

Le rôle de la responsabilité pour les organes (art. 722 CO) dans les groupes de sociétés

MEMOIRE

présenté

par

Eglantina Orllati

sous la direction du

Professeur Damiano Canapa

Lausanne, le 29 avril 2024

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ARRETS	VII
TABLE DES ABREVIATIONS	IX
I. INTRODUCTION	1
II. LES GROUPES DE SOCIETES EN DROIT SUISSE	2
A. PRINCIPES.....	2
1. <i>Notion</i>	2
2. <i>Cadre légal</i>	3
B. ENJEUX.....	4
III. LA RESPONSABILITE AU SEIN DES GROUPES DE SOCIETES	6
A. LE PRINCIPE DE L'INDEPENDANCE DES SOCIETES	6
B. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'INDEPENDANCE DES SOCIETES.....	7
1. <i>Le principe de la transparence (Durchgriff)</i>	7
2. <i>La responsabilité fondée sur la confiance (Vertrauenshaftung)</i>	8
3. <i>La théorie de la société simple</i>	9
4. <i>La théorie de l'employeur</i>	9
5. <i>La théorie de l'organe de fait</i>	10
6. <i>La théorie de l'organe double (Doppelorganshaft)</i>	10
IV. LA RESPONSABILITE POUR LES ORGANES : FONDEMENT DE LA THEORIE DE L'ORGANE DOUBLE (DOPPELORGANSCHAFT)	11
A. MODALITES DE LA DOPPELORGANSCHAFT.....	11
1. <i>Son origine</i>	11
2. <i>La délégation de l'organe au sein de la société fille</i>	11
3. <i>Son fondement</i>	12
a) L'art. 55 al. 2 CC	13
(i) Actes visés	13
(ii) Personnes visées	13
b) L'art. 722 CO.....	14
(i) Actes visés	14
(ii) Personnes visées	15
c) Rapport entre l'art. 55 al. 2 CC et l'art. 722 CO	15
(i) Comparaison entre l'art. 55 al. 2 CC et l'art. 722 CO	15
(ii) Doctrine	16
(iii) Jurisprudence	17
(iv) Ratio legis	19
(v) Comparaison systématique	20
(vi) Conclusion intermédiaire.....	21
B. CONDITIONS D'APPLICATION DE LA DOPPELORGANSCHAFT.....	22
1. <i>Conditions de l'art. 722 CO</i>	22
a) Organe de la société mère.....	22
b) Organe de la société fille	22
c) Rapport fonctionnel	23
2. <i>Conditions de l'art. 41 CO</i>	23
a) Dommage.....	23
b) Acte illicite.....	24

c)	Faute	24
d)	Lien de causalité naturelle et adéquate	25
C.	PORTEE DE LA <i>DOPPELORGANSCHAFT</i>	25
1.	<i>Rapport avec la théorie de l'organe de fait</i>	26
a)	Rappel des notions	26
b)	Examen du rapport entre les deux théories	26
(i)	Deux variables essentielles	26
(ii)	Théories alternatives ou exclusives	27
2.	<i>Rapport avec la responsabilité des administrateurs (art. 754 CO)</i>	28
3.	<i>Rapport avec les autres théories</i>	28
4.	<i>Application par le Tribunal fédéral</i>	29
a)	Arrêt « <i>Musikvertrieb AG gegen Motor-Colombus AG</i> »	30
(i)	En fait	30
(ii)	En droit	30
(iii)	Analyse	31
b)	Arrêt « <i>A.-E. Banken gegen F. Bank</i> »	32
(i)	En fait	32
(ii)	En droit	32
(iii)	Analyse	33
V.	CONCLUSION	34

Bibliographie

Doctrine

AESCHBACH FLOREZ Jessica, *La liquidation forcée des groupes de sociétés*, Genève 2012.

BIANCHI DELLA PORTA Manuel/JACCARD Michel, *Couvrir les risques de l'administrateur*, in Ojha Lauren (édit), *Développements récents en droit commercial*, Lausanne 2012, p. 53 ss.

BLANC Mathieu, *Corporate Governance dans les groupes de sociétés : de l'organisation équilibrée des organes dirigeants dans les groupes de sociétés : étude de droit suisse avec de larges références aux droits allemand et américain*, Zurich 2010.

BLANC Mathieu/PILLIONNEL Anne-Fabienne, *Compétences (résiduelles ?) des organes dirigeants des sociétés filiales*, in Chenaux Jean-Luc/Canapa Damiano (édits), *Développements récents en droit commercial VII : le groupe de sociétés*, Berne 2021, p. 21 ss.

BÖCKLI Peter, *Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts*, in Sethe Rolf/Isler Peter R. (édits), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich 2014, p. 203 ss (cité : BÖCKLI, Konzerninteresse).

BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht : Aktienrecht mit Rechnungslegung*, 5^e éd., Zürich/Genève 2022 (cité : BÖCKLI, Aktienrecht).

BÖCKLI Peter/BÜHLER Christoph B., *Konzernverantwortung ohne Grenzen*, in Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (édits), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII*, Berne 2017, p. 146 ss.

CHAPPUIS Benoît, *La responsabilité civile de l'entreprise*, in Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édits), *Responsabilité civile – responsabilité pénale*, Genève 2015, p. 73 ss.

CHAUDET François *et al.*, *Droit suisse des affaires*, 4^e éd., Bâle 2023.

CHENAUX Jean-Luc/BEROUD Guy, *Gouvernance des groupes : « E Pluribus Unum » ?*, SZW/RSDA 2018, p. 342 ss.

FORSTMOSER Peter, *Haftung im Konzern*, in Baer Charlotte M. (édit), *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Berne 2000, p. 89 ss.

FOURNIER Annick, *L'imputation de la connaissance : étude de droit privé suisse*, Genève/Zürich/Bâle 2021.

GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana, *Zivilgesetzbuch I : Art. 1-456 ZGB*, Basler Kommentar, 7^e éd, Bâle 2022.

HÄNNI Linno, *La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme : droit matériel, préparation du procès et procédure*, Bâle 2017.

KUNZ Peter V., *Klarstellungen zur Konzernhaftung*, recht 2011, p. 41 ss.

KUNZ Peter V., *Konzernhaftungen in der Schweiz*, GesRZ 5/2012, p. 282 ss.

KUNZ Peter, *Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz*, Berne 2016 (cité : KUNZ, Konzernrecht).

MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht : mit neuem Aktien- und Handelsregisterrecht*, 13^e éd., Berne 2023.

MONTAVON Pascal, *Abrégé de droit commercial*, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2017.

PETER Henry, *L'entreprise, sa direction unique et leurs conséquences, ou des Konzernoberleitungspflichten des organes de la société mère*, in Chenu Jean-Luc/Canapa Damiano (édits), *Développements récents en droit commercial VII : le groupe de sociétés*, Berne 2021, p. 1 ss (cité : PETER, Entreprise).

PETER Henry, *La responsabilité de – et par – l'organe de fait*, in Chappuis Christine/Peter Henry/von Planta Andreas (édits), *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire : séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires*, Zurich 2000, p. 29 ss (cité : PETER, Organe de fait).

PETER Henry, *La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés*, in Chappuis Christine/Winiger Bénédicte (édits), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, p. 49 ss (cité : PETER, Confiance).

PETER Henry, *Les nouvelles sources de responsabilité des administrateurs en droit des sociétés*, in *Nouvelles responsabilités pour le conseil d'administration*, Bellinzona 2005, p. 11 ss (cité : PETER, Sources)

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte/ FOUNTOLAKIS Christiana, *Code civil I : art. 1-456 CC*, commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2023.

ROUILLER Nicolas *et al.*, *La société anonyme suisse : droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal*, 3^e éd., Genève/Zurich 2022.

SAUERWEIN Nina, *La responsabilité de la société mère : panorama des moyens de protection des actionnaires minoritaires et des créanciers de sociétés dominées*, Berne 2006.

STOFFEL Walter A./SAUTIER Camille, *Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung im Konzern*, SZW/RSDA 2019, p. 509 ss.

TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRIGO TRINDADE Rita, *Code des obligations II : art. 530-1186 CO, art. 120-141 LIMF, ORAb, avec des introductions à la LFus et à la LTI*, commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017.

THALER Cédric, *La notion d'organe au sens de l'art. 754 CO*, Lausanne 2007.

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz, *Code des obligations I : art. 1-529 CO*, commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021.

VOGEL Alexander, *Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht*, in Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (édits), *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, p. 607 ss.

VOGEL Alexander/KÜPFER Daniel, *Haftungsrisiken im Konzern – insbesondere bei Sanierungen*, in Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (édits), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI*, Berne 2011, p. 1 ss.

VON BÜREN Roland, *Schweizerisches Privatrecht, Teilband VIII/6, Der Konzern*, 2^e éd., Bâle 2005.

VON DER CRONE Hans Caspar, *Aktienrecht*, 2^e éd., Berne 2020.

VON PLANTA Andreas, *La théorie de l'organe double*, in Chappuis Christine/Peter Henry/von Planta Andreas (édits), *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire : séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires*, Zurich 2000, p. 55 ss (cité : VON PLANTA, *Organe double*).

VON PLANTA Andreas, *La théorie de la transparence*, in Chappuis Christine/Peter Henry/von Planta Andreas (édits), *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire : séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires*, Zurich 2000, p. 19 ss (cité : VON PLANTA, *Transparence*).

WATTER Rolf/VOGT Hans-Ueli, *Obligationenrecht II : Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH)*, Basler Kommentar, 6^e éd, Bâle 2023.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Berne 2017.

WIDMER LÜCHINGER Corinne/OSER David, *Obligationenrecht I : Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 7^e éd, Bâle 2019.

ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle/BAUEN Marc, *Le conseil d'administration*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017.

Textes et communications officiels

ASSEMBLEE FEDERALE, *Loi fédérale révisant les titres XXIV à XXXIII du code des obligations du 18 décembre 1936*, FF 1936 III 609.

ASSEMBLEE FEDERALE, *Code des obligations (Société anonyme), Modification du 4 octobre 1991*, RO 1992 733.

CONSEIL FEDERAL, *Message à l'appui du projet de loi révisant les titres XXIV à XXXIII du code des obligations du 21 février 1928*, FF 1928 I 233.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983*, FF 1983 II 757.

GRUPE DE REFLEXION « DROIT DES SOCIETES », *Rapport final du 24 septembre 1993*, Berne 1993.

