

# Recours en matière civile

*Adressé à*  
La 1<sup>ère</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral

*Par*

**M. Lloyd**  
et  
**Mme Lambert**  
Représentés par l'équipe n° 10 du Swiss Moot Court

*Contre*

**Risk Equity SAS**  
Représentée par leurs mandataires, X

*Concernant*

Le jugement de la Chambre civile virtuelle de la Cour d'appel civil de la République et canton de Genève CV/18092013/2-MC du 20 septembre 2013

**Equipe n° 10**

(Langue maternelle française)

RECOMMANDE

Tribunal fédéral

1ère Cour de droit civil

29, Av. du Tribunal fédéral

Case postale, 1000 LAUSANNE 1

Zurich, le 06.11.2013

Madame la Présidente,

Mesdames et Messieurs les juges,

En notre qualité de mandataires de M. Lloyd et Mme Lambert, recourants, nous avons l'honneur de vous adresser le présent recours contre le jugement de la Chambre civile virtuelle de la Cour d'appel civil de la République et canton de Genève CV/18092013/2-MC du 20 septembre 2013.

Veillez agréer, Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs les Juges, l'expression de notre plus haute considération.

*Equipe n° 10*

# Table des matières

<b>Table des matières</b> .....	<b>III</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>IV</b>
<b>Table des abréviations</b> .....	<b>VIII</b>
<b>I. Conclusions</b> .....	<b>1</b>
<b>II. En faits</b> .....	<b>1</b>
<b>III. En droit</b> .....	<b>2</b>
A. Requête d'effet suspensif.....	2
B. Recevabilité du recours .....	3
<b>1. Qualité pour recourir</b> .....	<b>3</b>
1.1. <i>Participation à la procédure devant l'autorité précédente</i> .....	3
1.2. <i>Intérêt digne de protection</i> .....	3
1.3. <i>Respect de l'art. 317 al. 1 CPC</i> .....	4
1.4. <i>Respect du principe de la double instance</i> .....	4
<b>2. Autres conditions de recevabilité</b> .....	<b>5</b>
C. Au fond .....	6
<b>1. Qualité pour agir de l'intimée</b> .....	<b>6</b>
<b>2. Responsabilité des administrateurs selon l'art. 754 CO et ses conditions</b> .....	<b>7</b>
2.1. <i>Légitimation active</i> .....	7
2.1.1. <i>Distinction entre dommage direct et indirect</i> .....	7
2.1.2. <i>Situation hors faillite</i> .....	8
2.1.3. <i>Situation en faillite</i> .....	9
2.2. <i>Le dommage</i> .....	10
2.3. <i>La violation d'un devoir</i> .....	11
2.3.1. <i>Contenu de l'art. 717 CO</i> .....	11
2.3.2. <i>Devoir de diligence de l'art. 717 CO</i> .....	12
2.3.2.1. <i>Généralités</i> .....	12
2.3.2.2. <i>Application de la « Business Judgement Rule »</i> .....	14
2.3.3. <i>Devoir de fidélité de l'art. 717 CO</i> .....	15
2.4. <i>La causalité</i> .....	16
2.5. <i>La faute</i> .....	18
<b>3. Amende pour téméraire plaideur</b> .....	<b>18</b>
3.1. <i>Violation de l'art. 128 CPC</i> .....	18
3.2. <i>Violation de l'art. 29 al. 2 Cst. et de l'art. 53 CPC</i> .....	19
3.3. <i>Violation de l'art. 9 Cst</i> .....	20

# Bibliographie

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003.

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse - Volume II - Les droits fondamentaux*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013.

BERTI Stephen V., in : Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K./Berti Stephen V., *BaKomm – Internationales Privatrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Basel 2007.

BERTSCHINGER Urs, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Nobel Peter/Schwander Ivo, Wolf Stephan (édit.), *OR Handkommentar - Schweizerisches Obligationenrecht*, 2<sup>e</sup> éd., 2009.

BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2009.

BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011.

BORNATICO Remo, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (édit.), *BaKomm – Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013.

BRACONI Andrea, in : Bucher Andreas (édit.), *CoRo Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, 1<sup>e</sup> éd., Bâle 2011.

BRUGGER Daniel/VON DER CRONE Hans Caspar, *Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden*, RSDA 2013, p. 178 ss.

BUCHER Andreas (édit.), *CoRo Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, 1<sup>e</sup> éd., Bâle 2011.

BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2013 (cité : BUCHER/BONOMI).

CHABLOZ Isabelle, *Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance – Etude comparée : Suisse, Australie, Allemagne*, Zurich 2012.

CHAPUIS Cédric, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Nobel Peter/Schwander Ivo, Wolf Stephan (édit.), *OR Handkommentar - Schweizerisches Obligationenrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2009.

CORBOZ Bernard, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc (édit.), *Commentaire Romand – Code des obligations II (art. 530-1186)*, Bâle/Genève/Zurich 2008 (cité : CORBOZ, *CoRo CO*).

CORBOZ Bernard, *Note sur la qualité pour agir en responsabilité contre un administrateur ou un réviseur*, in SJ 2005 I p. 390 ss (cité : CORBOZ, *Note sur la qualité pour agir*).

CORBOZ Bernard/WURZBURGER Alain/FERRARI Pierre/FRESARD Jean-Maurice/AUBRY Girardin Florence, *Commentaire de la LTF - Loi sur le Tribunal fédéral*, Berne 2009.

CORBOZ Bernard, in : Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice Aubry/Girardin Florence, *Commentaire de la LTF - Loi sur le Tribunal fédéral*, Berne 2009 (cité : CORBOZ, *LTF*).

DONZALLAZ Yves, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Berne 2008.

DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse - Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987 - Supplément à la 4<sup>e</sup> édition*, Bâle 2011.

EHRENZELLER Bernhard/MASTRONARDI Philippe/SCHWEIZER Rainer J./VALLENDER Klaus A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung - Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.

FOËX Bénédicte/HOTTELIER Michel/JEANDIN Nicolas, *Les recours au Tribunal fédéral*, Genève/Zurich/Bâle 2007.

GARBARSKI M. Andrew, *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Zurich 2006.

GEISER Thomas/MÜNCH Peter/UHLMANN Felix/GELZER Philipp (édit.), *Prozessieren vor Bundesgericht*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2011.

GERICKE Dieter/WALLER Stefan, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Wolf/Wiegand Wolfgang (édit.), *BaKomm – Obligationenrecht II (art. 530-954 OR)*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

HALDY Jacques, in : Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011.

HÄFELIN Ulrich/MÜLLER George/UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2010.

HÄNNI Lino, *Dommage indirect et intérêt social*, GesKR 2013, p. 274 ss.

HIRSCH, *La responsabilité des réviseurs envers les investisseurs*, RSDA 1999 p. 48 ss.

HOHL Fabienne, in : Foëx Bénédicte/Hottelier Michel/Jeandin Nicolas, *Les recours au Tribunal fédéral*, Genève/Zurich/Bâle 2007.

HOMBURGER Eric, *ZüKomm – Volume V/5b, Der Verwaltungsrat (art. 707-726)*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1997.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Wolf/WIEGAND Wolfgang (édit.), *BaKomm – Obligationenrecht II (art. 530-954 OR)*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/SCHNYDER Anton K./BERTI Stephen V., *BaKomm – Internationales Privatrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007.

JACQUEMOUD Philippe/PASQUIER Aurélien, *Responsabilité du conseil d'administration avant et après le surendettement*, SJ 2013 II, p. 271 ss.

JEANDIN Nicolas, in : Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011.

KLETT Kathrin, in : Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (édit.), *BaKomm – Bundesgerichtsgesetz*, Bâle 2008.

KOSTKIEWICZ KREN Jolanta/NOBEL Peter/SCHWANDER Ivo/WOLF Stephan, *OR Handkommentar - Schweizerisches Obligationenrecht*, 2<sup>e</sup> éd, Zurich 2009.

PETER Henry/CAVADINI Francesca, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc (édit.), *Commentaire Romand – Code des obligations II (art. 530-1186)*, Bâle/Genève/Zurich 2008.

MAHON Pascal, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003.

MARCHAND Sylvain, *Précis de droit des poursuites*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2013.

MÜNCH Peter/LUCZAK Christian, in : Geiser Thomas/Münch Peter/Uhlmann Felix/Gelzer Philipp (édit.), *Prozessieren vor Bundesgericht*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2011.

Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 ss (cité: Message CPC).

Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 ss (cité: Message LTF).

MOOR Pierre/POLTIER Etienne, *Droit administratif - Volume II - Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011.

NIGGLI Marcel Alexander/UEBERSAX Peter/WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *BaKomm – Bundesgerichtsgesetz*, Bâle 2008.

RHINOW René, SCHEFER Markus, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2009.

ROHNER Christoph, in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.

SPÜHLER Karl/TENCHIO Luca/INFANGER Dominik (édit.), *BaKomm – Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013.

TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc (édit.), *Commentaire Romand – Code des obligations II (art. 530-1186)*, Bâle/Genève/Zurich 2008.

VOGT Hans-Ueli/BÄNZIGER Michael, *Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts*, GeskR 2012, p. 607 ss.

WATTER Rolf/PELLANDA Katja Roth, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Wolf/Wiegand Wolfgang (édit.) *BaKomm – Obligationenrecht II (art. 530-954 OR)*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011.

# Table des abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)
c.	considérant
cf.	confer
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
LDIP	LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	<i>littera</i> [lettre]
LF	Loi fédérale
LTF	LF du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
M.	Monsieur
Mme	Madame
n <sup>o</sup>	numéro
n <sup>os</sup>	numéros
p.	page(s)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SA	société anonyme
SAS	société par actions simplifiée
SJ	la Semaine judiciaire (Genève)
s.	et le suivant
ss	et les suivant(e)s

# I. Conclusions

M. Lloyd et Mme Lambert concluent à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

## Principalement

- 1) Déclarer le présent recours recevable ;
- 2) Admettre le présent recours, réformer l'arrêt CV/18092013/2-MC du 20 septembre 2013, dire en conséquence que Risk Equity SAS n'avait pas la qualité pour agir contre M. Lloyd et Mme Lambert et rejeter au fond les prétentions de Risk Equity SAS ;

## Subsidiairement

- 3) Déclarer le présent recours recevable ;
- 4) Admettre le présent recours et renvoyer la cause à l'instance précédente pour nouvelle décision au sens des considérants ;

## En tout état de cause

- 5) Accorder l'effet suspensif au présent recours ;
- 6) Rejeter toute autre conclusion prise par Risk Equity SAS ;
- 7) Mettre les frais judiciaires et les dépens de première instance, de deuxième instance et du recours au Tribunal fédéral à la charge de Risk Equity SAS.

# II. En faits

M. Lloyd et Mme Lambert (ci-après « **les recourants** ») prient le Tribunal fédéral de bien vouloir considérer leurs les faits tels que retenus dans l'arrêt CV/18092013/2-MC de la Chambre civile virtuelle de la Cour de Justice de la République et canton de Genève (ci-après « **l'instance précédente** ») et de s'y référer.

### III. En droit

#### A. Requête d'effet suspensif

Avant que la cause ne soit traitée au fond, nous demandons que le jugement de l'instance précédente soit frappé de l'effet suspensif.

La réglementation relative à l'effet suspensif devant le Tribunal fédéral est régie par l'art. 103 LTF. Celui-ci prévoit qu'en général, le recours n'a pas effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF), sous réserve toutefois des exceptions prévues par la loi (art. 103 al. 2 LTF) et du pouvoir discrétionnaire du juge instructeur (art. 103 al. 3 LTF).

Nous remarquons que les critères généralement admis par la doctrine et la jurisprudence lors d'une intervention par le juge instructeur (art. 103 al. 3 LTF) sont ici réunis. En effet, le juge accorde l'effet suspensif si la décision est de nature à entraîner un préjudice irréparable (ou en tout cas difficilement réparable)<sup>1</sup>. Afin de préciser cette notion, le juge peut s'inspirer des situations prévues à l'alinéa 2<sup>2</sup>. Enfin, le juge doit apprécier les chances de succès dudit recours, afin que ce dernier ne soit pas utilisé uniquement à des fins dilatoires<sup>3</sup>.

Dans le cas d'espèce, nos mandants ont été condamnés à payer solidairement un montant s'élevant à CHF 3'300'000 avec intérêts. Il ne fait pas de doute que nos mandants auront de grandes difficultés à réunir une telle somme s'ils venaient à être mis aux poursuites par Risk Equity SAS (ci-après « **l'intimée** »). En effet, l'intimée jouit d'un titre suffisant pour requérir la mainlevée définitive d'une éventuelle opposition<sup>4</sup> et il est certain que le patrimoine de nos mandants devra ainsi être saisi pour être réalisé. Si le Tribunal fédéral admet notre recours, la condamnation pécuniaire de la Cour civile apparaîtra alors injustifiée et nos mandants obtiendront finalement une créance en restitution. Cependant, la perte de leur patrimoine, mobilier et immobilier, ne sera jamais dédommée à sa vraie valeur. D'une part, la valeur affective de certains objets ne sera pas prise en compte dans la réparation de leur préjudice (conformément aux principes clairement admis)<sup>5</sup>. D'autre part, nos mandants ne pourront remplacer certains de leur bien qui sont uniques par nature, ce qui occasionnera un préjudice difficilement réparable.

Nous relevons à cet effet que la présente cause est particulière puisque le Tribunal de première instance a donné raison à nos mandants et que l'instance précédente a tranché en leur défaveur. Ceci constitue un fort indice selon lequel l'insécurité juridique qui règne dans cette affaire doit l'emporter sur les intérêts de célérité que fait valoir l'intimée pour conclure au refus de l'effet

---

<sup>1</sup> CORBOZ *LTF*, art. 103 LTF n° 28.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Idem*, art. 103 LTF n° 29.

<sup>4</sup> ATF 131 III 87 ; DONZALLAZ, n° 4174.

<sup>5</sup> WERRO, n° 48 et 1030.

suspensif. Par ailleurs, l'intimée ne subirait aucun préjudice sérieux si, par impossible, le Tribunal fédéral devait rejeter notre recours au terme d'une procédure de plusieurs mois. En effet, la condamnation de l'instance précédente retient le 12 avril 2012 comme point de départ du calcul des intérêts. Dès lors, que la procédure devant le Tribunal fédéral jouisse de l'effet suspensif ou non ne change rien, sur le plan pécuniaire, à la situation de l'intimée, puisque des intérêts lui seraient dus de toute manière.

## B. Recevabilité du recours

### 1. Qualité pour recourir

La qualité pour recourir en matière civile appartient à quiconque a participé à la procédure devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 let. a LTF), est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 76 al. 1 let. b LTF).

#### 1.1. *Participation à la procédure devant l'autorité précédente*

En étant directement partie à la procédure devant la Cour d'appel civil de la République et canton de Genève, nous avons pris part à la procédure et satisfaisons donc à l'exigence de l'art. 76 al. 1 let. a LTF. De plus, nous possédons le plein exercice des droits civils au sens de l'art. 12 ss CC et jouissons ainsi de la capacité d'ester en justice au sens de l'art. 67 CPC.

#### 1.2. *Intérêt digne de protection*

De jurisprudence constante, l'intérêt digne de protection qu'exige l'art. 76 al. 1 let. b LTF est reconnu si l'intérêt porte sur la modification de la décision rendue, s'il est personnel, actuel et juridique<sup>6</sup>. Formé contre un jugement dont non seulement les motifs, mais aussi les conclusions lèsent nos intérêts patrimoniaux, notre intérêt à recourir est manifestement personnel et juridique. Comme nos conclusions visent à son annulation, notre intérêt porte manifestement sur la modification de la décision rendue.

En ce qui concerne le caractère actuel de notre intérêt à recourir, nous concluons à ce qu'il soit reconnu, puisque la question est déterminante pour l'issue du litige. En effet, si le Tribunal fédéral admet que la qualité pour agir de l'intimée n'existait pas, il devra conclure à l'admission de notre recours et au rejet des conclusions de l'intimée. Par ailleurs, nous relevons que la question de la reconnaissance à titre préjudiciel de la faillite de l'intimée<sup>7</sup> ne saurait être éludée au simple motif que cette dernière n'est plus en liquidation aujourd'hui. Reconnaître le contraire reviendrait en effet à violer d'une part l'art. 317 al. 1 CPC et d'autre part l'art. 75 al. 2 LTF. En conséquence, nous invoquons le respect des articles précités à l'appui de notre recours.

---

<sup>6</sup> CORBOZ LTF, art. 76 LTF n° 14 ss ; HOHL, p. 85 ; KLETT, art. 76 LTF n° 4 ss ; MÜNCH/LUCZAK, n° 2.38.

