

Mémoire de réponse

Adressé à
La 1^{ère} Cour de droit civil du Tribunal fédéral

Par

RiskEquity SAS
Représentée par l'équipe n° 10 du SwissMoot Court

Contre

M Lloyd
et
Mme Lambert
Représentés 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

1^{ère} 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 Risk Equity SAS, intimée, nous avons l'honneur de vous adresser le présent mémoire de réponse contre le recours interjeté par M. Lloyd et Mme Lambert 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

Table des matières.....	III
Bibliographie	IV
Table des abréviations	VI
I. Conclusions	1
II. En faits.....	1
III. En droit.....	2
A. Requête d'effet suspensif.....	2
B. Recevabilité	3
1. Défaut de qualité pour recourir des recourants	3
1.1. <i>Faits déterminants</i>	3
1.2. <i>Défaut d'intérêt actuel à recourir selon l'art. 76 al. 2 LTF</i>	3
C. Au fond	5
1. Reconnaissance de la faillite étrangère.....	5
1.1. <i>Question de la reconnaissance à titre préjudiciel</i>	5
1.1.1. Position de la doctrine et jurisprudence du Tribunal fédéral	5
1.1.2. Les particularités du cas d'espèce et la solution applicable.....	5
1.2. <i>Respect des conditions ordinaires de l'art. 166 LDIP</i>	7
2. Responsabilité des administrateurs	7
2.1. <i>Légitimation active</i>	7
2.1.1. Situation hors faillite	7
2.1.2. Situation en faillite	8
2.2. <i>Application de l'art. 754 CO en général</i>	9
2.3. <i>Les conditions de la responsabilité selon l'art. 754 CO</i>	10
2.3.1. Le dommage.....	10
2.3.2. La violation d'un devoir.....	10
2.3.2.1. Protection des actionnaires par l'art. 717 CO	10
2.3.2.2. Protection des créanciers par l'art. 717 CO	11
2.3.2.3. Devoir de diligence	12
2.3.2.4. Devoir de fidélité.....	14
2.3.3. La causalité	15
2.3.4. La faute	15
2.4. <i>Application subsidiaire des art. 41 ss CO</i>	16
3. Condamnation à une amende disciplinaire.....	17
3.1. <i>Absence de conclusions formelles</i>	17
3.2. <i>Rôle de l'ancien Art. 20a al. 1 LP</i>	17
3.3. <i>Application de l'art. 42 al. 7 LTF</i>	18

Bibliographie

BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 4^eéd., Zurich/Bâle/Genève 2009.

BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 3^e éd., Bâle 2013.

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

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

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

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, 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.

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

FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11^e éd., Berne 2012.

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

HOHL Fabienne, in : Foëx Bénédict/Hottelier Michel/Jeandin Nicolas, *Les recours au Tribunal fédéral*, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 71 ss.

HOMBURGER Eric, *ZüKomm – Volume V/5b, Der Verwaltungsrat (art. 707-726)*, 2^eéd., Zurich 1997.

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

JENSEN Michael C./MECKLING William H., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics 1976, 305 ff.

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

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

RICHTER Rudolf/FURUBOTN Eirik G., *Neue Institutionenökonomik: Eine Einführung und kritische Würdigung*, 4^e éd., Tübingen 2010.

SIEGWART Alfred, *ZüKomm – Volume V/5a, Allgemeine Bestimmungen (art. 620-659)*, Zurich 1945.

TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc, *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.

VON DER CRONE Hans Caspar, *Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, RSDA 2006, p. 2 ss.

WATTER Rolf/PELLANDA Katja Roth, *BaKomm – Obligationenrecht II (art. 530-954 OR)*, 4^eéd., Bâle 2012.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^e 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
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
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)
i.e.	<i>id est</i> , c'est-à-dire
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 ^o	numéro
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
SA	société anonyme
SAS	société par actions simplifiée
SJ	La Semaine judiciaire (Genève)
ss	et les suivant(e)s

I. Conclusions

L'intimée conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

Principalement

- 1) Rejeter la demande d'effet suspensif ;
- 2) Déclarer le recours partiellement irrecevable en ce qui concerne la question de la reconnaissance à titre préjudiciel de la faillite étrangère ;
- 3) Pour le reste, confirmer le jugement de l'instance inférieure et rejeter les demandes de M. Lloyd et Mme Lambert ;
- 4) Condamner M. Lloyd et Mme Lambert à payer les frais et dépens ;

Subsidiairement

- 5) Confirmer le jugement de l'instance inférieure et rejeter les conclusions de M. Lloyd et Mme Lambert ;
- 6) Condamner M. Lloyd et Mme Lambert à payer les frais et dépens.

II. En faits

RiskEquity SAS (ci-après « **l'intimée** ») prie le Tribunal fédéral de bien vouloir considérer les faits de l'arrêt CV/18092013/2-MC de la Chambre civile virtuelle de la Cour de Justice de la République et canton de Genève Cour d'appel civile (ci-après « **l'instance précédente** ») comme siens et de s'y référer.

Quant au fait que le jugement de l'instance précédente condamne les recourants au paiement de CHF 300'000 (et non CHF 500'000, mis à part la somme de CHF 3'000'000) avec intérêts à partir du 12 avril 2012 (et non le 2 avril 2012), il faut considérer qu'il s'agit d'une simple erreur de plume. En effet, aucun élément des considérants ou du dispositif de l'arrêt ne permettent de conclure à une réduction (soit un rejet partiel) de nos prétentions. Au contraire, le jugement de l'instance précédente donne pleinement raison à l'intimée et n'exprime aucune réserve quant à ses prétentions. Si l'instance précédente avait vraiment voulu rejeter partiellement nos conclusions, elle aurait sans aucun doute traité de cette question dans ses considérants, sinon dans le dispositif.

Dès lors, nous concluons à une simple erreur de plume qui ne saurait porter préjudice à l'intimée. Il y a donc lieu de reconnaître que le jugement de l'instance précédente condamne les recourant au paiement de 3'000'000 CHF et 500'000 CHF avec intérêts à partir du 2 avril 2012.