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Statistique des groupes d'entreprises (STAGRE), Portrait des groupes d'entreprise en Suisse, de 2014 à 2022*.

Table des arrêts

Arrêts publiés

ATF 89 II 239.

ATF 105 II 289.

ATF 117 II 570.

ATF 120 II 331.

ATF 121 III 176.

ATF 121 III 319.

ATF 121 III 350.

ATF 124 III 297, SJ 1998 460.

ATF 124 III 418.

ATF 130 III 213.

ATF 132 III 489.

ATF 133 III 323.

ATF 133 III 462.

ATF 137 III 550.

ATF 138 II 57.

ATF 138 III 755.

ATF 142 IV 237.

ATF 144 III 541.

ATF 146 III 37.

Arrêts non publiés

TF, arrêt 4C.202/2002 du 30 octobre 2002.

TF, arrêt 4A_54/2008 du 29 avril 2008.

TF, arrêt 4A_50/2009 du 26 mars 2009.

TF, arrêt 4A_271/2009 du 3 août 2009.

TF, arrêt 4A_306/2009 du 8 février 2010.

TF, arrêt 4A_619/2016 du 15 mars 2017.

TF, arrêt 4A_268/2018 du 18 novembre 2019.

TF, arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020.

TF, arrêt 4A_616/2019 du 17 avril 2020.

Table des abréviations

aCO	CO dans son ancienne version
AG	<i>Aktiengesellschaft</i>
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210
cf.	<i>confer</i>
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, CO), RS 220
CR	Commentaire romand
éd.	édition
édits	éditeurs
<i>et al.</i>	et (les) autres
FF	Feuille fédérale
GesRZ	<i>Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht</i>
<i>GmbH</i>	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
in	dans
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241
N	numéro
OR	<i>Obligationenrecht</i>
p.	page(s)
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique suisse
s.	et suivant(e)
SJ	Semaine Judiciaire
ss	et suivant(e)s
STAGRE	Statistique des groupes d'entreprises
SZW/RSDA	<i>Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht</i> /Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
TF	Tribunal fédéral
ZGB	<i>Zivilgesetzbuch</i>

I. Introduction

En représentant près de 50 à 70% des sociétés en Suisse¹, les groupes de sociétés sont une figure importante dans notre pays, d'autant plus que le nombre d'entreprises affiliés à un groupe est en constante augmentation depuis quelques années². L'importance majeure que représente cette configuration et l'absence de réglementation expresse des groupes de sociétés en droit suisse n'est pas sans soulever des interrogations, notamment en matière de responsabilité. En effet, alors même que de nombreuses grandes sociétés, notamment multinationales, sont organisées sous cette forme, il est primordial de s'interroger sur la façon dont nous pouvons, en matière de responsabilité, concilier l'indépendance juridique des sociétés du groupe et l'unité économique qu'elles représentent.

A cet égard, le groupe de sociétés présentent de nombreux risques pour les actionnaires et les créanciers³ qui se retrouvent confrontés au principe de l'indépendance des sociétés. En application de ce principe, ils ne disposeraient, en théorie, d'aucun moyen pour actionner en responsabilité la société effectivement responsable du dommage. Toutefois, et comme nous le démontrerons, ceux-ci disposent en réalité de plusieurs moyens de droit pour fonder une responsabilité au sein du groupe (*Konzernhaftung*)⁴.

Nous allons traiter de ce sujet en trois parties successives. Tout d'abord, une première partie sera consacrée aux groupes de sociétés en droit suisse. Nous commencerons par y évoquer les principes, en développant la notion de groupe et en examinant le cadre légal, avant de traiter de certains enjeux qu'engendrent cette configuration. Ensuite, nous traiterons de la responsabilité au sein des groupes de sociétés, en exposant le principe applicable et les exceptions. Pour finir, nous aborderons le rôle de la responsabilité pour les organes et la théorie de l'organe double de manière plus spécifique.

Avant de commencer, il convient de spécifier certains points. Tout d'abord, ce travail ne permettant pas un traitement plus complet, nous nous bornerons à examiner principalement la responsabilité de la société mère à l'égard de la société fille, avec toutefois quelques indications sur la responsabilité de la société fille à l'égard de la société mère lorsque cela s'avère utile. En outre, bien que les sociétés du groupe puissent se présenter sous différentes formes juridiques, nous nous référerons qu'à la société anonyme, dans la mesure où c'est la forme la plus utilisée⁵.

¹ CHENAUX/BEROUD, p. 347 ; KUNZ, Konzernrecht, p. 38.

² OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, p. 12.

³ SAUERWEIN, p. 3.

⁴ SAUERWEIN, p. 3 s.

⁵ MONTAVON, p. 987 ; BLANC, p. 23.

II. Les groupes de sociétés en droit suisse

Dans cette partie, nous exposerons les principes régissant les groupes de sociétés, en traitant de la notion de groupe ainsi que du cadre légal, avant d'aborder des enjeux que soulèvent cette configuration.

A. Principes

1. Notion

Afin de mieux comprendre notre sujet, il convient tout d'abord de définir le groupe de sociétés. Celui-ci se qualifie comme un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes liées entre elles, soumises à une direction unique⁶ et formant une unité économique⁷. En principe, chacune des sociétés appartenant au groupe a la personnalité juridique, son propre patrimoine ainsi que ses propres organes⁸. Ainsi, le groupe est particulier, puisqu'il est à la fois une pluralité juridique et une unité économique⁹.

En ce qui concerne le critère de la direction unique, celui-ci est un élément essentiel de la notion de groupe¹⁰. La direction unique peut se présenter sous différentes formes, notamment en la forme d'une société mère¹¹ qui dirige ses sociétés filles tout en maintenant ses propres activités commerciales¹². Ce critère fait référence à la gestion consolidée de l'ensemble des sociétés membres¹³ et à l'exercice d'un contrôle effectif¹⁴. Toutefois, certains auteurs se fondent plutôt sur le critère du contrôle possible, soit la simple possibilité pour une société mère d'exercer un contrôle sur sa société fille¹⁵. Ce dernier se fonde sur l'art. 963 du Code des obligations (ci-après : CO)¹⁶, qui a remplacé l'art. 663e aCO qui faisait référence à la direction unique¹⁷. Ce changement de critère ne fait pourtant pas l'unanimité au sein de la doctrine. En effet, certains auteurs sont d'avis que le critère de contrôle possible ne s'applique qu'au droit comptable, et qu'en dehors de ce cas, le critère de la direction unique continue de s'appliquer¹⁸. Le Tribunal fédéral semble se rallier à cette idée, puisqu'il maintient le critère de direction unique dans la définition du groupe de sociétés¹⁹.

⁶ ROUILLER, p. 749 ; BLANC/PILLIONNEL, p. 23 ; PETER, *Entreprise*, p. 5 ; BLANC, p. 22.

⁷ AESCHBACH FLOREZ, p. 8.

⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, p. 946 ; CHENAUX/BEROUD, p. 342.

⁹ AESCHBACH FLOREZ, p. 20.

¹⁰ BLANC, p. 31.

¹¹ FOURNIER, p. 313 ; PETER, *Entreprise*, p. 5 ; BLANC, p. 32.

¹² ROUILLER, p. 754 ; FOURNIER, p. 312 ; BLANC, p. 33.

¹³ PETER, *Entreprise*, p. 6.

¹⁴ FOURNIER, p. 315.

¹⁵ FOURNIER, p. 319 ; MONTAVON, p. 986.

¹⁶ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, CO), RS 220.

¹⁷ FOURNIER, p. 315 ; MONTAVON, p. 986.

¹⁸ FOURNIER, p. 320.

¹⁹ TF, arrêt 4A_619/2016 du 15 mars 2017, c. 7.2 ; FOURNIER, p. 320.

Les raisons pour lesquelles il est utile d'opter pour une telle configuration sont nombreuses²⁰. Il peut notamment s'agir de raisons fiscales²¹ ou organisationnelles²², en offrant aux groupes une grande flexibilité et une adaptation idéale aux différents besoins des sociétés concernées²³. En outre, la création d'un groupe permet une limitation de la responsabilité²⁴, puisque comme nous le verrons *infra*²⁵, chaque société est indépendante et répond seule de ses obligations²⁶.

2. Cadre légal

En ce qui concerne le cadre légal, le droit suisse ne réglemente pas expressément le groupe de sociétés²⁷, à l'exception de quelques dispositions légales spécifiques²⁸. À titre d'exemples, nous pouvons citer, en droit de la société anonyme, les art. 659b et 735d CO, qui traitent respectivement des actions propres et des indemnités interdites dans le groupe²⁹. En outre, nous pouvons également mentionner, dans le domaine du droit comptable, l'art. 963 CO, qui impose une obligation d'établir des comptes consolidés pour les groupes de sociétés³⁰. Certaines lois spéciales, notamment en matière bancaire, font également référence à la notion de groupe de sociétés³¹.

Historiquement, l'idée d'une codification d'un droit des groupes est ancienne. En effet, dans un Rapport intermédiaire publié en 1972 à l'occasion d'une grande révision du droit de la société anonyme, la Commission TSCHOPP préconisait déjà la codification rapide d'un droit des groupes³². Subséquemment, un conseiller national a déposé, en 1973, une motion auprès du Conseil fédéral, l'invitant à présenter un projet de loi fédérale sur les groupes de sociétés, soulevant leur rôle important et l'insuffisance du droit à cet égard³³. Dans son Message de 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, le Conseil fédéral a admis que les groupes de sociétés entraînent de nombreux problèmes, mais il a décidé de renvoyer ce sujet à une révision ultérieure³⁴. Par la suite, dans son rapport final publié en 1993, le Groupe de réflexion « Droit des sociétés » a majoritairement rejeté l'idée d'une telle codification³⁵. En 2007, un conseiller national a également déposé une motion tendant à la création d'un droit des groupes, mais le Conseil fédéral a classé cette motion, estimant que des interventions ponctuelles suffisaient et que la jurisprudence avait déjà remédié aux problèmes constatés³⁶. Enfin, dans les projets de loi et débats parlementaires plus récents, le droit des

²⁰ MONTAVON, p. 986 ; PETER, *Confiance*, p. 50.

²¹ KUNZ, *Konzernrecht*, p. 45 ; PETER, *Confiance*, p. 50.

²² BÖCKLI, *Aktienrecht*, p. 945 ; PETER, *Confiance*, p. 50.