<sup>7</sup> *Infra*, 2.1.

### 1.3. *Respect de l'art. 317 al. 1 CPC*

En premier lieu, nous tenons à contester la qualité pour agir de l'intimée devant l'autorité cantonale de deuxième instance, autorité qui a violé le droit fédéral en la lui reconnaissant. En effet, selon le système des art. 229 et 317 al. 1 CPC, des faits nouveaux (vrais *novas*) sont admissibles devant la deuxième instance si « *ils sont invoqués ou produits sans retard* » et si « *ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise* »<sup>8</sup>.

Cependant, la notion de « faits nouveaux » ne saurait comprendre le changement de statut juridique du demandeur. En effet, rien dans la doctrine ni dans la jurisprudence ne permet de conclure à ce que les faits nouveaux puissent concerner la qualité pour agir du demandeur. Au contraire, et selon les principes établis par le CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux sont pris en compte de manière restrictive<sup>9</sup>, et la partie qui aura été négligente devant le juge de première instance devra en subir les conséquences<sup>10</sup>. Dès lors, on ne saurait reconnaître que l'assainissement de l'intimée soit qualifié de « fait nouveau » au sens de l'art. 317 al. 1 CPC. En conséquence, nous soutenons qu'il est impossible de reconnaître en deuxième instance la qualité pour agir qui faisait, - à juste titre -, défaut en première instance.

### 1.4. *Respect du principe de la double instance*

Par ailleurs, nous soutenons qu'admettre qu'une demande irrecevable devant la première instance cantonale soit recevable en deuxième instance grâce au changement du statut juridique du demandeur (comme son assainissement dans le cas d'espèce) équivaut pour la partie défenderesse à la perte de la protection juridique qu'exige l'art. 75 al. 2 LTF.

En effet, le principe de la double instance<sup>11</sup> qu'institue l'art. 75 al. 2 LTF vise à protéger le justiciable en lui permettant de déférer sa cause devant deux instances cantonales avant que le Tribunal fédéral ne soit saisi. Implicitement, ceci implique donc que les deux instances cantonales jugent de la cause sur la même base et en ayant à se prononcer sur les mêmes questions juridiques. Dès lors, on ne saurait admettre qu'un demandeur puisse bénéficier de son changement de statut juridique pour « gagner » une instance au détriment des défendeurs, sauf à méconnaître la portée et le sens de l'art. 75 al. 2 LTF.

De plus, admettre une telle « guérison » de la qualité pour agir créerait une inégalité de traitement crasse. A titre d'exemple, on peut imaginer le cas d'un deuxième demandeur, certes hypothétique, se trouvant dans la même situation que l'intimée. Celui-ci aurait, par hypothèse, attendu la

---

<sup>8</sup> Selon les textes des lois précitées.

<sup>9</sup> JEANDIN, art. 317 CPC n° 2.

<sup>10</sup> Pour reprendre la formule de JEANDIN, art. 317 CPC n° 3.

<sup>11</sup> Message LTF, 4109.

reconnaissance de sa faillite étrangère avant de porter action afin de respecter la jurisprudence claire du Tribunal fédéral sur ce point<sup>12</sup>. Dans cette constellation, le deuxième demandeur aurait alors subi un désavantage par rapport à l'intimée qui a, quant à elle, introduit son action sans que sa faillite étrangère n'ait été préalablement reconnue, c'est-à-dire en parfaite opposition à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>13</sup> (voir sur ce point *infra* C.1). Le désavantage précité résiderait dans le moment déterminant pour le calcul des intérêts ou encore dans la solvabilité du défendeur.

Au vu de ce qui précède, notre intérêt à recourir doit être reconnu et les éventuelles objections de l'intimée à ce sujet rejetées.

## **2. Autres conditions de recevabilité**

Pour ce qui est des autres conditions de recevabilité, nous nous limiterons à observer :

- que le présent recours porte sur une décision finale rendue par une autorité cantonale de dernière instance et satisfait donc aux art. 75 al. 1 et 90 LTF, puisque la décision attaquée a mis fin à la procédure devant la Cour d'appel civile de la République et canton de Genève et que cette décision a également mis fin à la procédure devant le Tribunal de première instance ;
- que le présent recours respecte le délai légal de 30 jours institué par l'art. 100 LTF ;
- que le présent recours porte sur une décision rendue en matière civile, conformément à l'art. 72 al. 1 LTF, puisqu'il concerne les affaires du code civil, du code des obligations ou d'autres lois civiles fédérales, à savoir en l'espèce principalement les art. 305 ss CO, 752 ss CO et 128 CPC ;
- que le présent recours satisfait à la valeur litigieuse minimale de CHF 30'000 instituée par l'art. 74 al. 1 let. b LTF, puisque la décision attaquée porte sur un montant de CHF 3'300'000 ;
- que le présent recours est formé pour violation du droit fédéral, conformément à l'art. 95 let. a LTF, puisque toutes les normes invoquées à l'appui du présent recours sont des lois fédérales.

Au vu de ce qui précède, nous concluons à la recevabilité du présent recours et au rejet des conclusions contraires que l'intimée pourrait prendre.

---

<sup>12</sup> ATF 134 III 366, c. 5.1.

<sup>13</sup> *Ibidem.*

## C. Au fond

### 1. Qualité pour agir de l'intimée

Réglémentée en principe par les art. 59 et 66 CPC, la qualité pour agir de l'intimée est ici une question de droit international privé<sup>14</sup>. Selon l'art. 154 LDIP, et contrairement à d'autres juridictions, une société étrangère existe de plein droit en Suisse, sans procédure de reconnaissance nécessaire<sup>15</sup>, signifiant ainsi qu'elle peut faire valoir ses droits directement en Suisse.

Cependant, l'intimée était en liquidation judiciaire de droit français au moment d'ouvrir son action. Dans ce cas de figure, les art. 166 ss LDIP prévoient une réglementation spéciale concernant la reconnaissance de la faillite et imposent à la masse en faillite à l'étranger de procéder à la reconnaissance de la faillite étrangère en Suisse avant de pouvoir y agir en justice<sup>16</sup>. Par ailleurs, et selon la doctrine et la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, il faut comprendre que les art. 166 ss LDIP ne permettent pas une reconnaissance à titre préjudiciel de la faillite étrangère<sup>17</sup>. Cette conception se justifie notamment du fait qu'une reconnaissance à titre préjudiciel mettrait en péril les intérêts des créanciers que les art. 166 ss LDIP protègent<sup>18</sup>.

Dans le cas d'espèce, la demande de reconnaissance du jugement de faillite a été faite à titre préjudiciel devant le Tribunal de première instance. N'étant pas reconnue comme titulaire de droits et d'obligations en Suisse, l'intimée, véritable *trou noir juridique* au moment du dépôt de sa demande, ne pouvait donc pas actionner nos mandants en justice, sauf à méconnaître les art. 166 ss LDIP et la jurisprudence clairement établie par le Tribunal fédéral<sup>19</sup>. Il s'ensuit que seule l'introduction d'une nouvelle action en justice, après que l'intimée a fait reconnaître le jugement de faillite étrangère en Suisse à titre principal (ou, le cas échéant, après son retour *in bonis*), permette d'entrer en matière sur les griefs que l'intimée soulève.

Par ailleurs, l'argument que tire l'intimée du fait qu'elle n'aurait pas eu de créanciers en Suisse au moment du dépôt de sa demande ne saurait convaincre. En effet, seule la procédure de mini-faillite (ou faillite ancillaire) permet d'identifier d'éventuels créanciers (notamment par la voie de l'appel aux créanciers), et il est impossible de savoir si l'intimée avait ou non des créanciers en Suisse sans passer par une telle procédure. Dès lors, l'argument avancé par l'intimée est une pure allégation sans aucun fondement.

---

<sup>14</sup> JEANDIN, art. 66 LDIP n° 6.

<sup>15</sup> GUILLAUME, art. 154 LDIP n° 43 s. ; MARCHAND, p. 206.

<sup>16</sup> BRACONI, art. 166 LDIP n° 8 ; DUTOIT, art. 166 LDIP n° 5 ; ATF 134 III 366, c. 9.2.5.