III. En droit

A. Requête d'effet suspensif

Concernant la requête d'effet suspensif présentée par M. Lloyd et Mme Lambert (ci-après « **les recourants** »), nous tenons à rappeler que celle-ci doit être l'exception plutôt que la règle¹. Partant, l'argumentation des demandeurs ne convainc pas, et ce sur de nombreux points.

Tout d'abord, nous tenons à mettre en lumière le caractère exceptionnel qu'aurait cet effet suspensif au vu de la pratique actuelle du Tribunal fédéral. En effet, l'octroi de l'effet suspensif doit rester l'exception, et cela tout particulièrement pour les actions en condamnation de nature pécuniaire. En effet, la réglementation qu'institue l'art. 103 LTF vise justement à permettre le recouvrement rapide des créances sanctionnées d'un jugement exécutoire. Or, accorder l'effet suspensif trop largement reviendrait à prolonger inutilement des procédures déjà longues, ce qui violerait l'esprit de l'art. 103 al. 3 LTF. A ce sujet, le Message relève que le recours n'a en règle générale, "*pas d'effet suspensif (al. 1), ce qui a aussi le mérite d'enlever un attrait pervers au choix de recourir*"². De plus, la casuistique récente démontre que l'effet suspensif n'est pas accordé dans une action civile de nature pécuniaire, ce qui est également confirmé par CORBOZ³.

Enfin, nous remarquons que l'hypothèse soulevée par les recourants, selon laquelle ils seraient exposés à un préjudice irréparable, relève de la pure fantaisie. En effet, l'exécution du jugement de dernière instance ne saurait leur causer un préjudice irréparable puisque des instruments juridiques (action en restitution ou en revendication) leur permettraient d'être rétablis dans leurs droits antérieurs au cas où le Tribunal fédéral devait, par impossible, leur donner raison.

Au vu de ce qui précède, nous concluons au rejet de l'octroi de l'effet suspensif.

¹ Art. 103 LTF.

² Message LTF, 4140.

³ CORBOZ LTF, art.103 LTF n° 28.

B. Recevabilité

1. Défaut de qualité pour recourir des recourants

1.1. Faits déterminants

Sous réserve de l'art. 105 al. 2 LTF, qui n'est manifestement pas réalisé en l'espèce, l'art. 105 al. 1 prévoit que “le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente”.

En l'espèce, l'instance précédente a retenu que si l'intimée était en liquidation judiciaire au moment du dépôt de la demande, ce n'était plus le cas lorsque l'instance précédente a été saisie de l'appel contre le jugement de première instance. En effet, il a été relevé que l'intimée avait valablement prouvé son retour *in bonis* et qu'il fallait donc la considérer comme assainie.

Dès lors, le Tribunal fédéral doit s'en tenir aux faits tels qu'établis par l'autorité précédente et considérer que l'intimée n'est plus en situation de faillite. Nous démontrerons ci-dessous l'importance de cette constatation.

1.2. Défaut d'intérêt actuel à recourir selon l'art. 76 al. 2 LTF

L'art. 76 al. 2 LTF prévoit qu'a qualité pour recourir quiconque “est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification”. Doctrine et jurisprudence considèrent depuis longtemps que l'intérêt à recourir doit, entre autres, être actuel pour qu'il soit digne de protection⁴. A cet égard, la doctrine relève que si l'intérêt à recourir disparaît avant le dépôt du recours, ce dernier doit alors être déclaré irrecevable faute d'intérêt à recourir au sens de l'art. 76 al. 1 let. b LTF⁵. Lorsque l'intérêt disparaît durant la procédure, soit après le dépôt du recours, ce dernier doit en revanche être déclaré sans objet et radié du rôle⁶.

En l'espèce, et comme il a été démontré plus avant, l'intimée n'était plus en faillite au moment du dépôt de l'appel devant l'instance précédente. Partant, une reconnaissance de la faillite étrangère n'est ni nécessaire, ni même possible, déjà au stade de la deuxième instance cantonale. Dès lors, l'intérêt à recourir est nul et le recours doit être déclaré irrecevable sur ce point.

Enfin, il faut relever que l'interprétation des recourants, selon laquelle le Tribunal fédéral devrait s'en tenir à la situation de l'intimée au jour de la litispendance (*i.e.* lorsqu'elle était en faillite), est insoutenable. En faisant appel à la notion d'intérêt digne de protection, la loi consacre ainsi les principes d'économie de procédure, de vérité judiciaire et de bon sens qui doivent conduire au rejet d'un recours n'ayant aucun intérêt. La doctrine relève à cet effet que “les tribunaux n'ont pas non

⁴ CORBOZ LTF, art. 76 LTF n° 26 ss; déjà sous l'ancien droit : ATF 116 II 721 c. 6.

⁵ *Ibidem.*

⁶ CORBOZ LTF, art. 76 LTF n° 28.

*plus à répondre à des questions purement théoriques qui n'entraînent aucune conséquence concrète pour les justiciables qui s'adressent à eux*⁷.

Au vu de ce qui précède, nous concluons à l'irrecevabilité partielle du recours pour défaut de qualité pour recourir au sens de l'art. 76 al. 2 LTF. A titre subsidiaire, nous nous en remettons à la justice en ce qui concerne les autres conditions de recevabilité que le Tribunal fédéral doit vérifier d'office au sens de l'art. 29 al. 1 LTF.

En ce qui concerne la recevabilité du recours quant à l'amende disciplinaire infligée aux recourants, nous nous en remettons à justice et renvoyons pour le fonds à nos observations formulées sous le point 3.1.

⁷ CORBOZ LTF, art.76 LTF n° 14.

C. Au fond

Si, par impossible, le Tribunal fédéral devait considérer que la qualité pour recourir des recourants est remplie sur les points qui précèdent, nous formulons les observations suivantes.