²³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, p. 945.

²⁴ KUNZ, *Konzernrecht*, p. 45 ; PETER, *Confiance*, p. 50.

²⁵ Voir point III.A.

²⁶ ROUILLER, p. 765 ; FOURNIER, p. 324 ; FORSTMOSER, p. 124.

²⁷ CHAUDET p. 261 ; ROUILLER, p. 649 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 41.

²⁸ CHAUDET p. 261 ; FOURNIER, p. 315 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 41 ss.

²⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, p. 953.

³⁰ FOURNIER, p. 315 ; MONTAVON p. 947.

³¹ CHENAUX/BEROUD, p. 346.

³² KUNZ, *Konzernrecht*, p. 16 ; BLANC, p. 19 s.

³³ Groupe de réflexion « Droit des sociétés », p. 70.

³⁴ FF 1983 II 757, p. 762.

³⁵ Groupe de réflexion « Droit des sociétés », p. 80.

³⁶ CHAPPUIS, p. 89.

groupes n'a même pas été abordé³⁷. Par conséquent, l'idée de codification n'a jamais été mise en œuvre³⁸.

Toujours est-il que certains auteurs considèrent que le cadre normatif n'est pas adapté à la réalité des faits³⁹. En effet, selon PETER, le droit suisse ne permet pas d'apporter une réponse satisfaisante à la réalité des groupes⁴⁰. Quant à KUNZ, il estime que l'absence de codification est regrettable et qu'une action législative est nécessaire⁴¹. À l'inverse, d'autres auteurs, tels que CHENAUX et BEROUUD, sont d'avis qu'il est préférable de ne réglementer que certains aspects du droit des groupes, notamment la responsabilité⁴². De même, il s'avère que les dirigeants de groupes estiment qu'une codification du droit des groupes serait un obstacle à leur développement⁴³.

Par ailleurs, nous retiendrons que la jurisprudence et la doctrine ont tenté de remédier à l'absence de codification en matière de droit des groupes⁴⁴. Ainsi, notre analyse se fondera sur la base de ces développements.

B. Enjeux

Les caractéristiques du groupe de sociétés et l'absence d'un cadre légal spécifique ont pour corollaire certains enjeux auxquels la doctrine, la jurisprudence ainsi que les sociétés concernées doivent être attentifs. Nous allons en énumérer quelques-uns et les développer très brièvement.

Tout d'abord, il y a la responsabilité au sein du groupe, qui est probablement l'enjeu qui ressort le plus dans la doctrine et la jurisprudence⁴⁵. Ce point étant le sujet de notre travail, il fera l'objet d'une analyse approfondie ultérieurement.

Ensuite, il y a la question de la direction unique⁴⁶. Rappelons-le, elle est un élément caractéristique du groupe⁴⁷, et pourtant, elle est en contradiction avec les dispositions impératives que sont les art. 716a CO et 717 CO⁴⁸. L'art. 716a al. 1 CO accorde au conseil d'administration d'une société des attributions intransmissibles et inaliénables, telles que le pouvoir d'exercer la haute direction et de fixer l'organisation. Ces attributions excluent logiquement un pouvoir de direction de groupe, dans la mesure où ce pouvoir est juridiquement externe à ladite société⁴⁹. Quant à l'art. 717 al. 1 CO, il prévoit que les membres du conseil

³⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, p. 948.

³⁸ CHENAUX/BEROUUD, p. 347.

³⁹ PETER, Entreprise, p. 3.

⁴⁰ PETER, Entreprise, p. 11.

⁴¹ KUNZ, Konzernhaftungen, p. 282 ; Également dans ce sens, cf. FORSTMOSER, p. 139.

⁴² CHENAUX/BEROUUD, p. 351 ; BLANC, p. 20.

⁴³ BLANC, p. 20.

⁴⁴ MONTAVON, p. 992 ; BLANC, p. 21.

⁴⁵ PETER, Entreprise, p. 10 s. ; KUNZ, Konzernrecht, p. 16 et p. 323 ; BLANC, p. 20.

⁴⁶ Pour en savoir plus à ce sujet, cf. FOURNIER, p. 316 ss.

⁴⁷ ROUILLER p. 749 ; BLANC/PILLIONNEL, p. 23 ; PETER, Entreprise, p. 5 ; BLANC, p. 22.

⁴⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 889.

⁴⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 889.

d'administration d'une société sont tenus à un devoir de diligence dans l'exercice de leurs attributions, ce qui implique que les intérêts de la société concernée doivent primer sur les intérêts du groupe⁵⁰. Le Tribunal fédéral a également statué en ce sens⁵¹.

En outre, il y a également l'intérêt de groupe, qui est un sujet dont la doctrine a longuement débattu et qui a connu une évolution dans la jurisprudence récente⁵². S'agissant de la doctrine⁵³, il y a deux courants fondamentalement opposés, à savoir ceux qui reconnaissent le concept d'intérêt de groupe et ceux qui le nient. Les premiers sont notamment d'avis qu'il « *permet une plus grande sécurité juridique et tient compte de la réalité économique* »⁵⁴. En outre, selon ce courant doctrinal, le fait d'autoriser le regroupement de plusieurs sociétés sous une direction unique implique nécessairement que les intérêts de chacune des sociétés soient subordonnés au groupe⁵⁵. Quant aux seconds, ils considèrent que, compte tenu du fait que le groupe n'a pas de personnalité juridique, le concept d'intérêt de groupe n'a pas de fondement⁵⁶. En ce qui concerne la jurisprudence, le Tribunal fédéral a longtemps refusé d'admettre un intérêt de groupe, considérant que chaque société doit être gérée dans son seul intérêt⁵⁷. Cependant, dans un arrêt relativement récent, la Haute Cour a admis, pour la première fois, qu'il fallait tenir compte de cet intérêt⁵⁸, étant toutefois précisé qu'en l'espèce, les intérêts du groupe et ceux de la filiale étaient similaires⁵⁹. Ainsi, la question reste toujours ouverte s'agissant des intérêts divergents⁶⁰.

En définitive, les enjeux évoqués ne sont que des exemples parmi lesquels nous pouvons encore mentionner la protection des actionnaires minoritaires et les conflits d'intérêts. Les questionnements relatifs aux groupes de sociétés sont bien plus nombreux que ceux évoqués, mais ils dépassent le cadre de ce travail.

⁵⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 889.

⁵¹ ATF 130 III 213, c. 2.2.2.

⁵² BLANC/PILLIONNEL, p. 31.

⁵³ Pour plus de détails à ce sujet, cf. BÖCKLI, Konzerninteresse p. 227 ss.

⁵⁴ BLANC/PILLIONNEL, p. 34.

⁵⁵ BÖCKLI, Konzerninteresse, p. 228.

⁵⁶ BÖCKLI, Konzerninteresse, p. 229.

⁵⁷ ATF 138 II 57, c. 4.1 ; BLANC/PILLIONNEL, p. 31.

⁵⁸ TF, arrêt 4A_268/2018 du 18 novembre 2019, c. 6.5.4.4.

⁵⁹ BLANC/PILLIONNEL, p. 34.

⁶⁰ BLANC/PILLIONNEL, p. 34.

III. La responsabilité au sein des groupes de sociétés

A. Le principe de l'indépendance des sociétés

Pour rappel, le groupe de sociétés se définit comme un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes, liées entre elles, soumises à une direction unique⁶¹ et formant une unité économique⁶².

En dépit du fait que le groupe forme une unité économique, le principe applicable est celui de l'indépendance des sociétés qui le constituent⁶³. La doctrine germanophone parle de « *Trennungsprinzip* », soit le principe de séparation, qui signifie que toutes les sociétés du groupe ont une vie juridique propre⁶⁴, avec leur propre personnalité juridique, leurs propres organes et leur propre patrimoine⁶⁵. Le Tribunal fédéral défend également cette conception atomiste du groupe, considérant chaque entité du groupe pour elle-même⁶⁶. Toutefois, ce principe est en contradiction avec l'unité économique⁶⁷, entraînant ainsi certaines interrogations, notamment en relation avec la responsabilité au sein du groupe.

À cet égard, il paraît opportun de rappeler les fonctions de la responsabilité. Elle est un mécanisme qui a pour objectif, d'une part, de compenser le dommage subi par un lésé, en lui octroyant une prétention en réparation du dommage, et, d'autre part, de contrôler les comportements des sujets de droit, en les incitant à adopter un comportement conforme à l'ordre juridique⁶⁸. Ce mécanisme se heurte au principe de l'indépendance des sociétés dans les groupes. En effet, ce principe a pour conséquence que chaque société répond seule de toutes ses obligations, sans que les autres sociétés membres du groupe, y compris la société mère, n'engagent leur responsabilité⁶⁹. Toutefois, au regard de la réalité économique du groupe, les sociétés ne sont pas véritablement distinctes, notamment en raison de leur raison sociale similaire, de leur siège identique ou encore de l'apparence selon lequel elles forment un ensemble⁷⁰. En outre, il est fréquent que la société mère s'imisce dans les affaires de la société fille⁷¹, de manière à parfois susciter un dommage pour lequel seule cette dernière devrait être responsable. Ainsi, nous pouvons relever qu'en application du principe de l'indépendance des sociétés, les fonctions de la responsabilité pourraient perdre de leur sens. En effet, le véritable responsable du dommage, soit la société mère, ne pourrait pas être inquiété pour le dommage occasionné. De surcroît, la société mère ne serait pas non plus incitée à adopter un comportement conforme à l'ordre juridique, dès lors qu'il lui suffirait d'invoquer ce principe pour se décharger de toute obligation.

⁶¹ ROUILLER, p. 749 ; BLANC/PILLIONNEL, p. 23 ; PETER, *Entreprise*, p. 5 ; BLANC, p. 22.

⁶² AESCHBACH FLOREZ, p. 8.

⁶³ KUNZ, *Konzernrecht*, p. 48 ; FORSTMOSER, p. 93.

⁶⁴ KUNZ, *Konzernrecht*, p. 97.

⁶⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, p. 946 ; CHENAUX/BEROUD, p. 342.

⁶⁶ ATF 138 II 57, c. 4.1 ; ATF 137 III 550, c. 2.3.1 ; FOURNIER, p. 321 ; CHENAUX/BEROUD, p. 348.

⁶⁷ FOURNIER, p. 324.

⁶⁸ HÄNNI, p. 11 ; KUNZ, *Konzernrecht*, p. 299.