<sup>17</sup> ATF 134 III 366, c. 5.1.2 ; BRACONI, art. 167 LDIP n° 16 ; DUTOIT, art. 166 LDIP n° 5 ; BUCHER/BONOMIE, n° 1309 ; BERTI, art. 167 LDIP n° 10.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

Au vu de ce qui précède, nous sollicitons l'application de la jurisprudence claire à laquelle le Tribunal fédéral s'est attaché depuis des années et concluons par conséquent au rejet des conclusions présentées par l'intimée au motif que les art. 166 ss LDIP n'ont pas été respectés.

## **2. Responsabilité des administrateurs selon l'art. 754 CO et ses conditions**

Nous considérons que le jugement de l'instance précédente est contraire au droit, tant sous l'angle de la légitimation active que sous l'angle des conditions de la responsabilité, qui ne sont pas remplies en l'espèce.

### *2.1. Légitimation active*

Lorsqu'une action est dirigée à l'encontre des administrateurs d'une SA, il se pose tout d'abord la question de la légitimation active des demandeurs. La réglementation légale étant « *peu claire, lacunaire et même, sur certains points, contradictoire* », CORBOZ en conclut qu'il « *s'agit d'une des questions les plus controversées du droit de la société anonyme* »<sup>20</sup>. Nous allons donc essayer de clarifier cette situation juridique actuelle avant de pouvoir l'appliquer au cas d'espèce.

Après un bref rappel de la distinction entre dommage direct et dommage indirect (voir 2.1.1), nous distinguerons le cas où la société n'est pas en faillite (« hors faillite », voir 2.1.2) du cas dans lequel la société est en faillite (voir 2.1.3).

#### **2.1.1. Distinction entre dommage direct et indirect**

Le droit de la responsabilité civile a pour but de permettre à une personne qui a subi un dommage (le lésé) d'actionner le responsable pour en obtenir la réparation. Cependant, seul le dommage direct (aussi appelé dommage propre) peut, en principe, être réparé, contrairement au dommage indirect (aussi appelé dommage par ricochet, dommage réfléchi ou encore *Reflexschaden*)<sup>21</sup>. Il faut donc distinguer le dommage propre, qui est le dommage que subit la personne qui a été directement atteinte par l'acte dommageable<sup>22</sup>, du dommage par ricochet que subit une tierce personne qui est en relation avec le lésé direct<sup>23</sup>. Cette distinction permet de différencier deux états de fait qui entraînent des conséquences juridiques différentes en droit des sociétés.

Premièrement, lorsqu'un administrateur cause un dommage à la société en manquant fautivement à ses devoirs, on considère que la société subit un dommage direct alors que ses actionnaires subissent un dommage réfléchi. En effet, les actionnaires de la société ne voient pas leur patrimoine

---

<sup>20</sup> CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 54.

<sup>21</sup> *Idem*, art. 754 CO n° 65.

<sup>22</sup> GARBARSKI, p. 58.

<sup>23</sup> WERRO, n° 164.

diminuer directement et immédiatement, mais ils sont touchés indirectement du fait que leurs actions perdent de la valeur et/ou que leurs dividendes sont réduits, voire même supprimés<sup>24</sup>.

Deuxièmement, on considère qu'un tiers (qu'il soit actionnaire ou créancier) subit un dommage direct lorsqu'un administrateur lui cause un dommage à lui seul (et non à la société), car il est alors touché directement dans son patrimoine<sup>25</sup>. Tel est notamment le cas si un administrateur soumet au tiers un faux bilan afin que celui-ci investisse dans la société ou accorde un prêt à cette dernière<sup>26</sup>.

Le dommage propre et par ricochet étant différenciés, il s'agit maintenant de développer nos deux hypothèses principales (situation hors faillite d'abord et en faillite par la suite).

### 2.1.2. Situation hors faillite

Il faut avant tout distinguer l'hypothèse dans laquelle la société est lésée (i) de la situation dans laquelle elle ne l'est pas (ii).

(i) Si la société, sans être en faillite, est lésée, on considère que le tiers ne subit qu'un dommage par ricochet mais aucun dommage direct. La loi limite alors les possibilités d'agir pour ce tiers ; en vertu de l'art. 756 CO, seul l'actionnaire et non le créancier pourra alors agir, et cela seulement pour le compte de la société<sup>27</sup> et non pour lui-même. En effet, si le dommage qu'a subi la société est réparé, le dommage par ricochet de l'actionnaire le sera aussi. Ainsi, lorsque les administrateurs refusent à tort d'inscrire un actionnaire dans le registre des actionnaires, chaque actionnaire a le droit d'actionner les administrateurs fautifs pour qu'ils réparent le dommage qu'a subi la société<sup>28</sup>.

(ii) Si la société n'est pas lésée et qu'une personne (qu'elle soit actionnaire ou créancière) subit un dommage direct, cette dernière peut actionner les administrateurs fautifs en réparation de son dommage, qu'on qualifie alors de direct. Cette action n'est alors limitée ni par la loi, ni par la jurisprudence<sup>29</sup>. Il faut toutefois que les conditions de l'art. 754 CO soient remplies et que le lésé puisse invoquer une violation de l'art. 41 CO, une *culpa in contrahendo* ou encore une norme du droit des sociétés qui est destinée **également** à le protéger<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> GARBARSKI, p. 59.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> ATF 131 III 306 c. 3.1.1.

<sup>28</sup> ATF 139 III 24.

<sup>29</sup> ATF 132 III 564, c. 3.2.1. ; ATF 131 III 306 c. 3.1.2.

<sup>30</sup> ATF 132 III 564, c. 3.2.1. ; CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 63.

### 2.1.3. Situation en faillite

Lors de la faillite, l'art. 757 CO institue un régime spécial lorsque la société est lésée ; l'action contre les administrateurs en réparation du dommage subi par la société doit alors être exercée par la communauté des créanciers<sup>31</sup>.

Si un créancier ou un actionnaire subit un dommage direct, il pourra actionner l'administrateur fautif, mais « *seulement s'il peut fonder son action sur un acte illicite (art. 41 CO), une culpa in contrahendo ou sur une norme du droit des sociétés conçue **exclusivement** pour protéger les créanciers* »<sup>32</sup> (gras rajouté). Cette limitation jurisprudentielle de l'action individuelle à côté de l'action sociale sert à éviter la « course au dédommagement » en privilégiant l'action de la masse en faillite<sup>33</sup>.

Cependant, cette limitation ne s'applique que si la société n'est pas elle-même lésée et si le lésé a subi un dommage direct ; le créancier ou actionnaire peut alors rechercher les administrateurs fautifs si les conditions de l'art. 754 sont remplies<sup>34</sup>.

*In casu*, nous excluons toute application de la *culpa in contrahendo*, puisque les parties ne se trouvent pas dans une situation pré-contractuelle, tout comme la commission d'un acte illicite, puisque, *mutatis mutandis*, les conditions d'application de l'art. 754 CO ne sont pas remplies. Par ailleurs, nous remarquons que ni l'intimée, ni les instances précédentes ne se sont référées à ces fondements juridiques. Dès lors, nous concentrerons notre analyse sur la violation d'une norme du droit des sociétés. Il s'agit donc de savoir si la société Skaldata SA, en faillite, est elle-même lésée afin de déterminer si le demandeur doit baser son action sur une norme du droit des sociétés qui est destinée **également** ou **exclusivement** à le protéger.

Rares sont les normes du droit des sociétés qui sont reconnues comme protégeant exclusivement les intérêts de l'actionnaire (art. 717 al. 2 CO) ou ceux des créanciers (l'art. 745 CO)<sup>35</sup>. Cependant, si la société n'est pas lésée, nous devons alors nous demander si les normes invoquées par l'intimée sont destinées également à la protéger, en sa qualité d'actionnaire et/ou de créancière. Il n'a pas été établi clairement par l'instance précédente si la société était lésée ou non. Partant de l'hypothèse dans laquelle la société n'est pas lésée, nous traiterons de la question en lien avec la prétendue violation d'un devoir (*infra*, 2.3).

Il convient à présent de se prononcer sur les conditions de la responsabilité des administrateurs. L'art. 754 CO institue en effet un régime spécial pour la responsabilité des administrateurs, dont les quatre conditions ne sont manifestement pas remplies en l'espèce.

---

<sup>31</sup> ATF 132 III 564 c. 3.2.2 ; CORBOZ *CoRo CO*, art. 757 CO n° 20.

<sup>32</sup> ATF 132 III 564, c. 3.2.3 ; CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 67.

<sup>33</sup> CHABLOZ, n° 742.

<sup>34</sup> ATF 132 III 564, c. 3.2.3 ; CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 63.

