit immobilier ? A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral (1^{ère} Cour civile) du 23 juin 1998, en la cause X. et Y. contre Banque A.*
- THÉVENOZ Luc, *Le contrat inexécuté en droit suisse*, in *Il contratto inadempito, Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo, III Congresso Internazionale ARISTEC*, Genève, 24-27 septembre 1997, édit. par Letizia Vacca, Turin 1999, p. 173 ss.
- VITO Roberto, *Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens*, in *PJA* 1999 511 ss.

- VOGEL Alexander, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, thèse de Saint-Gall, Berne, etc. 1997.
- WALTER Hans Peter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in RSJ 132/1996 273 ss.
- WEBER Rolf H., Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung (art. 97-109 CO), Berne 2000; Einleitung und Personenrecht, in Schweizerisches Privatrecht, vol. II/4, Bâle, etc. 1998 (cité: SP).
- WICK Markus, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, in PJA 1996 1270 ss.
- WIEGAND Wolfgang, in Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (art. 1-529 CO), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996 (cité: BaK-WIEGAND); "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995", RJB 133/1997 111 ss, 114 ss (cité: RJB 1997); Obligationenrecht. Allgemeiner Teil: Vertrauenshaftung, in RJB 132/1996 321 ss (cité: RJB 1996); "Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts", Teil I, recht 1997, pp. 85 ss (cité: recht); Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in Freiheit und Ordnung im Kpitalmarktrecht, Mélanges Chapuis, Zurich 1998, p. 143 ss (cité: Ad-hoc Publizität).
- YUNG Walter, Devoirs généraux et obligations in Etudes et Articles (1968), Genève 1971, p. 111 ss.