⁶⁹ ROUILLER, p. 765 ; FOURNIER, p. 324 ; FORSTMOSER, p. 124.

⁷⁰ PETER, *Confiance*, p. 50 s.

⁷¹ CHENAUX/BEROUD, p. 349.

Tenant compte de cette contradiction et dans le but de corriger ses effets, la doctrine et la jurisprudence ont nuancé le principe d'indépendance des sociétés, en aménageant des exceptions⁷². Dans certains cas, il est en effet possible de passer outre ce principe pour tenir compte de l'unité économique, et partant, de fonder une responsabilité du groupe (*Konzernhaftung*)⁷³. Il est à préciser que ce terme ne signifie pas que le groupe, comme entité, sera tenu responsable, dans la mesure où celui-ci est dépourvu de personnalité juridique, mais il fait plutôt référence à la *responsabilité des sociétés du groupe*⁷⁴.

La doctrine a mis en évidence quelques arguments permettant de justifier ces exceptions, parmi lesquelles nous pouvons citer la confusion des patrimoines au sein du groupe, la négligence des intérêts de la société fille⁷⁵ ou encore l'insolvabilité de cette dernière⁷⁶. Le Tribunal fédéral a également précisé que ces exceptions s'imposent dans le but de protéger les tiers extérieurs, mais qu'elles n'ont pas d'effet en faveur de la société du groupe⁷⁷.

B. Les exceptions au principe de l'indépendance des sociétés

Les diverses exceptions permettent aux lésés d'une société membre d'un groupe d'agir contre d'autres sociétés dudit groupe, et plus particulièrement contre la société mère⁷⁸. Nous allons décrire ces exceptions de manière sommaire.

1. Le principe de la transparence (*Durchgriff*)

Le *Durchgriff*, ou le principe de transparence, est une institution qui trouve son fondement à l'art. 2 al. 2 du Code civil suisse (ci-après : CC)⁷⁹, soit dans l'interdiction de l'abus de droit⁸⁰.

De manière générale, outre le principe de l'indépendance des sociétés du groupe déjà développé précédemment, il existe également un principe de responsabilité limitée des actionnaires (art. 620 al. 2 CO et art. 680 al. 1 CO)⁸¹, en vertu duquel les actionnaires d'une société ne répondent pas personnellement des dettes de celle-ci⁸². Ainsi, la responsabilité de la société se limite à son patrimoine, sous réserve des cas où l'invocation de cette responsabilité limitée est constitutive d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC)⁸³, et pour autant qu'il existe un rapport de domination⁸⁴. Dans pareil cas, la jurisprudence et la doctrine considèrent alors que le principe de transparence s'applique, ce qui permet de lever le voile social et de passer outre cette

⁷² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 894 ; CHAPPUIS, p. 89.

⁷³ FOURNIER, p. 324 s.

⁷⁴ KUNZ, Konzernrecht, p. 300.

⁷⁵ STOFFEL/SAUTIER, p. 510.

⁷⁶ FOURNIER, p. 325.

⁷⁷ ATF 138 III 755, c. 8.3.

⁷⁸ ROUILLER, p. 765 ; FOURNIER p. 324 s.

⁷⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

⁸⁰ ROUILLER p. 765 s. ; VON DER CRONE, p. 965 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 59 s.

⁸¹ AESCHBACH FLOREZ, p. 63 ; SAUERWEIN, p. 301 ; VON PLANTA, Transparence, p. 19.

⁸² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 893 ; SAUERWEIN, p. 301.

⁸³ ATF 137 III 550, c. 2.3.1 ; ATF 132 III 489, c. 3.2 ; SAUERWEIN, p. 301 ; VON PLANTA, Transparence, p. 19.

⁸⁴ SAUERWEIN, p. 302 et 320.

responsabilité limitée⁸⁵. Toutefois, dans la mesure où le *Durchgriff* ne trouve application qu'à titre subsidiaire⁸⁶, il n'est pas beaucoup exploité en pratique⁸⁷.

S'agissant des groupes de sociétés, le *Durchgriff* a pour effet de rendre la société mère, en tant qu'actionnaire unique ou majoritaire, responsable des dettes de la société fille⁸⁸. L'exigence d'un rapport de domination au sein des groupes est toujours satisfaite, dès lors qu'elle coïncide avec celle de la direction unique, qui est l'une des caractéristiques du groupe⁸⁹. En outre, la jurisprudence rappelle qu'il existe une unité économique entre ces sociétés, dès lors que la société fille n'est qu'un simple instrument pour la société mère⁹⁰.

Bien que le principe de transparence s'applique plus souvent dans le sens de la société fille en direction de la société mère (*Durchgriff* direct), d'autres configurations sont également envisageables, telles que le *Durchgriff* inversé et latéral⁹¹. Le *Durchgriff* inversé permet de rendre responsable la société fille pour la société mère et le *Durchgriff* latéral permet la même solution entre sociétés sœurs⁹².

En définitive, le *Durchgriff* est une exception aux deux principes que sont l'indépendance des sociétés du groupe et la responsabilité limitée des actionnaires⁹³.

2. La responsabilité fondée sur la confiance (*Vertrauenshaftung*)

Instituée en 1994 dans le fameux arrêt *Swissair*⁹⁴, la responsabilité fondée sur la confiance (*Vertrauenshaftung*) est une norme prétorienne destinée à combler une lacune par la création d'une exception au principe de responsabilité limitée déjà évoqué⁹⁵.

La *Vertrauenshaftung* est une forme particulière de responsabilité précontractuelle⁹⁶ qui repose sur l'idée de confiance créée par le comportement d'une société du groupe et qui a suscité des attentes légitimes chez les tiers traitant avec d'autres sociétés du même groupe, attentes qui ont par la suite été déçues de façon contraire à la bonne foi⁹⁷. Ces attentes portent sur la solvabilité de la société fille et sa fiabilité⁹⁸. Elles doivent en outre être suffisamment concrètes, déterminées et légitimes⁹⁹. Les conditions de cette responsabilité sont strictes¹⁰⁰ ; il ne suffit

⁸⁵ AESCHBACH FLOREZ, p. 63 ; SAUERWEIN, p. 301 s.

⁸⁶ FOURNIER, p. 327 ; MONTAVON, p. 995 ; THALER p. 193 ; SAUERWEIN, p. 324.

⁸⁷ ROUILLER, p. 766 ; FOURNIER, p. 327.

⁸⁸ ROUILLER, p. 765 ; FOURNIER, p. 326 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 63.

⁸⁹ AESCHBACH FLOREZ p. 64 ; SAUERWEIN, p. 320.

⁹⁰ ATF 144 III 541, c. 8.3.1 ; ATF 121 III 319, c. 5a) aa).

⁹¹ FOURNIER, p. 327 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 64 ; SAUERWEIN, p. 309.

⁹² FOURNIER, p. 327 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 64 ; SAUERWEIN, p. 311 ; VON PLANTA, Transparence, p. 25 s.

⁹³ AESCHBACH FLOREZ, p. 63.

⁹⁴ ATF 120 II 331.

⁹⁵ PETER, Confiance, p. 57.

⁹⁶ ATF 121 III 350, c. 6c ; PETER, Confiance, p. 61.

⁹⁷ CHAPPUIS, p. 87 ; PETER, Confiance, p. 57.

⁹⁸ VOGEL/KÜPFER, p. 31 ; VOGEL, p. 632.

⁹⁹ ATF 124 III 297, c. 6 ; SAUERWEIN, p. 350 ; PETER, Sources, p. 22.

¹⁰⁰ FOURNIER, p. 331 ; VOGEL, p. 633.

pas de déclarer que la société fille en question est membre d'un groupe, ni même d'avoir des déclarations publicitaires faisant référence à un groupe¹⁰¹. En conséquence, la société qui est à l'origine de ces attentes déçues de manière contraire à la bonne foi doit répondre du dommage qui en résulte¹⁰².

3. La théorie de la société simple

La théorie selon laquelle un groupe de sociétés formerait une société simple (art. 530 ss CO) fait l'objet d'une controverse doctrinale¹⁰³. En matière de responsabilité au sein du groupe, cette théorie impliquerait que les sociétés membres répondraient solidairement entre elles (art. 544 al. 3 CO)¹⁰⁴, ce qui est profitable aux créanciers, mais dommageable au groupe¹⁰⁵. La majorité de la doctrine rejette cette théorie¹⁰⁶. Quant au Tribunal fédéral, il est également réticent à admettre cette théorie, étant donné que le fait pour le groupe d'avoir une présence commune sur le marché ne suffit pas à réaliser l'exigence du but commun (art. 530 CO)¹⁰⁷.

4. La théorie de l'employeur

Fondée sur l'art. 55 CO, cette théorie institue la responsabilité de la société mère lorsque l'un de ses auxiliaires a causé un dommage à une société fille, à ses actionnaires ou à ses créanciers¹⁰⁸. Cette responsabilité suppose que l'auxiliaire de la société mère soit un organe de la société fille¹⁰⁹, qu'il ait causé un dommage dans le cadre de son travail¹¹⁰ et qu'il ait agi selon les instructions de la société mère¹¹¹.

Certains auteurs estiment toutefois que cette théorie ne peut pas s'appliquer dans le cas des groupes de sociétés, dès lors que la société mère ne peut pas donner des instructions à ses auxiliaires, agissant en tant qu'organes de la société fille, dans la mesure où cela s'opposerait au principe d'indépendance juridique et à la responsabilité personnelle des administrateurs¹¹².

S'agissant de la pratique, cette théorie n'a encore jamais trouvé application¹¹³, bien qu'elle ait été évoquée dans un arrêt ancien¹¹⁴.

¹⁰¹ ATF 124 III 297, c. 6 ; SAUERWEIN, p. 350 ; PETER, Sources, p. 22.

¹⁰² SAUERWEIN, p. 340.

¹⁰³ FOURNIER, p. 331 ; CHAPPUIS, p. 88 ; FORSTMOSER, p. 126.

¹⁰⁴ FOURNIER, p. 331 ; CHAPPUIS, p. 88.

¹⁰⁵ FORSTMOSER, p. 125.

¹⁰⁶ FOURNIER, p. 331 ; FORSTMOSER, p. 126.

¹⁰⁷ FORSTMOSER, p. 127.

¹⁰⁸ SAUERWEIN, p. 76.

¹⁰⁹ MONTAVON, p. 994 ; SAUERWEIN, p. 76 ; PETER, Organe de fait, p. 42.