1. Reconnaissance de la faillite étrangère

1.1. *Question de la reconnaissance à titre préjudiciel*

1.1.1. Position de la doctrine et jurisprudence du Tribunal fédéral

Lorsqu'une faillite a lieu à l'étranger, mais que des biens du failli se trouvent en Suisse, l'administration de la faillite étrangère (ou un créancier) doit demander la reconnaissance de la faillite étrangère en Suisse conformément aux art. 166 ss LDIP. Avant la reconnaissance, l'administration de la faillite prononcée à l'étranger peut requérir ladite reconnaissance, mais ne peut conduire aucun procès en Suisse⁸. La reconnaissance de la faillite étrangère déclenche en Suisse l'ouverture d'une "mini-faillite", aussi appelée faillite anciliaire, qui permet d'assurer la protection des créanciers privilégiés domiciliés en Suisse et des créanciers gagistes dont le gage est situé en Suisse⁹.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'administration de la faillite étrangère peut ou non requérir la reconnaissance de la faillite par voie préjudicielle ou si elle doit forcément passer par la procédure ordinaire prévue par les art. 167 à 169 LDIP. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de répondre à cette question dans l'ATF 134 III 366, dans lequel il a affirmé qu'une reconnaissance à titre préjudiciel n'était pas possible, car elle mettrait en échec la protection des créanciers privilégiés et des créanciers gagistes en permettant d'éluder la procédure de mini-faillite. Selon le Tribunal fédéral, la reconnaissance doit donc être demandée à titre principal.

1.1.2. Les particularités du cas d'espèce et la solution applicable

A la lumière des bases théoriques qui viennent d'être exposées, nous alléguons la particularité du cas présent et concluons à la possibilité d'une reconnaissance de la faillite étrangère à titre préjudiciel.

En effet, il faut avant tout relever que l'intimée n'avait aucun créancier en Suisse lorsqu'elle a demandé la reconnaissance de sa faillite à titre préjudiciel. Dès lors, il n'y avait aucun intérêt à protéger et la pesée des intérêts à laquelle il faut recourir est différente de celle à laquelle le Tribunal fédéral avait procédé dans l'ATF 134 III 366. Ce simple élément factuel suffit à démontrer que la jurisprudence du Tribunal fédéral est pertinente pour autant que le failli ait des

⁸ ATF 134 III 366, c. 5.1; MARCHAND, p. 206.

⁹ BUCHER/BONOMI, p. 368.

créanciers en Suisse, mais qu'elle ne saurait s'appliquer telle qu'elle dans le cas d'espèce. Il faut dès lors entrer plus en détail dans le raisonnement juridique et laisser place à une solution pragmatique tenant compte de toutes les circonstances.

Premièrement, il faut relever que l'autorité auprès de laquelle l'intimée a formé sa demande de reconnaissance à titre préjudiciel eut été la même que celle qui aurait été compétente pour traiter de la demande de reconnaissance à titre principal. En effet, l'art. 167 LDIP prévoit d'une part que "*la requête en reconnaissance de la décision de faillite rendue à l'étranger est portée devant le tribunal du lieu de situation des biens en Suisse*". En l'espèce, l'intimée n'ayant pas d'autres biens en Suisse que sa créance envers les recourants, c'est le lieu de domicile (respectivement de siège) des défendeurs qui a fondé la compétence du Tribunal civil. D'autre part, le for de l'action dirigée contre les recourants est déterminé par l'art. 40 CPC, qui prévoit que le tribunal du domicile (ou du siège) du défendeur soit compétent. Dès lors, le for de la demande de reconnaissance à titre principal se confond avec le for de la demande de reconnaissance à titre préjudiciel telle qu'elle a été déposée par l'intimée.

Par ailleurs, rien n'aurait interdit au Tribunal civil de procéder selon les art. 167 à 169 LDIP à titre préjudiciel de la même manière qu'il eut été amené à le faire si la demande de reconnaissance avait été faite à titre principal. En effet, le caractère préjudiciel de la demande de reconnaissance n'empêchait pas l'ouverture d'une procédure de mini-faillite. Dès lors, exiger de l'intimée qu'elle recoure à une demande à titre principal auprès de la même autorité selon la logique de l'ATF 134 III 366 relève du formalisme excessif, voire même d'une interprétation arbitraire du droit. De plus, il faut préciser que si le Tribunal civil a renoncé à enclencher la procédure de faillite ancillaire, il ne peut en découler aucun préjudice pour l'intimée en vertu du principe de la bonne foi que consacre l'art. 9 Cst. En effet, il appartenait au Tribunal civil d'initier la procédure de mini-faillite, de la même manière que s'il était saisi à titre principal, et il ne devait pas y renoncer. Une fois sa requête déposée, l'intimée n'avait aucun moyen supplémentaire de provoquer la mini-faillite et a fait tout ce qui était en son possible pour se conformer aux art. 166 ss LDIP.

Deuxièmement, il faut également relever que la solution choisie par l'intimée (*i.e.* procéder par une demande de reconnaissance à titre préjudiciel) répond à des intérêts légitimes. En effet, retarder sa demande envers les recourants en passant par une demande à titre principal était de nature à causer à l'intimée un sérieux préjudice. On peut notamment mentionner le fait que la société défenderesse Skaldata SA, que l'intimée a également assignée en première instance, se trouvait dans une situation difficile et que sa solvabilité aurait probablement évolué négativement avec l'écoulement du temps. On peut également penser au risque de dégradation des moyens de preuve, ainsi qu'au problème de manque de liquidités qui aurait pu survenir si l'intimée n'avait pas été en mesure de recouvrer ses créances dans un délai raisonnable, puisque le montant litigieux est suffisamment important pour menacer la survie financière de l'intimée.

Tout ceci démontre que l'intimée avait de bonnes raisons de demander la reconnaissance de la faillite étrangère par la voie préjudicielle plutôt qu'à titre principal.

1.2. *Respect des conditions ordinaires de l'art. 166 LDIP*

Si la reconnaissance de la faillite de l'intimée peut, par exception à l'ATF 134 III 366, être reconnue à titre préjudiciel, nous tenons à rappeler que les conditions ordinaires de l'art. 166 LDIP, à savoir le caractère exécutoire de la décision dans la juridiction étrangère, l'absence de motif de refus au sens de l'art. 27 LDIP et enfin concernant la condition de la réciprocité, sont remplies.