<sup>35</sup> CORBOZ, *Note sur la qualité pour agir*, p. 392.

## 2.2. Le dommage

En droit suisse, le dommage se définit comme une diminution involontaire du patrimoine. En application de la *Differenztheorie*, le dommage correspond à la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il eut été sans l'acte dommageable<sup>36</sup>.

D'après sa jurisprudence, « le Tribunal fédéral n'intervient que si l'autorité cantonale a méconnu la notion juridique du dommage. En revanche, savoir s'il y a eu un dommage et quelle en est la quotité est une question de fait qui lie le Tribunal fédéral en instance de réforme »<sup>37</sup>. En l'espèce, il est clair que l'instance précédente a méconnu la notion juridique du dommage et qu'il s'agit d'une question de droit que le Tribunal fédéral est libre d'examiner. En effet, nous ne contestons en rien les faits qu'a retenus l'instance précédente, mais nous nous référons à la qualification juridique du dommage en tant que tel.

L'intimée invoque d'une part sa participation dans l'augmentation de capital de la société Skaldata SA (i), et d'autre part le prêt qu'elle a octroyé à la même société (ii).

(i) Pour ce qui est de l'augmentation de capital de CHF 3'000'000 qu'invoque l'intimée à titre de dommage, il faut avant tout relever qu'il s'agit d'un investissement, en tous points similaires à un placement en bourse, et qu'un investissement de cet ordre comporte logiquement une prise de risques que tout investisseur raisonnable se doit de connaître. A cet endroit, il faut remarquer que l'intimée est une société active dans le placement de capitaux et qu'elle ne saurait se targuer de quelque inexpérience ou légèreté que ce soit ; elle est au contraire un expert averti et exerce cette activité de manière professionnelle et courante. Enfin, il faut relever que l'intimée n'a encore subi aucun dommage *certain*. En effet, le droit suisse retient l'exigence d'un dommage *certain* dans la qualification du dommage. En l'espèce, il est vrai que la valeur de l'action a fortement chuté depuis la connaissance de la situation financière de Skaldata SA par les investisseurs, mais l'intimée conserve une perspective raisonnable d'être désintéressée au terme de la liquidation de la société, puisqu'elle a, en tant qu'actionnaire, un droit à une part du bénéfice de liquidation.

(ii) En ce qui concerne le prêt de CHF 500'000 de l'intimée à la société Skaldata en faillite, il faut relever que là aussi il n'existe aucun dommage pour le moment. En effet, l'intimée peut faire valoir sa créance dans la phase de liquidation de la société et obtenir au moins une partie de la créance. Par ailleurs, l'intimée n'a pas établi que l'état financier de la société Skaldata SA en faillite est si mauvais que sa créance ne pourra en aucun cas être remboursée au terme de la liquidation. Ce n'est

---

<sup>36</sup> ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; WERRO, n° 42.

<sup>37</sup> ATF 132 III 564, c. 6.2.

donc que si l'intimée ne peut recouvrer sa créance au terme de la liquidation complète de la société en faillite qu'un dommage pourra être retenu, ce qui n'est toutefois pas encore le cas.

Au vu de ce qui précède, nous concluons donc à l'absence de dommage et, en conséquence, au rejet de la responsabilité des administrateurs.

### 2.3. La violation d'un devoir

L'art. 754 CO conditionne la responsabilité des administrateurs à un manquement « à leurs devoirs ». Cette norme renvoie donc aux autres dispositions du droit de la société anonyme qui imposent un certain devoir aux administrateurs ; c'est particulièrement le cas de l'art. 717 CO et de l'art. 725 CO. Il s'impose de mieux analyser la première de ces dispositions afin de comprendre pourquoi, en l'espèce, les recourants n'ont pas manqué à leurs devoirs.

#### 2.3.1. Contenu de l'art. 717 CO

Avant d'analyser la prétendue violation de l'art. 717 CO, il faut d'abord savoir si cette disposition protège les actionnaires et/ou les créanciers, conformément à la *Schutznormtheorie*<sup>38</sup>. En effet, l'intimée demande la réparation d'un dommage direct et doit donc pouvoir invoquer la violation d'une norme du droit des sociétés qui la protège **également**<sup>39</sup>. Nous allons donc analyser l'étendue de cette disposition afin de déterminer si elle protège les actionnaires et/ou les créanciers.

L'art. 717 CO protège en premier lieu les intérêts de la société ; le conseil d'administration doit veiller au succès à long terme de la société en poursuivant une politique centrée sur la recherche de gain (*Gewinnstrebigkeit*)<sup>40</sup>.

Cette norme protège également les actionnaires, et nous ne mettons pas en doute à cet égard son caractère protecteur vis-à-vis de ces-derniers. L'« actionnaire typique » possède à ce propos un intérêt direct à l'augmentation de valeur de son action et à la distribution des dividendes. Certes, les intérêts de l'actionariat d'une société sont loin d'être uniformes ; il existe des intérêts à court terme, comme ceux des « hedge funds », qui se heurtent nettement aux intérêts à long terme d'un actionnaire fondateur. Toutefois, l'art. 717 CO oblige le conseil d'administration à déployer « toute la diligence nécessaire » dans l'exercice des tâches qui lui incombent et il est évident que les actionnaires (quelques que soient leurs intérêts particuliers) ont à cet égard un intérêt commun qui est protégé par cette disposition. Nous ne contestons donc pas la nature protectrice de cette norme vis-à-vis des actionnaires.

En revanche, nous considérons que l'art. 717 CO ne protège pas les créanciers en tant que tels. En effet, même s'il est incontesté que les créanciers aient un intérêt propre au maintien du capital-

---

<sup>38</sup> BÖCKLI, §18 n° 378.

<sup>39</sup> ATF 132 III 564 c. 3 ; CORBOZ, *Note sur la qualité pour agir*, p. 392.

<sup>40</sup> HOMBURGER, art. 717 CO n° 777.

actions et des réserves liées<sup>41</sup>, nous ne voyons pas en quoi ceci pourrait suffire à admettre l'effet protecteur de l'art. 717 CO à leur égard<sup>42</sup>. Le fait qu'un tiers ait un intérêt à la bonne conduite d'une société ne suffit pas encore pour admettre qu'une norme le protège spécifiquement. A titre d'exemple, un employé peut avoir un intérêt direct et légitime à la bonne marche des affaires de l'entreprise pour laquelle il travaille, mais ne pourra en aucun cas se prévaloir de l'art. 717 CO en tant que « *Schutznorm* » pour fonder une action en responsabilité (dans cette hypothèse sur la base de l'art. 41 CO).

Nous concluons donc que l'art. 717 CO protège certes l'actionnaire, mais pas le créancier. Dès lors, l'intimée ne pouvait pas se prévaloir, en sa qualité de créancière, de la violation de l'art. 717 CO comme fondement de la responsabilité du conseil d'administration de Skaldata SA et seule son action en qualité d'actionnaire jouit d'un fondement légal.

Quant à savoir si l'art. 717 CO a été respecté ou non par les recourants, il faut relever que cette norme impose trois devoirs aux administrateurs : le devoir de diligence (voir 2.3.2), le devoir de fidélité (voir 2.3.3) et le respect de l'égalité de traitement entre actionnaires. Le dernier des devoirs mentionnés n'étant pas pertinent dans le cas d'espèce, nous analyserons ci-dessous le devoir de diligence d'abord et le devoir de fidélité par la suite.

### 2.3.2. Devoir de diligence de l'art. 717 CO

#### 2.3.2.1. Généralités

Le *devoir de diligence* est une notion qui doit être objectivée en fonction des circonstances concrètes *ex ante* : l'administrateur est tenu à la diligence que l'on peut raisonnablement s'attendre d'un administrateur abstrait agissant conformément au droit dans la même situation<sup>43</sup>. Il faut se demander si, en fonction des renseignements dont il disposait ou pouvait disposer, son attitude paraît raisonnablement défendable<sup>44</sup>. La diligence se mesure donc en fonction des circonstances au moment de la prétendue violation du devoir<sup>45</sup>.

Le conseil d'administration déploie toute la diligence nécessaire dans l'accomplissement de la mission qui lui est confiée<sup>46</sup>. Il ne doit notamment pas se lancer dans des opérations sans espoir ou exagérément risquées. Toutefois, la nature entrepreneuriale même présuppose une certaine dose d'optimisme et un certain « *goût du risque* »<sup>47</sup>. On ne saurait en effet imposer aux administrateurs d'une société de n'agir que lorsqu'ils sont absolument certains du succès de l'entreprise, sauf à

---

<sup>41</sup> HOMBURGER, art. 717 CO n° 799.