¹¹⁰ SAUERWEIN, p. 81.

¹¹¹ MONTAVON, p. 994.

¹¹² THALER, p. 183 ss ; SAUERWEIN, p. 76.

¹¹³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 897 ; SAUERWEIN, p. 76.

¹¹⁴ SJ 1992 627, cité par SAUERWEIN, p. 76.

5. La théorie de l'organe de fait

L'organe de fait est celui qui exerce la fonction d'organe, à savoir participer de manière décisive à la volonté sociale¹¹⁵, sans avoir été élu formellement ou spécialement désigné en tant que tel¹¹⁶. Pour être considéré comme un organe de fait, il faut en outre exercer ces fonctions de manière durable¹¹⁷. L'organe de fait peut être un organe au sens de l'art. 55 al. 2 CC ou un organe – un administrateur – au sens de l'art. 754 CO¹¹⁸.

Dans les groupes de sociétés, la société mère peut revêtir la qualité d'organe de fait de sa société fille lorsqu'elle exerce une influence effective sur celle-ci¹¹⁹ et ainsi engager sa propre responsabilité sur la base de l'art. 754 al. 1 CO¹²⁰. La question de savoir si une personne morale, soit la société mère, peut être un organe de fait est controversée en doctrine¹²¹. La jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent toutefois que la réponse est positive¹²².

6. La théorie de l'organe double (*Doppelorganschaft*)

Dans les groupes de sociétés, il arrive fréquemment que la société mère délègue ses organes au sein de la société fille¹²³ pour y exercer sa domination¹²⁴ et pour garantir l'unité de la direction¹²⁵. Dans pareils cas, la personne physique qui est membre d'un organe de la société mère est cumulativement membre d'un organe de la société fille¹²⁶. La théorie de l'organe double sert ainsi à fonder la responsabilité de la société mère pour les actes illicites commis par ses organes, également organes de la société fille, au sein de cette dernière¹²⁷.

Cette théorie faisant l'objet d'une analyse approfondie dans la partie IV, nous renvoyons son développement à ladite partie.

¹¹⁵ ATF 146 III 37, c. 6.1.

¹¹⁶ CHAPPUIS, p. 86 ; PETER, Organe de fait, p. 32.

¹¹⁷ TF, arrêt 4A_54/2008 du 29 avril 2008, c. 3.2.2 ; FOURNIER, p. 197.

¹¹⁸ SAUERWEIN, p. 18 ; PETER, Organe de fait, p. 30.

¹¹⁹ FOURNIER, p. 197 et 328 ; BÖCKLI/BÜHLER, p. 163 ; VOGEL, p. 624.

¹²⁰ FOURNIER, p. 328 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 10 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 49 ; SAUERWEIN, p. 35.

¹²¹ FOURNIER, p. 328 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 49 s. ; SAUERWEIN, p. 32.

¹²² ATF 117 II 570, c. 4.a) ; FOURNIER, p. 197 ; VON DER CRONE, p. 947 ; CHAPPUIS, p. 87 ; SAUERWEIN, p. 33 ; *contra* : VON BÜREN, p. 208.

¹²³ PETER, Sources, p. 24 ; FORSTMOSER, p. 114 ; VON PLANTA, Organe double, p. 56.

¹²⁴ THALER, p. 162.

¹²⁵ BÖCKLI/BÜHLER, p. 162.

¹²⁶ FOURNIER, p. 328 ; MONTAVON, p. 994 ; CHAPPUIS, p. 87 ; PETER, Sources, p. 24.

¹²⁷ FOURNIER, p. 329 ; BÖCKLI/BÜHLER, p. 162 ; MONTAVON, p. 994 ; PETER, Sources, p. 24.

IV. La responsabilité pour les organes : fondement de la théorie de l'organe double (*Doppelorganschaft*)

Dans cette partie, nous allons analyser plus spécifiquement la théorie de l'organe double et examiner le rôle que joue la responsabilité pour les organes à cet égard. Cette théorie est intéressante pour plusieurs raisons. D'une part, son fondement juridique est controversé aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence. D'autre part, elle permet d'établir, conjointement avec les autres théories, un système de responsabilité cohérent. Du reste, nous avons décidé de traiter de cette théorie en particulier, puisque contrairement à d'autres, elle n'a pas été beaucoup développée par la doctrine et la jurisprudence, malgré l'intérêt qu'elle présente.

Pour ce faire, nous commencerons par traiter du fondement de la *Doppelorganschaft* (A). Sous ce point, nous évoquerons l'origine de la théorie et son admission par le Tribunal fédéral et la doctrine, avant de discuter de la façon dont elle est mise en place, de son fondement juridique et des divergences doctrinales y relatives. Ensuite, nous nous pencherons sur les conditions de la *Doppelorganschaft* (B). Pour finir, nous examinerons sa portée (C), à savoir son rapport avec les autres exceptions au principe d'indépendance évoquées précédemment, son rapport avec la responsabilité des administrateurs au sens de l'art. 754 CO, ainsi que son application par le Tribunal fédéral.

A. Modalités de la *Doppelorganschaft*

1. Son origine

La *Doppelorganschaft* est une théorie élaborée en 1949 par SCHUCANY¹²⁸. Bien qu'elle soit ancienne, cette théorie n'a été évoquée par le Tribunal fédéral pour la première fois qu'en 1998¹²⁹, dans un arrêt dans lequel il a toutefois rejeté une responsabilité fondée sur cette théorie, faute d'en remplir les conditions¹³⁰. Dans un arrêt rendu en 2010, le Tribunal fédéral l'a à nouveau évoquée mais a également rejeté son application au cas d'espèce¹³¹. S'agissant de la doctrine, elle est partagée quant à son admission¹³², une partie d'entre elle estimant qu'il n'est pas possible d'être à la fois organe de la société mère et de la société fille et d'agir simultanément pour ces deux sociétés¹³³. Dans la mesure où le Tribunal fédéral a admis la *Doppelorganschaft*, du moins dans son principe, nous renonçons à entrer en matière sur ces divergences¹³⁴.

2. La délégation de l'organe au sein de la société fille

Avant d'examiner le fondement juridique de la *Doppelorganschaft*, il convient d'étudier la façon dont elle est mise en place.

¹²⁸ THALER, p. 164 ; VON PLANTA, *Organe double*, p. 60.

¹²⁹ ATF 124 III 297 ; PETER, *Sources*, p. 24.

¹³⁰ ATF 124 III 297, c. 5f) ; PETER, *Sources*, p. 24.

¹³¹ TF, arrêt 4A_306/2009 du 8 février 2010, c. 7.3.

¹³² THALER, p. 165 ; SAUERWEIN, p. 55.

¹³³ SAUERWEIN, p. 55.

¹³⁴ Pour plus de détails à ce sujet, cf. SAUERWEIN, p. 58 ss.

Pour rappel, la *Doppelorganschaft* vise à fonder la responsabilité de la société mère pour les actes commis par ses organes, également organes de la société fille, au sein de cette dernière¹³⁵. Plus précisément, une personne physique, qui est un organe de la société mère, est déléguée par celle-ci au sein de la société fille, en tant que membre du conseil d'administration de cette dernière¹³⁶. Cette délégation se fonde sur ce que l'on appelle une « *intégration verticale* », basée sur l'art. 707 al. 3 CO¹³⁷. Aux termes de cette disposition, une personne morale ne peut avoir la qualité de membre du conseil d'administration, mais elle peut élire ses représentants¹³⁸ à sa place. Il y a lieu de préciser que la personne morale n'a pas un droit à un représentant au sein du conseil d'administration¹³⁹, dès lors que seule l'assemblée générale est compétente pour nommer un administrateur (art. 698 al. 2 ch. 2 CO)¹⁴⁰. En ce sens, la société mère doit pouvoir exercer une influence décisive sur le vote de l'assemblée générale pour que son représentant puisse être élu, soit en étant actionnaire majoritaire soit d'entente avec d'autres actionnaires¹⁴¹.

En outre, pour être dans le cas de figure de l'art. 707 al. 3 CO, il faut que la société mère désigne spécifiquement une personne physique en qualité de représentant et que ce dernier ait ainsi pour but de siéger au conseil d'administration de la société fille en lieu et place de la société mère¹⁴².

3. Son fondement

Dès lors que la personne physique revêtant la qualité de représentant de la société mère a été déléguée au sein de la société fille, elle va revêtir la qualité d'organe double¹⁴³ et ainsi potentiellement engager la responsabilité de la société mère sur la base de la *Doppelorganschaft*. À cet égard, deux dispositions entrent en ligne de compte, soit les art. 55 al. 2 CC et 722 CO. Le rapport entre les dispositions précitées fait l'objet de divergence au sein de la doctrine et la jurisprudence¹⁴⁴, certains considérant que l'art. 722 CO est un cas d'application de l'art. 55 al. 2 CC et d'autres qu'il est une *lex specialis*¹⁴⁵.

S'agissant de la théorie de l'organe double, il est essentiel de rappeler que l'organe que la société mère a délégué au sein du conseil d'administration de la société fille, en application de l'art. 707 al. 3 CO, est un organe au sens de l'art. 754 CO¹⁴⁶. Nous développerons cette notion ci-après¹⁴⁷.

¹³⁵ FOURNIER, p. 329 ; BÖCKLI/BÜHLER, p. 162 ; MONTAVON, p. 994 ; PETER, Sources, p. 24.

¹³⁶ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 707 N 28 ; SAUERWEIN, p. 55.

¹³⁷ FOURNIER, p. 328 ; KUNZ, Konzernrecht, p. 57 ; CHAPPUIS, p. 87.

¹³⁸ Le représentant au sens de l'art. 707 al. 3 CO n'est pas un représentant au sens des art. 32 ss CO, CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 707 N 17 ; VON PLANTA, Organe double, p. 55.

¹³⁹ BSK OR II-WERNLI, art. 707 N 32.

¹⁴⁰ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 707 N 18 ; VON PLANTA, Organe double, p. 56.

¹⁴¹ BSK OR II-WERNLI, art. 707 N 32 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 51 s. ; VON PLANTA, Organe double, p. 58.

¹⁴² CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 707 N 17 et N 20 ; PETER, Nouvelles sources, p. 25.

¹⁴³ FOURNIER, p. 328 ; PETER, Sources, p. 24.

¹⁴⁴ AESCHBACH FLOREZ, p. 51.