2. **Responsabilité des administrateurs**

L'instance précédente a retenu, à juste titre, que la responsabilité des recourants était engagée. En effet, l'intimée a la légitimation active pour demander la réparation aux administrateurs de son dommage (voir 2.1) et les conditions prévues à l'art. 754 CO, qui conditionne la responsabilité des administrateurs, sont remplies (voir 2.2 et 2.3). Enfin, nous traiterons de l'application de l'art. 41 CO à titre subsidiaire (voir 2.4).

2.1. *Légitimation active*

Pour pouvoir actionner un administrateur fautif afin qu'il se doive de réparer un dommage, plusieurs conditions sont exigées par la loi et la jurisprudence. Après un bref rappel des principes généraux de la responsabilité en lien avec la responsabilité des administrateurs, il faudra différencier l'hypothèse dans laquelle la société est en faillite (voir 2.1.2) et celle où elle ne l'est pas encore (voir 2.1.1).

L'action en dommages-intérêts a pour but de réparer le dommage subi par le lésé¹⁰. Conformément aux principes généraux du droit de la responsabilité, seul le dommage dit "direct", c'est-à-dire le dommage que le lésé subit directement dans son patrimoine, peut être réparé¹¹; au contraire, le dommage dit par ricochet, c'est-à-dire "*celui que subit une tierce personne* [en droit des sociétés: l'actionnaire ou le créancier] *qui est en relation avec la victime directe* [la société] *de l'atteinte*"¹² n'est pas réparable.

2.1.1. *Situation hors faillite*

Dans l'hypothèse "hors faillite", on se doit de distinguer entre l'action individuelle qui vise la réparation de son propre dommage (i) et l'action sociale (ou "oblique") qui vise à réparer le dommage subi par la société (ii).

¹⁰ WERRO, n° 2.

¹¹ *Idem*, n° 123.

¹² *Idem*, n° 125.

i) Premièrement, lorsque la société n'est pas lésée et qu'un créancier ou un actionnaire subit un dommage dit direct, p. ex. investir dans la société sous la base d'un faux bilan établi par les administrateurs, l'action n'est limitée ni par la loi, ni par la jurisprudence¹³. Cependant, en pratique, la preuve du dommage sera alors compliquée étant donné que la société n'est pas en faillite.

ii) Deuxièmement, si le lésé subit un dommage par ricochet, par exemple dû à la baisse de la valeur de société suite à une faute d'un administrateur, seul l'actionnaire est en droit d'agir et le fait au nom de la société en fonction de l'art. 756 al. 1 CO¹⁴. Il en est par exemple ainsi lorsque le conseil d'administration refuse, fautivement, d'inscrire un actionnaire dans le registre d'actionnaires et recourt jusqu'au Tribunal fédéral contre l'inscription des actionnaires dans ce registre¹⁵. La société, qui a alors été condamnée à payer les frais et dépens, a subi un dommage propre, alors que l'actionnaire subit un dommage réfléchi¹⁶. Ce dernier peut alors agir afin que les administrateurs réparent le dommage de la société, et par conséquent, son dommage réfléchi sera aussi réparé¹⁷.

2.1.2. Situation en faillite

Lorsque la société tombe en faillite, il appartient à la communauté des créanciers de faire valoir ses droits vis-à-vis des administrateurs fautifs¹⁸. Ces derniers, ayant causé un dommage à la société, causent aussi un dommage par ricochet aux créanciers dont la créance en liquidation se trouve réduite. Contrairement à la situation "hors faillite", la communauté des créanciers peut actionner directement les administrateurs fautifs selon l'art. 757 al. 1 CO lorsque la société est en faillite.

Les créanciers ne recevront cependant que rarement l'entier de leur créance. C'est pour éviter "une course au dédommagement" que le Tribunal fédéral a décidé de limiter la possibilité pour un créancier d'agir seul, à côté de la masse en faillite, lorsqu'il subit un dommage direct¹⁹. En effet, la jurisprudence retient qu'un créancier ayant subi un dommage direct (alors que la société est en faillite et qu'elle est aussi lésée) doit alors "*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*"²⁰ (gras rajouté) s'il veut actionner les administrateurs fautifs. En pratique toutefois, peu de normes sont reconnues comme ayant pour but de protéger exclusivement le créancier (on peut penser à l'art. 744 CO) ou l'actionnaire (art. 717 al. 2 CO)²¹.

¹³ ATF 132 III 564, c. 3.2.1.

¹⁴ *Idem*, c. 3.2.2.

¹⁵ ATF 139 III 24.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ CORBOZ CoRo CO, art.757 CO n° 20.

¹⁹ CHABLOZ, n° 742.

²⁰ ATF 132 III 564, c. 3.2.2.

²¹ CORBOZ, *Note sur la qualité pour agir*, p. 385.

Cependant, cette limite jurisprudentielle ne s'applique que lorsque la société est aussi lésée²². En effet, si cette dernière ne subit aucun dommage mais qu'un créancier ou un actionnaire subit un dommage direct, il pourra alors actionner le conseil d'administration fautif en réparation en invoquant une norme du droit des sociétés qui est destinée **également** à le protéger²³.

En l'espèce, il ne ressort pas de l'état de fait, qui lie le Tribunal fédéral (105 LTF), que la société ait subi un dommage du fait de la violation des devoirs des administrateurs. En effet, bien que celle-ci soit en faillite, les administrateurs n'ont causé aucun dommage à la société en manquant à leurs devoirs ; ladite violation a eu lieu vis-à-vis de l'intimée et non pas de Skaldata SA.

L'intimée subit quant à elle un dommage direct, car elle est atteinte directement dans son patrimoine à cause du manquement aux devoirs des administrateurs ; elle ne subit pas de dommage par ricochet car la société n'est pas lésée. De plus, l'intimée ne demande pas la valeur de son investissement total dans la société, mais seulement celui qu'elle a fait lors de l'augmentation de capital d'avril 2012. Il est donc évident qu'elle ne recherche que la réparation de son dommage direct et non celui d'un possible dommage par ricochet.