<sup>42</sup> Dans le même sens CORBOZ *CoRo CO*, art. 717 CO n° 3.

<sup>43</sup> ATF 139 III 24 c. 3.2 ; ATF 122 III 198 c. 3 ; BÖCKLI, §13 n° 575 ; CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 19.

<sup>44</sup> TF du 27.8.2013, 4A\_120/2013 c. 3.

<sup>45</sup> ATF 139 III 24 c. 3.2.

<sup>46</sup> CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 20.

<sup>47</sup> CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 22 ; GERICKE/WALLER, art. 754 CO n° 31.

paralyser l'économie privée et à battre en brèche le modèle libéral qui a fait le succès des sociétés suisses. Il est en effet notoire que la gestion d'une société ne peut pas se faire sans prise de risque et que la concurrence oblige à la recherche continue de nouvelles parties de marché. Les actes des administrateurs sont toujours empreints d'incertitude, de sorte qu'il ne serait pas approprié de déduire de la simple survenance d'un préjudice qu'il y a eu violation de leurs devoirs<sup>48</sup>. On peut donc postuler que l'action des administrateurs relève plus d'une obligation de moyen que de résultat<sup>49</sup>. Par ailleurs, il est important de garder à l'esprit que le risque du marché ne doit pas être supporté par les organes, mais bien plutôt par les actionnaires, qui endossent un certain risque de leur plein gré lorsqu'ils décident d'investir dans la société<sup>50</sup>.

Doctrine et jurisprudence soutiennent cette approche. En effet, la doctrine précise que « *la prise de risque est indispensable à toute croissance* »<sup>51</sup>, alors que le Tribunal fédéral confirme ce point de vue en arguant que « *les organes jouissent d'une large marge d'appréciation quant aux mesures d'assainissement à entreprendre et l'analyse du juge des décisions propres à la gestion d'entreprise doit se faire avec grande retenue* »<sup>52</sup> (gras rajouté). Nous nous pencherons à cet égard sur l'analyse de la « *Business judgement rule* » dans le prochain paragraphe (2.3.2.2).

En l'espèce, il ne ressort pas des faits que les recourants possédaient des connaissances supérieures à la moyenne dans le domaine de la gestion d'entreprise et du commerce des appareils médicaux, de sorte que l'analyse de leurs actions ne doit pas être particulièrement sévère, mais doit plutôt obéir à une appréciation neutre.

Deuxièmement, l'attitude professionnelle et digne de foi des recourants peut d'ailleurs être démontrée. En effet, lors de la dernière assemblée générale de la société, le conseil d'administration a informé les actionnaires de manière transparente à propos de la situation économique de Skaldata SA, qui se trouvait alors en situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO.

Troisièmement, il est nécessaire de rappeler que l'intimée était déjà actionnaire (minoritaire) de Skaldata SA avant l'augmentation de capital du 2 avril 2012. En cette qualité, l'intimée jouissait de la possibilité de consulter le rapport de gestion et le rapport de révision (art. 696 CO), de demander des renseignements au conseil d'administration lors de l'assemblée générale (art. 697 CO) et, subsidiairement, de proposer qu'un contrôle spécial afin d'élucider des faits déterminés soit commandé (art. 697a). Il ne ressort nullement des faits établis par l'instance précédente que l'intimée ait fait usage de ses droits avant de participer à l'augmentation de capital et à l'octroi du prêt. Elle ne peut donc reprocher aux administrateurs d'avoir « été trompée » alors qu'elle aurait

---

<sup>48</sup> HÄNNI, p. 277.

<sup>49</sup> PETER/CAVADINI, art. 717 CO n° 7.

<sup>50</sup> BERTSCHINGER, art. 754 CO n° 43.

<sup>51</sup> JACQUEMOUD/PASQUIER, p. 294.

<sup>52</sup> TF du 8.2.2010, 4A\_306/2009 c. 7 (en traduction libre de l'allemand).

facilement pu acquérir par elle-même les connaissances nécessaires à une correcte évaluation de la situation de l'entreprise. De plus, contrairement à l'exemple d'un bilan inexact cité par la doctrine pour engager la responsabilité de son auteur<sup>53</sup>, il faut préciser que le bilan présenté par les recourants était établi conformément aux dispositions légales.

#### 2.3.2.2. Application de la « Business Judgment Rule »

L'application de la « *Business Judgment Rule* », principe importé des Etats-Unis et repris par le Tribunal fédéral et la doctrine<sup>54</sup>, mérite d'être discutée. Ce principe permet de tenir compte de manière particulièrement appropriée de l'incertitude inhérente à l'activité commerciale ainsi que du pouvoir d'appréciation des administrateurs dans le processus décisionnel. Ainsi, le juge doit faire preuve de retenue dans l'appréciation des décisions de gestion lorsqu'elles ont été « *prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et exempt de conflits d'intérêts* »<sup>55</sup>. Si le devoir de diligence de l'art. 717 CO fixe le « *Wie* », ledit principe permet de donner un contenu au « *Was* »<sup>56</sup>.

Il est donc nécessaire de se concentrer sur l'évaluation de la situation économique de la société faite par les administrateurs en avril 2012, c'est-à-dire au moment où l'intimée a participé à l'augmentation de capital à hauteur de CHF 3'000'000 et a octroyé le prêt de CHF 500'000 à Skaldata SA.

*In casu*, aucun élément ne permet de déceler des manques d'informations dans le processus décisionnel ; au contraire, la nouvelle possibilité d'investissement repérée est bien la preuve que les recourants étaient attentifs aux circonstances du marché sur lequel ils opéraient. Il est vrai que leur décision semble inappropriée, voire même fautive, lorsqu'on considère la situation *ex post*, mais l'examen du juge ne saurait mettre en doute l'opportunité d'une décision *a posteriori* ; son analyse doit, bien au contraire, se faire d'un point de vue *ex ante*<sup>57</sup>.

La réception de la « *Business judgment rule* » reflète bien cette volonté de protéger la marge d'appréciation nécessaire à la bonne gestion d'une société, faute de quoi aucune entreprise commerciale ne pourrait se développer. En effet, imposer aux administrateurs de supporter le risque du marché lorsqu'une perspective de développement ne fonctionne pas, c'est priver l'économie privée de tout dynamisme et interdire la prise de risques de manière absolue. Comme nous l'avons précisé plus haut, une telle astreinte n'est compatible ni avec le système de responsabilité choisit par le législateur (qui attribue le risque à l'actionnaire), ni avec le modèle économique suisse.

---

<sup>53</sup> CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 62 ; HIRSCH, p. 49.

<sup>54</sup> BRUGGER/VON DER CRONE, p. 183 ; VOGT/BÄNZIGER, p. 610.

<sup>55</sup> TF du 19.6.2012, 4A\_74/2012 c. 5 (en traduction libre de l'allemand).

<sup>56</sup> GERICKE/WALLER, art. 754 CO n° 31a.

<sup>57</sup> BÖCKLI, §13 n° 581.

Au vu de ce qui précède, nous concluons que les recourants n'ont pas violé leur devoir de diligence et n'engagent donc pas leur responsabilité vis-à-vis de l'intimée, ni en sa qualité d'actionnaire, ni en sa qualité de créancière.

### 2.3.3. Devoir de fidélité de l'art. 717 CO

Tout d'abord, il faut relever que le devoir de fidélité est dû à la société<sup>58</sup>. L'intérêt social est l'objectif visé par l'activité diligente de l'administrateur<sup>59</sup>. On ne saurait suivre le raisonnement de l'instance précédente qui soutient une interprétation littérale de l'art. 717 CO, selon laquelle on devrait déduire un devoir de fidélité vis-à-vis des actionnaires. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs établi qu'en cas de conflit d'intérêt, c'est bien les intérêts de la société qui doivent prévaloir<sup>60</sup>. Il est certes possible de nuancer cette affirmation en arguant que les intérêts de la société et ceux de son actionnariat se recouvrent souvent, mais le droit suisse ne permet en aucun cas l'assimilation, - simpliste -, des intérêts de la société à ceux des actionnaires<sup>61</sup>.