¹⁴⁵ AESCHBACH FLOREZ, p. 51.

¹⁴⁶ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 707 N 28 ; SAUERWEIN, p. 55.

¹⁴⁷ Voir point IV.B.1.b).

a) L'art. 55 al. 2 CC

En vertu de l'art. 55 al. 2 CC, les organes engagent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits. Cet article est une norme d'imputation, de sorte que les actes des organes sont directement attribués à la personne morale – société mère dans notre cas – comme étant les leurs¹⁴⁸.

Deux éléments importants ressortent de cette disposition : acte (i) et organe (ii). Nous allons les examiner.

(i) Actes visés

Les actes de l'art. 55 al. 2 CC sont de deux sortes : les actes juridiques et les autres faits. Les premiers visent la représentation de la personne morale par les organes, soit les manifestations de volonté au nom de la personne morale, alors que les seconds visent tout autre comportement d'un organe agissant dans les rapports avec les tiers, soit tous les comportements conscients et voulus qui n'entrent pas dans la première catégorie¹⁴⁹. S'agissant de la responsabilité, seuls les autres faits sont pertinents¹⁵⁰, dès lors que la représentation visée par les actes juridiques et la responsabilité sont deux choses distinctes¹⁵¹.

Tous les actes ne sont toutefois pas susceptibles d'imputation. Pour être soumis à l'art. 55 al. 2 CC, l'organe doit avoir agi dans l'exercice de ses fonctions, ce qui exclut les actes commis à titre privé¹⁵².

En matière de responsabilité, l'art. 55 al. 2 CC ne permet pas, à lui seul, de rechercher la société mère¹⁵³, dès lors qu'il n'est pas une norme matérielle de responsabilité, mais une norme d'imputation¹⁵⁴. En conséquence, il faut que l'organe ait commis un acte générateur de responsabilité, soit violer une norme matérielle de responsabilité¹⁵⁵. À ce titre, les dispositions qui peuvent jouer un rôle dans le cas des groupes de sociétés sont les art. 41 CO et 754 CO, autrement dit en cas d'acte illicite commis par l'organe ou en cas de violation d'un devoir de sa fonction d'administrateur¹⁵⁶.

(ii) Personnes visées

La notion d'organe au sens de l'art. 55 al. 2 CC est une notion fonctionnelle qui vise toutes les personnes qui prennent part à la formation de la volonté sociale et qui possèdent une

¹⁴⁸ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 16 ; THALER, p. 167.

¹⁴⁹ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 18, N 28 et N 61.

¹⁵⁰ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 62.

¹⁵¹ ATF 146 III 37, c. 6.2.1.

¹⁵² CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 19 ; SAUERWEIN, p. 68.

¹⁵³ THALER, p. 167 ; SAUERWEIN, p. 57.

¹⁵⁴ BSK ZGB I-REITZE, art. 54/55, N 10.

¹⁵⁵ THALER, p. 167 s ; SAUERWEIN, p. 57 s. et p. 68.

¹⁵⁶ SAUERWEIN, p. 69.

compétence décisionnelle¹⁵⁷. Ces personnes exercent une activité essentielle dans la gestion de la société, tout en étant dans une position dominante¹⁵⁸.

Cette notion englobe les organes formels, les organes de fait et les organes apparents¹⁵⁹. Tout d'abord, les organes au sens formel sont ceux dont le pouvoir découle de la loi ou des statuts¹⁶⁰, à savoir les membres du conseil d'administration et de la direction¹⁶¹. Ensuite, la notion d'organe de fait vise les personnes qui exercent *de facto* des fonctions dirigeantes, qui prennent des décisions indépendantes et qui participent effectivement et de manière décisive à la formation de la volonté sociale¹⁶². Pour que cette qualité leur soit reconnue, il faut une compétence décisionnelle durable, qui aille au-delà de la simple gestion des affaires courantes et qui ait des effets perceptibles sur le résultat des affaires¹⁶³. Enfin, les organes apparents concernent les personnes auxquelles la société a donné l'apparence qu'elles sont des organes, alors qu'elles ne le sont pas en réalité¹⁶⁴.

b) L'art. 722 CO

Aux termes de l'art. 722 CO, la société répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter. Cette disposition est également une norme d'imputation, de sorte que les actes illicites des organes sont directement imputés à la société¹⁶⁵. Au demeurant, il convient de signaler que la note marginale parle de « Responsabilité pour les organes », en allemand de « *Haftung der Organe* », ce qui pourrait signifier que ce sont les organes qui sont responsables, alors que tel n'est pas le cas. En effet, puisque la société se voit imputer les actes de ses organes, elle est elle-même responsable pour ces actes¹⁶⁶.

Tout comme pour l'art. 55 al. 2 CC, deux éléments importants ressortent de cette norme : acte (i) et personne autorisée à la gérer ou à la représenter (ii). Nous allons les examiner.

(i) Actes visés

La responsabilité fondée sur l'art. 722 CO suppose que les actes commis par les organes soient illicites ou, à tout le moins, contraires aux mœurs, au sens de l'art. 41 CO¹⁶⁷. Dès lors qu'il s'agit d'une responsabilité délictuelle, il faut remplir les conditions cumulatives suivantes : un dommage, un acte illicite, une faute et un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'acte illicite et le dommage¹⁶⁸.

¹⁵⁷ ATF 124 III 418, c. 1b) ; CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 21.

¹⁵⁸ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 21.

¹⁵⁹ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 21 ; BSK ZGB I-REITZE, art. 54/55, N 13.

¹⁶⁰ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 21.

¹⁶¹ ATF 146 III 37, c. 6.1 ; ATF 121 III 176, c. 4a).

¹⁶² ATF 146 III 37, c. 6.1 ; CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 23.

¹⁶³ TF, arrêt 4A_54/2008 du 29 avril 2008, c. 3.2.2.

¹⁶⁴ ATF 146 III 37, c. 6.1 ; CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 26.

¹⁶⁵ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 2.

¹⁶⁶ KUNZ, Konzernhaftung, p. 48.

¹⁶⁷ ATF 124 III 297, c. 5a) ; BÖCKLI, Aktienrecht, p. 1530.

¹⁶⁸ TF, arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020, c. 3.2 ; BSK OR II-WATTER, art. 722 N 4 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 3.

En outre, il faut que l'acte « *entre, par un rapport fonctionnel, dans le cadre général des attributions de l'organe* »¹⁶⁹. Ainsi, les actes commis à titre privé sont exclus du champ d'application de cette norme, peu importe qu'ils aient été commis à l'occasion de la gestion des affaires sociales ou qu'ils aient été commis dans l'intérêt personnel de l'organe¹⁷⁰.

(ii) *Personnes visées*

De manière générale, l'organe au sens de l'art. 722 CO est celui qui prend une part significative dans la prise de décision et qui exerce de manière indépendante des tâches de gestion sociale¹⁷¹. Ainsi, il peut s'agir d'un organe formel, soit les membres du conseil d'administration et les membres de la direction, ou d'un organe de fait, soit les personnes qui exercent, de fait, des fonctions dirigeantes, qui peuvent prendre des décisions de manière indépendante et qui participent d'une manière décisive à la formation de la volonté sociale¹⁷². Les organes apparents sont également visés par cette disposition¹⁷³.

c) *Rapport entre l'art. 55 al. 2 CC et l'art. 722 CO*

Dès lors que nous avons posé les bases de ces articles, nous pouvons désormais examiner le rapport entre ceux-ci.

Pour ce faire, nous reprendrons d'abord les développements ci-dessus et procéder à une comparaison des articles (i). Ensuite, nous passerons en revue les avis divergents de la doctrine (ii) et de la jurisprudence (iii). Pour analyser la question de manière plus approfondie, nous allons également tenter de déterminer la *ratio legis* de l'art. 722 CO (iv). En outre, nous comparerons avec le système présent dans les autres sociétés commerciales (v). Enfin, nous ferons une brève conclusion intermédiaire de tous ces développements (vi).

(i) *Comparaison entre l'art. 55 al. 2 CC et l'art. 722 CO*

Ainsi que nous l'avons déjà exposé, deux notions essentielles ressortent de ces dispositions, notions qu'il convient de comparer.

S'agissant des actes visés, nous pouvons constater que l'art. 55 al. 2 CC a un champ d'application plus large, en ce sens que plusieurs normes matérielles de responsabilité peuvent entrer en compte, soit dans notre cas les art. 41 CO et 754 CO¹⁷⁴. Quant aux actes visés à l'art. 722 CO, seuls les actes illicites au sens de l'art. 41 CO peuvent s'appliquer¹⁷⁵. Partant, la *Doppelorganschaft* fondée sur l'art. 55 al. 2 CC conduit à une responsabilité plus large de la société mère¹⁷⁶.

¹⁶⁹ ATF 121 III 176, c. 4a) ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 11.

¹⁷⁰ ATF 121 III 176, c. 4a) ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 11.

¹⁷¹ BÖCKLI, Aktienrecht, p. 1530.

¹⁷² ATF 146 III 37, c. 6.1 ; ATF 121 III 176, c. 4a).

¹⁷³ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 18.

¹⁷⁴ SAUERWEIN, p. 69.

¹⁷⁵ ATF 124 III 297, c. 5a) ; BÖCKLI, Aktienrecht, p. 1530.

¹⁷⁶ AESCHBACH FLOREZ, p. 52 ; SAUERWEIN, p. 74.

Quant aux personnes visées, les deux dispositions connaissent la même notion d'organe¹⁷⁷. Dès lors, de ce point de vue, il n'y a aucune différence.

En définitive, l'enjeu principal qui relève de cette divergence a trait à l'étendue de la responsabilité relativement aux actes générateurs de responsabilité.

(ii) *Doctrine*

Les auteurs de doctrine adoptent des points de vue différents quant au rapport entre les art. 55 al. 2 CC et 722 CO. Nous allons présenter divers avis.

Tout d'abord, dans sa contribution sur la théorie du double organe, VON PLANTA ne mentionne que l'art. 55 al. 2 CC pour expliquer le fonctionnement de la théorie de l'organe double¹⁷⁸. En effet, il fonde cette théorie sur cette base légale, sans faire aucune référence à l'art. 722 CO¹⁷⁹. Toutefois, lorsqu'il traite de l'application de cette théorie par le Tribunal fédéral¹⁸⁰, il précise que celui-ci s'est fondé sur l'art. 722 CO et qu'ainsi, cela réduit la portée de la *Doppelorganschaft*¹⁸¹. Il apporte également un avis critique sur cet arrêt, considérant que si le Tribunal fédéral avait suivi son approche basée sur l'art. 55 al. 2 CC, cela aurait conduit à engager la responsabilité de la société mère¹⁸², puisqu'en l'espèce, elle n'avait pas pu l'être, faute d'acte illicite¹⁸³. Partant, nous considérons que selon VON PLANTA, l'art. 722 CO est un cas d'application de l'art. 55 al. 2 CC¹⁸⁴.