Nous allons donc pouvoir maintenant analyser pourquoi la Cour d'appel civil de la République et canton de Genève a reconnu, avec raison, que la responsabilité des recourants était engagée.

2.2. *Application de l'art. 754 CO en général*

Comme nous venons de le démontrer, nous nous trouvons face à un dommage direct subi par l'intimée, tant en sa qualité d'actionnaire pour avoir participé à une augmentation du capital de Skaldata SA à hauteur de CHF 3'000'000, qu'en sa qualité de créancière pour l'octroi d'un prêt de CHF 500'000.

Dans de tels cas, l'action individuelle de l'actionnaire ou du créancier trouve son fondement juridique dans la violation d'un devoir du droit de la société anonyme conçu pour protéger les actionnaires (respectivement les créanciers)²⁴ ; elle peut également se fonder sur la violation d'un devoir général (un acte illicite au sens de l'art. 41 CO) ou encore sur la *culpa in contrahendo*²⁵.

Notre analyse principale portera sur la violation d'un devoir du droit de la société anonyme (voir 2.3). A titre subsidiaire, nous analyserons la portée d'une responsabilité extracontractuelle en fonction de l'art. 41 CO (voir 2.4). Quant à l'existence d'une *culpa in contrahendo*, nous nous en remettons à justice. A titre préliminaire, il est utile de se rappeler que la jurisprudence admet l'application de l'art. 754 CO pour des renseignements inexacts hors contrat²⁶.

²² ATF 132 III 564, c. 3.2.3.

²³ CORBOZ *CoRo CO*, art.757 CO n° 63.

²⁴ CORBOZ *CoRo CO*, art. 757 CO n° 63.

²⁵ ATF 132 III 564 c. 3; CORBOZ, *Note sur la qualité pour agir*, p. 399.

²⁶ TF du 12.02.1997, 4C.120/1996 c. 7.

2.3. Les conditions de la responsabilité selon l'art. 754 CO

2.3.1. Le dommage

Le dommage se comprend comme la diminution involontaire du patrimoine. Il correspond à la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait été si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu²⁷.

In casu, si l'acte dommageable (*i.e.* la mise en confiance de la part des recourants en violation de leurs devoirs) n'avait pas eu lieu, le patrimoine de l'intimée serait plus élevé de CHF 3'000'000 avec intérêt de 5% dès le 2 avril 2012 et de CHF 500'000 avec intérêts de 8% dès le 2 avril 2012, montant qui correspond donc au dommage de l'intimée. Le dommage étant une question de fait²⁸ qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 LTF), nous n'allons pas développer ce point plus avant mais plutôt approfondir la notion de violation d'un devoir au sens de l'art. 754 CO.

2.3.2. La violation d'un devoir

L'art. 754 CO consacre la responsabilité des administrateurs lorsqu'ils manquent « 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 notamment le cas de l'art. 717 CO et de l'art. 725 CO.

A titre préliminaire, il s'agit de démontrer la validité du fondement juridique des prétentions de l'intimée. En effet, celle-ci ne peut se plaindre d'une violation d'une norme du droit des sociétés que si cette dernière protège les intérêts des actionnaires et, dans le cas d'espèce, également des créanciers²⁹. La norme applicable en l'espèce est l'art. 717 CO dont le caractère protecteur doit être reconnu tant pour les actionnaires que pour les créanciers comme l'instance précédente l'a accepté à juste titre et comme nous allons maintenant le démontrer.

2.3.2.1. Protection des actionnaires par l'art. 717 CO

Les actionnaires d'une société sont parfois définis comme étant ses « propriétaires économiques ». Bien qu'ils ne bénéficient pas de droits réels et que la société ait une personnalité juridique distincte, ils jouissent de la possibilité de contrôler la société au moyen des droits de vote que leurs actions leur confèrent³⁰. Ainsi, l'assemblée générale des actionnaires jouit du pouvoir de décision ultime sur la société et en est l'organe suprême ; elle décide de la composition du capital, des

²⁷ ATF 133 III 462, c. 4.4 ; WERRO, n° 42.

²⁸ ATF 132 III 564, c. 6.2.

²⁹ CORBOZ *CoRo CO*, art.754 CO n° 63.

³⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, n° 31 f.

distributions des gains et choisit les organes chargés de la direction et de la révision (art. 698 CO)³¹.

Même s'il n'est pas possible d'assimiler les intérêts sociétaires à ceux de ses actionnaires, il existe indubitablement une communauté d'intérêt qui vise à la bonne gestion de la société. C'est ainsi qu'en disposant que les membres du conseil d'administration ont l'obligation de veiller « *fidèlement aux intérêts de la société* », l'art. 717 CO cible au moins indirectement la protection des actionnaires. On peut dire que l'art. 717 CO cherche à minimiser ce que le droit anglo-saxon nomme le « *principal-agent problem* », à savoir le problème de la séparation entre *management* et actionnariat et la relative position de faiblesse de l'actionnaire dans le contrôle des administrateurs³².

2.3.2.2. Protection des créanciers par l'art. 717 CO

Nous parvenons à la même conclusion en ce qui concerne les créanciers, qui ont un intérêt propre au maintien du capital-actions et des réserves liées de la société³³. Comme le dit l'étymologie du mot, le créancier « *croit* » (du latin *crēdere*), fait confiance au débiteur (et en sa solvabilité) et choisit d'assumer le risque que sa créance ne lui soit pas remboursée (cf. le principe *caveat creditor*).

Il est cependant nécessaire de mettre en évidence les intérêts opposés de l'actionnaire par rapport à ceux du créancier ; si le premier cherche à maximiser son profit (et est donc plutôt favorable à une prise de risque stratégique), le deuxième ne souhaite que le remboursement de sa créance, et donc la stabilité financière de la société. De plus, l'actionnaire jouit du privilège que lui confère la responsabilité limitée de la société anonyme et qui met à la charge du créancier un risque supplémentaire³⁴.