En effet, les intérêts des actionnaires peuvent diverger considérablement de ceux de la société. Comme l'actionnaire n'est pas soumis à un devoir de fidélité vis-à-vis de la société, un actionnaire majoritaire est parfaitement libre d'agir dans son intérêt propre, par exemple afin d'éliminer un concurrent en prenant le contrôle, ou encore afin de favoriser une société tierce. Au contraire, les intérêts de la société visent à une activité prospère sur le long terme. Dès lors, une décision ne saurait être sanctionnée lorsqu'elle vise à contribuer à l'augmentation de la valeur sociétaire à long terme<sup>62</sup>.

En l'espèce, l'augmentation du capital entreprise par Skaldata SA avec la participation de l'intimée correspond aux intérêts de la société. L'existence d'un nouveau potentiel de croissance avait été repérée et c'était donc dans le plein intérêt de la société, et ainsi de ses actionnaires, qu'une augmentation de capital a été opérée. Nous ne saisissons donc pas en quoi les recourants auraient violé leur devoir de fidélité vis-à-vis de l'intimée en sa qualité d'actionnaire dans le cas d'espèce.

En résumé, l'intimée ne peut intenter son action qu'en sa qualité d'actionnaire, l'art. 717 CO ne protégeant pas les créanciers. En sa qualité d'actionnaire, l'instance précédente a reconnu à tort que les recourants ont engagé leur responsabilité en vertu de l'art. 754 CO en violation de leurs devoirs imposés par l'art. 717 CO. Comme nous avons eu occasion de le démontrer, les administrateurs n'ont aucunement violé leurs devoirs sociétaires (de diligence et de fidélité notamment) et par conséquent l'action de l'intimée perd toute pertinence juridique. Subsidièrement, la même

---

<sup>58</sup> CHAPUIS, art. 717 CO n° 7 ; BÖCKLI, §13 n° 598.

<sup>59</sup> HÄNNI, p. 278.

<sup>60</sup> ATF 113 II 52 c. 3 ; ATF 130 II 213 c. 2.

<sup>61</sup> BÖCKLI, §13 n° 598.

<sup>62</sup> HOMBURGER, art. 717 CO n° 785.

conclusion devrait s'imposer si le caractère protecteur de l'art. 717 CO vis-à-vis de l'intimée en sa qualité de créancière devait être admis.

#### 2.4. *La causalité*

La causalité, condition générale du droit de la responsabilité civile, impose un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'acte générateur de responsabilité (la violation du devoir dans le cas de l'art. 754 CO) et le dommage<sup>63</sup>. La causalité doit non seulement être naturelle, c'est-à-dire que la violation du devoir est une *conditio sine qua non* à la baisse du patrimoine<sup>64</sup>, mais elle doit aussi être adéquate. Selon le Tribunal fédéral, la causalité adéquate est remplie si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, la violation du devoir « *était en soi propre à produire un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que le résultat paraît, d'une manière générale, avoir été entraîné par le fait ou par l'acte. La définition qui précède vaut aussi pour la responsabilité dans le droit des sociétés anonymes* »<sup>65</sup>.

La causalité naturelle étant une question de fait<sup>66</sup>, nous ne la remettons pas en question. Cependant, la notion même de causalité adéquate a été mal appliquée par l'instance précédente, qui a constaté que « *le conseil d'administration de Skaldata SA aurait dû s'ouvrir à l'intimée de ses **doutes** en lien avec la pénétration de la société sur un marché hautement spécialisé* » (gras rajouté) pour en conclure qu'il « *ne fait aucun doute que Risk Equity SAS éprouve un dommage du fait de son investissement malheureux* ».

En effet, l'instance précédente n'a pas établi si une éventuelle omission du conseil d'administration de faire part de ses doutes était de nature à amener l'intimée à investir dans cette augmentation du capital d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie. Même si la réponse à cette question avait été positive, il lui aurait ensuite fallu analyser l'hypothèse dans laquelle les administrateurs auraient effectivement fait part de leurs doutes pour vérifier si cela aurait effectivement dissuadé l'intimée d'investir.

Nous ne pouvons donc qu'arriver à la conclusion que l'investissement dans une société est l'exemple même de la prise de risque. Ce ne sont donc pas les doutes qui auraient pu changer l'opinion de l'intimée et l'auraient menée à renoncer à cet investissement, alors qu'elle était déjà actionnaire et croyait donc au large potentiel de cette société. Le même raisonnement s'applique, *mutatis mutandis*, au prêt consenti par l'intimée.

En l'espèce, l'intimée invoque premièrement un dommage de CHF 3'000'000 en sa qualité d'actionnaire, qui correspondrait à son investissement dans l'augmentation de capital en 2012. Or,

---

<sup>63</sup> WERRO, n° 190.

<sup>64</sup> *Idem*, n° 192.

<sup>65</sup> ATF 113 II 57 c. 3a = JdT 1988 I p. 26.

<sup>66</sup> WERRO, n° 191.

si l'acte dommageable qu'elle invoque, c'est-à-dire le fait d'avoir été mise en confiance par les recourants, ne se serait pas produit, il est hautement vraisemblable que l'intimée aurait quand même investi le même montant : en effet, étant déjà actionnaire de cette société, l'intimée était de toute façon prête à investir ce montant et savait, en tant que société de placement, qu'un certain risque existait. L'acte dommageable qu'invoque l'intimée n'est donc pas causal du dommage qu'elle allègue, car le dommage se serait produit même sans l'acte dommageable. Dès lors, le lien de causalité adéquate entre l'investissement de CHF 3'000'000 et le dommage que l'intimée allègue fait défaut et la responsabilité des recourants doit être rejetée sur ce point.

Quant à sa qualité de créancière, l'intimée prétend avoir subi un dommage de CHF 500'000, montant qu'elle a prêté à la société le 2 avril 2002. Or, comme nous venons de le démontrer pour l'augmentation de capital, ce prêt aurait aussi eu lieu sans le prétendu acte dommageable des recourants. Dès lors, le prêt de CHF 500'000 ne saurait être qualifié de dommage, faute de lien de causalité adéquate.

Reconnaître le contraire reviendrait à dire que les recourants auraient exercé une influence directe et immédiate sur la décision de l'intimée, de telle sorte qu'elle aurait quasiment été contrainte à un acte qu'elle ne voulait absolument pas. Or, ni les faits établis par l'instance précédente, ni l'expérience générale de la vie ne permettent d'inférer une telle influence, directe et immédiate, qu'auraient pu avoir les recourants sur l'intimée. Au contraire, les faits établissent clairement que l'intimée était, en qualité de société de placement, rompue aux affaires et consciente des risques liés à chaque investissement.

Au-delà du cas d'espèce, admettre *in casu* un lien de causalité adéquate équivaut à élargir considérablement la notion de dommage, que le Tribunal fédéral a pourtant interprétée de manière restrictive jusqu'ici. Pareille extension de la notion de dommage appelle, en dehors des considérations de politique juridique, une pesée des intérêts économiques en cause. En effet, admettre que de simples conseils (donnés par l'administrateur à un actionnaire à titre purement gratuit) suffisent à fonder un lien de causalité adéquate avec la perte d'un investissement, c'est forcer les administrateurs des sociétés suisses à un silence absolu sur l'état de la société, puisque chacune de leurs paroles pourraient alors leur faire supporter la perte d'un investisseur mal avisé. Un tel poids sur les épaules des administrateurs de sociétés n'est en effet pas compatible avec l'esprit du législateur.

La condition de la causalité adéquate n'étant pas remplie, les prétentions de l'intimée doivent être rejetées sur ce point également.

## 2.5. *La faute*

La faute, même légère, est une condition de la responsabilité des administrateurs<sup>67</sup>. Celle-ci peut être intentionnelle ou due à la négligence<sup>68</sup>, et comprend à la fois un aspect objectif et un aspect subjectif<sup>69</sup>. L'aspect objectif, qui analyse le comportement qu'aurait eu un administrateur diligent dans les mêmes circonstances, se confond donc avec la violation du devoir de diligence<sup>70</sup>. Quant à l'aspect subjectif, il se comprend comme « *le fait, pour l'auteur, de ne pas mettre en œuvre sa capacité de compréhension et sa volonté pour obéir au devoir de diligence qui lui incombe* »<sup>71</sup>.

*In casu*, étant donné que les administrateurs n'ont pas violé leurs devoirs (comme il a été démontré plus haut), ils ne peuvent pas non plus avoir commis de faute, du moins dans son aspect objectif. Dès lors, nous prions le Tribunal fédéral de bien vouloir se référer à nos observations sur la violation d'un devoir (voir 2.3).