De même, dans deux de ses articles, PETER fonde la théorie de l'organe double sur l'art. 55 al. 2 CC, sans mentionner l'art. 722 CO¹⁸⁵. Dans ce sens, VOGEL ne traite également que de l'art. 55 al. 2 CC lorsqu'il fait référence à la théorie de la *Doppelorganschaft*¹⁸⁶. Dès lors, nous suivons le même raisonnement que pour VON PLANTA, à savoir qu'en se fondant uniquement sur l'art. 55 al. 2 CC, ces auteurs ne considèrent pas que l'art. 722 CO est une *lex specialis*.

Quant à SAUERWEIN et THALER, après une analyse de la question, ils en concluent que l'art. 722 CO n'est pas une *lex specialis* et que la théorie de l'organe double se fonde sur l'art. 55 al. 2 CC¹⁸⁷.

¹⁷⁷ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 9.

¹⁷⁸ VON PLANTA, Organe double, p. 56.

¹⁷⁹ VON PLANTA, Organe double, p. 56.

¹⁸⁰ ATF 124 III 297.

¹⁸¹ VON PLANTA, Organe double, p. 60 ss.

¹⁸² VON PLANTA, Organe double, p. 60 s.

¹⁸³ VON PLANTA, Organe double, p. 60.

¹⁸⁴ L'avis de cet auteur n'est pas expressément énoncé dans ce sens. Cependant, le fait de fonder la théorie de l'organe double sur l'art. 55 al. 2 CC et de critiquer l'arrêt du Tribunal fédéral nous encourage à penser qu'il est plutôt d'avis que la *Doppelorganschaft* se fonde sur l'art. 55 al. 2 CC et que par conséquent, l'art. 722 CO ne constitue pas une *lex specialis*. De ce fait, et à défaut d'indication claire, nous estimons que VON PLANTA considère que l'art. 722 CO est un cas d'application de l'art. 55 al. 2 CC.

¹⁸⁵ PETER, Sources, p. 24 ; PETER, Organe de fait, p. 40 ss.

¹⁸⁶ VOGEL, p. 612.

¹⁸⁷ SAUERWEIN, p. 68.

De la même manière, les auteurs PETER et CAVADINI déclarent expressément que l'art. 722 CO est un cas d'application de l'art. 55 al. 2 CC et qu'il ne fait que confirmer le principe général posé par l'art. 55 al. 2 CC¹⁸⁸. XLOUDIS affirme également que l'art. 722 CO est un cas d'application¹⁸⁹.

À l'opposé de ce qui précède, KUNZ affirme que l'art. 722 CO est une disposition spéciale par rapport à la norme de base qu'est l'art. 55 al. 2 CC¹⁹⁰.

De son côté, BÖCKLI déclare que l'art. 55 CC est une norme générale et fonde la *Doppelorganschaft* sur l'art. 722 CO¹⁹¹. Deux indications essentielles ressortent de ces déclarations. D'une part, le fait d'indiquer que l'art. 55 CC est une norme générale nous mène à penser que l'art. 722 CO est, *a contrario*, une norme spéciale. D'autre part, le fait de fonder la théorie de l'organe double sur l'art. 722 CO ne fait qu'intensifier cette idée. De ce fait, et suivant le raisonnement appliqué à VON PLANTA, PETER et VOGEL, nous estimons que BÖCKLI considère que l'art. 722 CO est une *lex specialis*.

Enfin, en ce qui concerne WATTER, celui-ci a un avis plutôt ambigu. En effet, il commence par souligner que l'art. 722 CO est une répétition du principe général de l'art. 55 CC¹⁹², avant d'affirmer que la première disposition est une *lex specialis* par rapport à la seconde lorsqu'il est question de l'imputation des actes illicites à la société¹⁹³. S'agissant de la première affirmation, elle nous laisse entendre que l'art. 722 CO n'est pas une *lex specialis*, dès lors qu'il est semblable à l'art. 55 CC. Concernant la seconde affirmation, il n'est pas évident de savoir si l'auteur voulait uniquement limiter l'application de l'art. 722 CO aux seuls actes illicites, laissant ainsi la possibilité d'appliquer l'art. 55 al. 2 CC pour les autres faits, ou s'il voulait purement et simplement limiter la responsabilité de la société aux actes illicites, excluant par conséquent une responsabilité pour tous les autres faits¹⁹⁴. Partant, à défaut d'indication claire, nous ne nous prononcerons pas sur l'avis de WATTER.

(iii) *Jurisprudence*

Nous allons à présent examiner l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral au cours des années, dans l'ordre chronologique.

Tout d'abord, dans un arrêt rendu en 1995, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 718 al. 3 aCO¹⁹⁵ était un cas d'application de l'art. 55 al. 2 CC¹⁹⁶. Cet arrêt en suit plusieurs autres dans lesquels

¹⁸⁸ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 1 et 8.

¹⁸⁹ CR CC I-XLOUDIS, art. 54/55 N 61.

¹⁹⁰ KUNZ, Konzernhaftung, p. 48, note 46.

¹⁹¹ BÖCKLI, Aktienrecht, p. 1530 s.

¹⁹² BSK OR II-WATTER, art. 722 N 1.

¹⁹³ BSK OR II-WATTER, art. 722 N 17.

¹⁹⁴ SAUERWEIN, p. 67.

¹⁹⁵ L'art. 718 al. 3 aCO est devenu l'art. 722 CO, FF 1983 II 757, p. 953 ; à cet égard, voir point IV.A.3.c)(iv).

¹⁹⁶ ATF 121 III 176, c. 4.

le Tribunal fédéral partage le même avis¹⁹⁷. De ce fait, la Haute Cour a une conception large de la responsabilité pour les organes.

Ensuite, en 1998, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt *Musikvertrieb c. Motorcolombus*¹⁹⁸ dans lequel il a traité pour la première fois de la théorie de l'organe double. Dans ce fameux arrêt, la Haute Cour a examiné la condition de l'acte illicite en application de l'art. 722 CO¹⁹⁹, sans ne faire aucune référence à l'art. 55 al. 2 CC. Il n'a fondé son raisonnement que sur cette première disposition, laissant ainsi penser, selon notre interprétation, qu'elle était une *lex specialis* par rapport à la seconde. Cette nouvelle position du Tribunal fédéral était surprenante, étant donné que la jurisprudence a jusque-là toujours considéré que l'art. 722 CO (ou art. 718 al. 3 aCO) était un cas d'application de l'art. 55 al. 2 CC. Nous tentons d'expliquer cela par le fait que cet arrêt est le premier qui a abordé la *Doppelorganschaft* et qu'en raison de cette nouveauté dans la jurisprudence, le Tribunal fédéral a estimé nécessaire de restreindre l'étendue de la responsabilité aux actes illicites seulement.

En 2002, le Tribunal fédéral est revenu sur sa position initiale, à savoir que l'art. 718 al. 3 aCO (art. 722 CO) est un cas d'application de l'art. 55 al. 2 CC²⁰⁰. Cette opinion n'est pas surprenante, compte tenu du fait que la Cour a toujours défendu cette idée, excepté dans l'arrêt précédent où elle a semblé défendre l'idée d'une *lex specialis*.

En 2009, le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts sur lesquels il ne s'est pas prononcé clairement sur la question. Dans le premier arrêt, la Cour a estimé que l'art. 722 CO ne s'appliquait pas au cas d'espèce, dans la mesure où « *il s'agit d'une disposition spéciale et répétitive conçue pour les sociétés anonymes* » et qu'en l'espèce, la recourante n'en était pas une²⁰¹. Dans le second arrêt, le Tribunal fédéral a indiqué que l'instance précédente s'était basée sur l'art. 55 al. 2 CC pour fonder la responsabilité de la personne morale pour les actes illicites commis par ses organes²⁰². Toujours dans ce même arrêt, la Haute Cour a précisé que pour les sociétés anonymes, « *il eût mieux valu se fonder sur l'art. 722 CO* »²⁰³. Le Tribunal fédéral a semblé ainsi plutôt pencher vers l'idée d'une *lex specialis*. En effet, en indiquant explicitement dans le second arrêt qu'il était préférable de se fonder sur l'art. 722 CO lorsque l'on a affaire à une société anonyme²⁰⁴, le Tribunal fédéral a indiqué explicitement que cet article était une *lex specialis*. En revanche, dans le premier arrêt, le Tribunal fédéral paraissait ambigu lorsqu'il parlait de « *disposition spéciale et répétitive* »²⁰⁵. Certes, il a employé le terme « *spéciale* », ce qui signifiait clairement que l'art. 722 CO était une *lex specialis*, mais il a également utilisé le terme « *répétitive* » qui, selon notre interprétation, semble indiquer que l'art. 722 CO était similaire à l'art. 55 al. 2 CC. Cette similitude présumée nous mène à penser que le premier article était plutôt un cas d'application du second. Toutefois, il se pourrait que le terme « *répétitive* » fasse référence à la nature juridique de ces normes – soit des normes d'imputation

¹⁹⁷ ATF 105 II 289, c. 5 ; ATF 89 II 239, c. 8.

¹⁹⁸ ATF 124 III 297.

¹⁹⁹ ATF 124 III 297, c. 5a).

²⁰⁰ TF, arrêt 4C.202/2002 du 30 octobre 2002, c. 2.

²⁰¹ TF, arrêt 4A_50/2009 du 26 mars 2009, c. 2.3.

²⁰² TF, arrêt 4A_271/2009 du 3 août 2009, c. 2.1.

²⁰³ TF, arrêt 4A_271/2009 du 3 août 2009, c. 2.1.

²⁰⁴ TF, arrêt 4A_271/2009 du 3 août 2009, c. 2.1.

²⁰⁵ TF, arrêt 4A_50/2009 du 26 mars 2009, c. 2.3.