Il existe donc un besoin de protection clair du créancier dans ses rapports avec une société. C'est dans cette perspective que s'insère l'art. 717 CO, qui oblige le conseil d'administration à favoriser la survie et le succès à long terme de la société. Ceci implique le maintien du capital social et des ressources nécessaires pour pourvoir constamment au remboursement des dettes sociales. Nous concluons donc au caractère protecteur de l'art. 717 CO vis-à-vis des créanciers³⁵. Dès lors, l'intimée peut ainsi se prévaloir de l'art. 717 CO comme fondement de ses prétentions à la fois en tant qu'actionnaire et en tant que créancière.

³¹ BÖCKLI, §12 n° 15.

³² JENSEN/MECKLING, p. 308.

³³ HOMBURGER, art. 717 n° 799.

³⁴ VON DER CRONE, p. 15.

³⁵ Du même avis SIEGWART, Einleitung n° 261.

La protection conférée par l'art. 717 CO à l'actionnaire et au créancier étant démontrée, il s'agit à présent de nous pencher sur la violation de ladite norme par les administrateurs de Skaldata SA.

L'art. 717 CO impose trois devoirs aux administrateurs : le devoir de diligence, le devoir de fidélité et le respect de l'égalité de traitement entre actionnaires. Nous analyserons d'abord le devoir de diligence et, par la suite, le devoir de fidélité, le dernier des devoirs mentionné n'étant pas pertinent dans le cas d'espèce.

2.3.2.3. Devoir de diligence

Le *devoir de diligence* impose aux membres du conseil d'administration de déployer toute la diligence nécessaire dans l'accomplissement de la mission qui leur est confiée³⁶. Il s'agit d'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 situation³⁷.

A ce stade, rappelons que le conseil d'administration ne doit notamment pas se lancer dans des opérations sans espoir ou exagérément risquées³⁸. Le conseil d'administration doit en outre déployer toute la diligence nécessaire au maintien du capital social. Certes, « *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* »³⁹ (gras rajouté). Cette tendance permissive est également confirmée par la reprise de la « *Business Judgment Rule* », principe importé des Etats-Unis et repris par le Tribunal fédéral et la doctrine⁴⁰. 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* »⁴¹. La reprise de ce principe bénéficie aux actionnaires dans ce sens qu'elle permet au conseil d'administration de prendre les risques nécessaires au succès de la société.

Toutefois, les décisions de gestion présupposent (comme toute décision) que les différentes alternatives soient identifiées et analysées pour parvenir à une pesée des intérêts entre elles⁴². C'est seulement dans ces limites strictes que les administrateurs disposent d'une marge d'appréciation

³⁶ CORBOZ *CoRo CO*, art.754 CO n° 20.

³⁷ ATF 122 III 198 c. 3; BÖCKLI, §13 n° 575 ; CORBOZ *CoRo CO*, art. 754 CO n° 19.

³⁸ CORBOZ *CoRo CO*, art.754 CO n°22 ; GERICKE/WALLER, art. 754 CO n° 31.

³⁹ TF du 8.2.2010, 4A_306/2009 c. 7 (en traduction libre de l'allemand).

⁴⁰ BRUGGER/VON DER CRONE, p. 183.

⁴¹ TF du 19.6.2012, 4A_74/2012 c. 5 (en traduction libre de l'allemand).

⁴² VOGT/BÄNZIGER, p. 611.

dans le processus de prise de décisions de gestion. Par ailleurs, il faut relever que, sur le plan pénal, le dol éventuel suffit à réaliser une gestion déloyale (art. 158 CP)⁴³.

En l'espèce, les recourants ont, en tant qu'administrateurs de Skaldata SA, mis l'intimée en confiance en lui vantant l'existence de nouvelles possibilités d'investissement et d'un « *potentiel de croissance important* » (gras rajouté). Face à de telles affirmations, l'intimée ne pouvait qu'être induite en erreur par les indications du conseil d'administration (lequel a été élu par elle et avec lequel un rapport de confiance existait) afin de souscrire une nouvelle participation à hauteur de CHF 3'000'000 et d'octroyer un prêt de CHF 500'000. Ce n'est qu'après que la société soit en surendettement que le conseil d'administration a reconnu s'être trompé et avoir « *surestimé la possibilité de prendre des parts de marché* ».

A ce propos, nous relevons que selon les faits constatés par l'instance précédente, les recourants ne possédaient aucune participation dans la société qu'ils administraient. Comme les recourants ne devaient ainsi s'attendre à n'éprouver aucun dommage personnellement en cas de faillite de la société, il est fort probable que les administrateurs aient pris un risque plus grand que ce qu'il aurait raisonnablement fallu du fait qu'ils ne supportaient aucune conséquence économique. Ce phénomène est par ailleurs connu en théorie économique et identifié sous le nom de « *moral hazard* »⁴⁴.

En l'espèce, nous ignorons par ailleurs si le conseil d'administration a respecté ses devoirs en matière de perte de capital (cf. art. 725 al. 1 CO).

Nous pouvons constater que les recourants ont violé leur devoir de diligence, et ce même à la lumière de cette nouvelle jurisprudence plus clémentaire pour le conseil d'administration. L'état de fait ne relève aucun processus d'analyse des avantages et désavantages des différentes hypothèses face aux difficultés de Skaldata SA. Les administrateurs se sont en effet bornés à décharger le risque de leur décision sur un actionnaire minoritaire, l'intimée, en l'invitant à investir dans la société malgré le futur noir qu'ils connaissaient. En effet, comme on l'a déjà évoqué, l'instance précédente a constaté que les difficultés de Skaldata SA étaient connues « *depuis plusieurs années* » et que ses administrateurs « *étaient au courant de la situation financière désastreuse de Skaldata SA* » (gras rajouté). Dans de telles circonstances, le fait d'inciter l'intimée à l'investissement de CHF 3'000'000 et au prêt de CHF 500'000 est un comportement qui se situe à la limite du dol (art. 28 CO) et constitue une violation grave du devoir de diligence imposé par l'art. 717 CO.

⁴³ ATF 129 IV 125 c. 3.1.