Au vu de ce qui précède, nous concluons donc à l'admission du recours et au rejet des conclusions de l'intimée qui tendent à faire reconnaître la responsabilité des recourants.

### 3. Amende pour téméraire plaideur

#### 3.1. *Violation de l'art. 128 CPC*

Le jugement de l'instance précédente, qui nous condamne à une amende de CHF 5'000 viole l'art. 128 CPC. En se référant au titre de « *téméraires plaideurs* » qu'a retenu l'instance précédente dans son application de l'art. 128 CPC, il faut en déduire qu'elle a cherché à appliquer l'art. 128 al. 3 CPC qui réprime les procédés téméraires, et non l'alinéa 1 du même article qui punit la violation des convenances et la perturbation du déroulement de la procédure.

Cependant, l'art. 128 al. 3 CPC prévoit une amende disciplinaire de CHF 2'000 au plus et ne prévoit le maximum de CHF 5'000 qu'en cas de récidive. Or, nous n'avons pas été condamnés préalablement au sens de l'art. 128 CPC et la récidive n'est, dès lors, pas réalisée. Au vu de ce qui précède, il faut donc considérer que l'amende de CHF 5'000 infligée par l'instance précédente est illicite et il y a lieu de l'annuler déjà sur ce point.

Par ailleurs, il convient de préciser que l'art. 128 CPC a été *coordonné* sur l'art. 33 LTF et qu'il est dès lors possible de se référer à la jurisprudence rendue en application de l'art. 33 LTF pour apprécier de l'application de l'art. 128 CPC<sup>72</sup>. Pour ce qui est de l'art. 33 LTF, la doctrine retient que le caractère téméraire d'une procédure ne doit pas être retenu à la légère<sup>73</sup>. Conformément à la

---

<sup>67</sup> CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 37.

<sup>68</sup> *Idem*, art. CO 754 n° 38.

<sup>69</sup> WERRO, n° 256.

<sup>70</sup> GERICKE/WALLER, art. 754 CO n° 32.

<sup>71</sup> WERRO, n° 269.

<sup>72</sup> Message CPC, 6916.

<sup>73</sup> DONZALLAZ, art. 33 LTF, n° 486.

jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>74</sup>, « agit par témérité ou légèreté la partie qui, en faisant preuve de l'attention et de la réflexion que l'on peut attendre d'elle, sait ou devait savoir que les faits invoqués à l'appui de ses conclusions n'étaient pas conformes à la vérité ou qui, malgré l'absence évidente de toute chance de succès, persiste dans sa volonté de recourir »<sup>75</sup>.

Dans le cas d'espèce, notre argumentation devant l'instance précédente était la même que celle que nous avons soumise au Tribunal de première instance et qui a été sanctionnée par un jugement nous donnant raison. Dès lors, il est impossible de considérer que répéter une argumentation partagée par le Tribunal de première instance puisse être qualifié de « téméraire » devant la deuxième instance cantonale. Enfin, et selon une jurisprudence toute récente, on ne saurait condamner pour téméraire plaideur la partie qui est déjà obligée à payer les frais et dépens<sup>76</sup>.

### 3.2. Violation de l'art. 29 al. 2 Cst. et de l'art. 53 CPC

Avant tout, il faut remarquer que le droit d'être entendu sert, selon la doctrine et la jurisprudence constante, deux finalités ; il doit d'abord faciliter l'établissement correct des faits, mais représente aussi un droit de participation du justiciable dans les actes de l'autorité<sup>77</sup>. Il découle du droit d'être entendu que les personnes concernées doivent pouvoir se déterminer sur le prononcé d'une amende d'ordre ainsi que sur son montant avant d'être condamnées<sup>78</sup>.

Sur ce point, il faut concéder que le Tribunal fédéral a, certes, restreint l'application du droit d'être entendu dans le cas du prononcé d'une amende disciplinaire rendue contre un avocat en raison de sa témérité. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que ni l'établissement des faits, ni le droit de participation du justiciable ne justifiaient que le droit d'être entendu soit accordé dans cette situation.<sup>79</sup> Il suffit cependant de se rapporter à l'argumentation fournie par le Tribunal cantonal zurichois<sup>80</sup> à cet égard pour se rendre compte que la jurisprudence établie par le Tribunal fédéral se doit d'être révisée.

D'une part, une sanction disciplinaire ne peut être qualifiée de si banale que le droit de participation du justiciable ne soit pas fondé. D'autre part, on ne saurait considérer que la fonction procédurale du droit d'être entendu, à savoir son rôle de contribuer au mieux à l'établissement des faits, ne joue aucun rôle dans le prononcé d'une amende disciplinaire. En effet, il ne peut être exclu qu'une argumentation semblant téméraire d'un premier regard soit ensuite considérée comme parfaitement soutenable après clarification de la situation auprès de l'avocat qui en est l'auteur.

---

<sup>74</sup> TF du 3.5.2005, 4.P\_38/2005.

<sup>75</sup> TF du 30.11.2007, 9C\_573/2007.

<sup>76</sup> Arrêt en ligne du TC/JU CC 39/2013 du 14 juin 2013.

<sup>77</sup> ATF 117 Ia 262 c. 4b.

<sup>78</sup> BORNATICO, art. 128 CPC n° 24 ; HALDY, art. 128 CPC n° 5.

<sup>79</sup> ATF 111 Ia 275 c. 2c.

<sup>80</sup> Jugement du *Zürcher Kassationsgericht* du 14.12.1988, in RSJ 86/1990 p. 105.

Enfin, il faut rappeler qu'une des facettes capitales du droit d'être entendu est l'obligation pour l'Etat de motiver sa décision<sup>81</sup>. L'instance précédente est cependant passée outre ces considérations : rien dans le dispositif du jugement cantonal ne nous éclaire sur notre comportement téméraire, l'instance précédente s'en contentant d'un laconique : « *L'on notera que l'argumentation de Monsieur Lloyd et de Madame Lambert est si insoutenable qu'il se justifie de les condamner conjointement et solidairement à une amende pour téméraire plaideur* ». Le caractère insoutenable doit cependant être expliqué et démontré pour qu'une telle amende soit prononcée.

Comme le droit d'être entendu est de nature formelle<sup>82</sup>, la violation des art. 29 al. 2 Cst. et 53 CPC doit avoir pour conséquence l'annulation de l'amende disciplinaire à ce titre également. Enfin, il faut relever qu'une éventuelle guérison n'entre pas en question devant le Tribunal fédéral, puisque celui-ci n'a pas le même pouvoir de cognition en fait et en droit que l'instance cantonale précédente<sup>83</sup>.

### 3.3. *Violation de l'art. 9 Cst*

L'art. 9 Cst. ancre et institue la protection des administrés face à l'arbitraire de l'Etat. Dans le cas concret, et au vu de ce qui précède, l'amende qui nous a été infligée doit être considérée comme arbitraire, puisqu'*elle méconnaît gravement une règle de droit ou un principe juridique clair et indiscuté, et qu'elle contredit de manière choquante le sentiment de l'équité*<sup>84</sup>.

Concernant le fondement même de l'acte « téméraire », celui-ci n'est absolument pas précisé ou commenté dans le jugement de l'instance précédente. Partant, il est impossible de comprendre ledit acte téméraire, de s'en défendre, lorsque dans le même temps nous n'avons fait que répondre à une action en justice dirigée contre nous. Cette absence d'argumentation, d'éclaircissement, laisse par la suite libre l'instance précédente d'infliger une amende à son bon plaisir, tombant en définitive dans l'arbitraire.

En appliquant de manière erronée l'art. 128 CPC et en violant les principes élémentaires du droit d'être entendu, l'instance précédente a violé le droit fédéral. Au vu de ce qui précède, nous concluons à l'annulation de l'amende disciplinaire pour « témeraires plaideurs ».

---

<sup>81</sup> MOOR/POLTIER, n° 2.2.8.3 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n° 1706.

<sup>82</sup> ATF 127 V 431, c. 3d/aa.

<sup>83</sup> Art. 105 LTF.

<sup>84</sup> En outre, cf. ATF 136 I 316 c. 2.2.2 ; ATF 129 I 8 c. 2.1 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1146 ss ; MAHON, art. 9 Cst. n° 3 ; ROHNER, art. 9 Cst. n° 3 ss ; RHINOW/SCHEFER, n° 1973.