⁴⁴ RICHTER/FURUBOTN, p. 218.

2.3.2.4. Devoir de fidélité

Pareille conclusion s'impose en ce qui concerne la violation du devoir de fidélité. En effet, le défaut de renseignements complets à l'égard de l'investissement et de l'octroi du prêt en question constitue une violation dudit devoir de fidélité, ce qu'a constaté à bon droit l'instance précédente dans son arrêt.

Le devoir de fidélité impose aux administrateurs de veiller de bonne foi aux intérêts de la société (*Interessenwahrungspflicht*). Comme on l'a vu auparavant, la recherche de gain sur le long terme constitue l'obligation principale du conseil d'administration ; les administrateurs sont en droit de poursuivre d'autres intérêts que ceux des actionnaires seulement s'ils ne se heurtent pas avec les intérêts de ces derniers⁴⁵. Dans ce sens, le devoir de fidélité va encore plus loin que le devoir de diligence⁴⁶. D'un point de vue conceptuel, la structure de la SA met l'assemblée des actionnaires au sommet de la pyramide hiérarchique : elle est l'organe le plus important et elle élit les membres des autres organes (art. 698 CO). Il est donc évident que le conseil d'administration, élu par les actionnaires, leur doit une obligation de fidélité qui se manifeste, entre autre, dans le devoir de les renseigner exhaustivement, notamment lorsqu'une augmentation de capital (ou un prêt) est envisagée. Puisque ce devoir existe même lorsqu'un actionnaire ne participe pas à l'augmentation de capital (par. ex. lorsqu'un nouvel investisseur « rentre » dans la société), les administrateurs doivent, *a fortiori*, renseigner l'actionnaire qui participe à l'augmentation de capital.

In casu, les recourants ont poussé l'intimée à investir CHF 3'000'000 et à octroyer un prêt de CHF 500'000, alors même que la société se trouvait dans « une situation financière **désastreuse** » (gras rajouté) qu'ils connaissaient. En agissant ainsi, les recourants ont violé leur devoir de fidélité en manquant de renseigner l'actionnaire de manière claire et complète.

Enfin, il faut encore relever que reconnaître que les recourants n'ont pas violé leurs devoirs dans le cas d'espèce aurait de fâcheuses conséquences. En effet, cela reviendrait à permettre aux administrateurs de sociétés d'agir de manière déloyale et contraire au principe de la bonne foi dans leurs relations avec les actionnaires ou futurs actionnaires. Il n'y aurait ainsi plus aucune protection de l'actionnaire (ou du futur investisseur) contre les agissements malhonnêtes des administrateurs. Une telle permissivité aurait des conséquences désastreuses pour les sociétés suisses, tant le climat de confiance serait alors entamé.

Dès lors, il faut considérer que les recourants ont violé leur devoir de diligence ainsi que leur devoir de fidélité vis-à-vis de l'intimée. En conséquence, leur responsabilité doit être admise sur ce point.

⁴⁵ HOMBURGER, art.717 CO n° 8.

⁴⁶ WATTER/PELLANDA, art.717 CO n° 15.

2.3.3. La causalité

La causalité se comprend comme le lien entre le dommage et l'acte dommageable⁴⁷. La causalité doit être à la fois *naturelle*, c'est-à-dire que l'acte dommageable est une *conditio sine qua non* à la survenance du dommage⁴⁸, et *adéquate*, c'est-à-dire que, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale la vie, cet acte peut entraîner la survenance de ce dommage⁴⁹. La causalité naturelle étant une question de fait⁵⁰ ayant été retenue par l'instance précédente (ce qui lie le Tribunal fédéral au sens de l'art. 105 LTF), nous allons nous concentrer sur la notion de causalité adéquate.

En l'espèce, il est clair que le fait de ne pas informer l'investisseur de "*la situation financière désastreuse de Skaldata SA*" implique un très haut risque et une forte probabilité de perte de ses investissements. En effet, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, les conseils des administrateurs mettant un actionnaire en confiance sur les possibilités de gain d'un investissement sont de nature à déterminer ce dernier à entreprendre ledit investissement. Sur ce point, il faut se rappeler que les administrateurs jouissent d'une position particulière vis-à-vis des actionnaires, puisqu'ils sont élus par eux notamment pour leurs compétences et leurs connaissances professionnelles spécifiques à la branche. On peut encore mentionner le rapport de confiance, absolument nécessaire pour la bonne marche d'une société, qui doit régner entre administrateurs et actionnaires. La causalité naturelle et adéquate a donc été établie à juste titre par l'instance précédente.

Reconnaître le contraire équivaldrait à donner un blanc sein aux administrateurs des sociétés lorsqu'ils conseillent de futurs investisseurs. En effet, chaque administrateur serait alors poussé à promettre n'importe quel résultat, quand bien même la situation de la société serait catastrophique, car l'effet préventif de l'art. 754 CO disparaîtrait si l'action en responsabilité était rendue très difficile, voire impossible, par l'exigence d'un rapport de causalité adéquate impossible à atteindre en pratique. On peut donc postuler que nier le rapport de causalité adéquate en l'espèce priverait l'art. 754 CO de tout effet utile et aurait ainsi pour conséquence une dégradation générale du rapport de confiance qui doit régner entre administrateurs et actionnaires ou investisseurs.

2.3.4. La faute

La faute se définit comme un manquement à la diligence requise (côté objectif)⁵¹ imputable à son auteur (côté subjectif)⁵². La faute, dans le cadre de la responsabilité de l'administrateur, se

⁴⁷ WERRO, n° 190.

⁴⁸ *Idem*, n° 192.

⁴⁹ *Idem*, n° 233.

⁵⁰ *Idem*, n° 191.

⁵¹ WERRO, n° 259.

rapproche donc de la violation d'un devoir imposé par le droit des sociétés⁵³. C'est pour cette raison qu'il importe peu de s'attarder sur la question de savoir si cette responsabilité est de nature contractuelle, auquel cas la faute serait alors présumée (art. 97 CO), ou délictuelle, auquel cas il incomberait à la partie demanderesse de la prouver⁵⁴.

En l'espèce, la violation d'un devoir ayant été démontrée (côté objectif), la faute leur est imputable du fait de leur capacité de discernement, qui, de plus, est présumée.

Les conditions de la responsabilité de l'administrateur étant remplies, c'est avec raison que la Cour de justice de la République et canton de Genève a condamné les recourants à réparer le dommage subi par l'intimée. Au vu de ce qui précède, nous concluons donc au rejet du recours sur ce point, dans la mesure où il est recevable.

2.4. Application subsidiaire des art. 41 ss CO

L'application de l'art. 754 CO en cas de dommage direct causé à un tiers (actionnaire ou créancier) par un administrateur est controversée tant en doctrine que dans la jurisprudence⁵⁵ ; en effet, certains considèrent que « l'art. 754 CO permet uniquement de fonder une obligation de réparer à l'égard de la société et non à l'égard des actionnaires pour leur dommage direct »⁵⁶. Selon ces auteurs, l'action du tiers doit se fonder sur un acte illicite (art. 41 ss CO).

Toutefois, cette conception ne saurait convaincre. En effet, aucun élément ne permet de conclure à une interprétation aussi restrictive de l'art. 754 CO, qui a pour but de protéger non seulement la société, mais aussi les actionnaires⁵⁷.

Nous formulons les observations subsidiaires suivantes pour le cas où, par impossible, le Tribunal fédéral devait considérer que l'action de l'actionnaire est plutôt de nature délictuelle (art. 41 ss CO). Tout d'abord, l'art. 41 CO exige la violation d'un devoir, un dommage, un lien de causalité entre ces deux derniers et une faute ; ces conditions sont donc les mêmes que celles de l'art. 754 CO. Dès lors, en ce qui concerne les conditions d'application de la responsabilité extracontractuelle, nous nous reportons à nos observations formulées en lien avec les conditions de l'application de l'art. 754 CO (*supra*, 2.3). Par ailleurs, la question n'a que peu d'intérêt pratique pour le cas d'espèce, puisque seule la question de la délégation (art. 754 al. 2 CO) diffère entre ces deux fondements de responsabilités⁵⁸.

⁵² *Idem*, n° 269.

⁵³ CORBOZ *CoRo CO*, art.754 CO n° 40.

⁵⁴ *Idem*, art.754 CO n° 39.

⁵⁵ CHABLOZ, n° 748.

⁵⁶ *Idem*, n° 747 et les références citées.

⁵⁷ *Idem*, n° 749.

⁵⁸ CHABLOZ, n° 750.

3. Condamnation à une amende disciplinaire

Nous formulons les observations suivantes quant à la condamnation des recourants à une amende disciplinaire pour « téméraires plaideurs » au sens de l'art. 128 CPC.

3.1. Absence de conclusions formelles

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁹, “*une partie n’a pas le droit d’exiger que des sanctions disciplinaires au sens de l’art. 31 OJ [devenu l’art. 33 LTF] soient prises à l’encontre de son adversaire, même si rien ne l’empêche d’attirer l’attention du tribunal sur des procédés téméraires*”.

Dès lors, nous nous limiterons à remarquer que si l’amende disciplinaire infligée par l’instance précédente excède le maximum prévu par l’art. 128 al. 3 CPC lorsqu’il n’y a pas eu récidive, il faut considérer qu’une amende disciplinaire de CHF 2’000 se justifie notamment en raison des éléments présentés ci de suite.

3.2. Rôle de l’ancien Art. 20a al. 1 LP

L’ancien art. 20a al. 1 LP, abrogé avec effet au 01.01.2007, avait un contenu similaire à l’art. 33 LTF et a donné lieu à une jurisprudence spécifique aux procédures de poursuites et faillites⁶⁰. Il s’agissait en effet de sanctionner les démarches contraires à la bonne foi ne tendant qu’à ralentir une procédure de poursuite, et permettre ainsi le recouvrement des créances fondées dans un délai raisonnable.

En l’espèce, les intérêts en cause sont les mêmes, bien qu’il ne s’agisse pas d’une procédure de poursuite en tant que telle, puisque l’action en condamnation (vers laquelle tendait notre demande) vise à faciliter une éventuelle mainlevée au cours d’une procédure de poursuites ultérieure. En introduisant un recours auprès du Tribunal fédéral alors que la décision de la Cour d’appel civil se fonde sur des principes juridiques clairement établis, les recourants cherchent en effet à repousser *ad aeternam* le jour où ils devront s’acquitter de leurs dettes. Dès lors, il y a lieu de retenir la même solution que celle qui avait été appliquée par le Tribunal fédéral dans le cadre de poursuites dans le cas d’espèce et de confirmer le principe de la condamnation pour téméraire plaideur.

Pour le cas où les recourants invoqueraient le caractère arbitraire de l’amende disciplinaire prononcée à leur encontre, nous nous limiterons à rappeler que l’art. 9 Cst. ancre un des principes fondamentaux de l’Etat de droit, mais ne saurait être invoqué à la légère. En effet, un acte étatique

⁵⁹ TF du 4.12.1995, 4C.236/1995 c. 3; TF du 27.03.2006, 4C.363/2005 c. 8.

⁶⁰ Voir notamment ATF 127 III 178 c. 2a et ATF 120 III 107 c. 4a.

est considéré comme arbitraire si “*lorsqu’on lit la décision, on en tombe de sa chaise*”⁶¹, selon les mots de la juge fédérale Fabienne Hohl, ce qui n’est manifestement pas le cas en l’espèce.

3.3. *Application de l’art. 42 al. 7 LTF*

Par ailleurs, la LTF prévoit que “*le mémoire de recours introduit de manière procédurière ou à tout autre égard abusif est irrecevable*”⁶².

Eu égard aux considérations qui précèdent, nous remarquons que le procédé des recourants pourrait être considéré comme abusif et, partant, être qualifié d’irrecevable en application de l’art. 42 al. 7 LTF.

⁶¹ HOHL, p. 79.

⁶² Art. 42 let. 7 LTF.