– et au but de celles-ci – soit de fonder la responsabilité de la société pour les actes de ses organes. Nonobstant cette imprécision, nous retiendrons toutefois que par ces arrêts, le Tribunal fédéral a estimé que l’art. 722 CO est une *lex specialis* par rapport à l’art. 55 al. 2 CC. Ainsi, la Haute Cour a repris l’appréciation qui semble avoir été adoptée en 1998.

En 2010, le Tribunal fédéral a une nouvelle fois rendu un arrêt dans lequel il traite de la théorie du double organe²⁰⁶. Comme pour le premier arrêt, la Haute Cour ne mentionne que l’art. 722 CO pour traiter de la responsabilité de la société mère en raison d’un acte illicite commis par un double organe²⁰⁷. Ce faisant, le Tribunal fédéral semble réitérer l’appréciation selon laquelle l’art. 722 CO est une *lex specialis* par rapport à l’art. 55 al. 2 CC. Cette position n’est plus surprenante, dans la mesure où la Haute Cour l’a déjà adoptée dans l’arrêt *Musikvertrieb c. Motorcolombus* et dans les arrêts de 2009.

Pour finir, bien que jusque-là nous passions d’une conception à une autre, le Tribunal fédéral a enfin clarifié expressément la situation. En effet, dans deux arrêts rendus en 2020, la Cour affirme que l’art. 722 CO est une « *disposition spéciale par rapport à l’art. 55 al. 2 CC* »²⁰⁸. Contrairement aux autres arrêts mentionnés, le Tribunal fédéral a, dans ces deux décisions, justifié sa déclaration par un renvoi à l’art. 59 al. 2 CC²⁰⁹. Aux termes de cet article, les organisations corporatives poursuivant un but économique sont régies par les dispositions applicables aux sociétés. Cette norme ne concerne que les corporations²¹⁰ qui procurent un avantage pécuniaire à ses membres²¹¹. Ainsi, la société anonyme est l’une des personnes morales concernée par cette disposition²¹². Dès lors que nous avons une disposition en droit de la société anonyme qui régit la responsabilité de la société pour les actes de ses organes, à savoir l’art. 722 CO, il apparaît que celle-ci est une *lex specialis* par rapport à l’art. 55 al. 2 CC, qui lui fait partie de la partie générale du droit des personnes morales²¹³.

(iv) *Ratio legis*

À l’origine, la responsabilité pour les organes se fondait sur l’art. 718 al. 3 aCO, en vigueur depuis 1937²¹⁴. Lors de la grande révision du droit de la société anonyme, entrée en vigueur en juillet 1992²¹⁵, l’art. 718 al. 3 aCO est devenu l’art. 722 CO, dont le contenu est identique²¹⁶.

Dans son Message relatif à l’adoption de l’art. 718 al. 3 aCO, le Conseil fédéral a expliqué qu’outre les membres de l’administration, des tiers pouvaient également être en charge de la gestion et de la représentation²¹⁷. Dès lors, ces tiers devaient être assimilés à des organes de la

²⁰⁶ TF, arrêt 4A_306/2009 du 8 février 2010.

²⁰⁷ TF, arrêt 4A_306/2009 du 8 février 2010, c. 7.1.2.

²⁰⁸ TF, arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020, c. 3.1 ; TF, arrêt 4A_616/2019 du 17 avril 2020, c. 4.1.2.

²⁰⁹ TF, arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020, c. 3.1 ; TF, arrêt 4A_616/2019 du 17 avril 2020, c. 4.1.2.

²¹⁰ CR-CC I-XOUDIS, art. 59 N 12 ; BSK ZGB I-REITZE, art. 59 N 16.

²¹¹ CR-CC I-XOUDIS, art. 59 N 13 ; BSK ZGB I-REITZE, art. 59 N 18.

²¹² CR-CC I-XOUDIS, art. 59 N 13.

²¹³ CR-CC I-XOUDIS, art. 59 N 14.

²¹⁴ FF 1936 III 609, p. 768.

²¹⁵ RO 1992 733, p. 771.

²¹⁶ FF 1983 II 757, p. 953.

²¹⁷ FF 1928 I 233, p. 285.

société, et ainsi pouvoir être tenus pour responsables comme les membres de l'administration²¹⁸. Hormis cette responsabilité personnelle, le Conseil fédéral a précisé que la société devait également répondre des actes illicites commis par ses organes dans la gestion des affaires sociales²¹⁹. Par conséquent, l'art. 718 al. 3 aCO, qui instaure la responsabilité pour les organes, a vu le jour.

Dans cette optique, dans la mesure où le Conseil fédéral n'a fait aucune référence à l'art. 55 al. 2 CC, nous sommes plutôt d'avis que cette disposition a été introduite dans le but de créer une base légale spéciale pour la responsabilité pour les organes dans le droit de la société anonyme.

Toutefois, lors de la révision du droit de la société anonyme qui est entré en vigueur en 1992, le Conseil fédéral a indiqué que l'art. 55 al. 2 CC posait le principe de la responsabilité pour les organes et que le droit de la société anonyme autrefois en vigueur avait repris ce principe (art. 718 al. 3 aCO)²²⁰. Il a en outre précisé que dans le but d'éviter tout malentendu, il était renoncé à supprimer cette répétition²²¹. Ce message du Conseil fédéral est sujet à interprétation, dans la mesure où il n'exclut pas expressément l'hypothèse selon laquelle l'art. 722 CO est une *lex specialis*. Néanmoins, SAUERWEIN estime que ces déclarations du Conseil fédéral excluent la possibilité d'une *lex specialis*²²². Dès lors, nous nous rallions à son interprétation et estimons que l'art. 722 CO n'a pas vocation à être une *lex specialis* selon cet avis du Conseil fédéral.

En définitive, il semblerait, selon notre appréciation que la *ratio legis* de l'art. 722 CO (art. 718 al. 3 aCO) soit, historiquement, d'introduire une norme fondant la responsabilité pour les organes en droit de la société anonyme, quand bien même le Conseil fédéral a par la suite laissé entendre que l'art. 722 CO n'était pas une *lex specialis*.

(v) Comparaison systématique

Dès lors que nous avons analysé la *ratio legis* de l'art. 722 CO, nous pouvons passer à une comparaison avec le système prévu par le droit d'autres sociétés commerciales.

Trois normes similaires à l'art. 722 CO figurent dans la partie spéciale du CO, à savoir les art. 567 al. 3 CO, 817 CO et 899 al. 3 CO, qui se rapportent respectivement à la société en nom collectif, à la société à responsabilité limitée et à la société coopérative. Chacune de ces dispositions dispose que la société répond des actes illicites commis par un associé (art. 567 al. 3 CO) ou par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter (art. 817 CO, art. 899 al. 3 CO) dans la gestion des affaires sociales.

Considérant que les droits de trois autres sociétés commerciales ont une disposition traitant de la responsabilité de la société pour les actes illicites commis par les organes, il nous est difficile d'imaginer qu'elles ne soient pas des *lex specialis* par rapport à l'art. 55 al. 2 CC. En effet, le fait de réglementer la responsabilité pour les organes dans le droit de quatre types de sociétés

²¹⁸ FF 1928 I 233, p. 285.

²¹⁹ FF 1928 I 233, p. 285.

²²⁰ FF 1983 II 757, p. 953.

²²¹ FF 1983 II 757, p. 953.

²²² SAUERWEIN, p. 65.

commerciales est un indice suffisant, selon nous, pour considérer que ces dispositions sont des *lex specialis*. En outre, le fait que ces dispositions soient similaires dans leur contenu, autrement dit qu'elles limitent toutes les quatre la responsabilité aux actes illicites seulement, consolident cette idée.

(vi) *Conclusion intermédiaire*

En substance, les art. 55 al. 2 CC et 722 CO sont très similaires. En effet, il s'agit de deux normes d'imputation²²³ qui connaissent la même notion d'organe²²⁴. La seule différence réside en l'étendue de la responsabilité, en ce sens que l'art. 55 al. 2 CC connaît une responsabilité plus large que l'art. 722 CO²²⁵.

La question litigieuse de savoir si l'art. 722 CO est un cas d'application de l'art. 55 al. 2 CC ou une *lex specialis* a fait couler beaucoup d'encre. La doctrine reste toujours divisée sur cette question, alors que le Tribunal fédéral a, semble-t-il, tranché la question à plusieurs reprises, mais de façon contradictoire. Les arrêts récents sont toutefois sans équivoque : l'art. 722 CO est une *lex specialis*²²⁶.

En étudiant la question de façon plus détaillée, nous remarquons que le Conseil fédéral émet également des déclarations ambiguës. En effet, selon son premier Message, le but de l'introduction de l'art. 718 al. 3 aCO semble être de régler la responsabilité de la société pour les actes illicites commis par ses organes²²⁷, penchant ainsi vers l'avis selon lequel l'art. 722 CO est une *lex specialis*. Cependant, selon son second Message, il apparaît plutôt que cet article est une répétition de l'art. 55 al. 2 CC²²⁸, autrement dit qu'il n'est pas une *lex specialis*.

En outre, des dispositions similaires à l'art. 722 CO se trouvent dans le droit de trois autres sociétés commerciales, ce qui suggère que toutes ces dispositions sont des *lex specialis* par rapport au principe général de l'art. 55 al. 2 CC.

En conséquence, nous sommes d'avis que l'art. 722 CO est une *lex specialis* par rapport à l'art. 55 al. 2 CC et qu'ainsi, la responsabilité pour les organes ne s'étend qu'aux actes illicites au sens de l'art. 41 CO²²⁹. En effet, les raisonnements allant dans ce sens nous semblent être plus convaincants. Nous poursuivrons alors notre développement sur cette base²³⁰.

²²³ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 16 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 2.

²²⁴ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 9.

²²⁵ SAUERWEIN, p. 69.

²²⁶ TF, arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020, c. 3.1 ; TF, arrêt 4A_616/2019 du 17 avril 2020, c. 4.1.2.

²²⁷ FF 1928 I 233, p. 285.

²²⁸ FF 1983 II 757, p. 953.

²²⁹ ATF 124 III 297, c. 5a) ; BÖCKLI, Aktienrecht, p. 1530.

²³⁰ A l'inverse, si nous avons fondé la théorie de l'organe double sur l'art. 55 al. 2 CC, l'étendue de la responsabilité serait plus large, dès lors que l'art. 754 CO aurait également pu être invoqué en tant que norme matérielle de responsabilité. Pour plus de détails à ce sujet, voir point IV.A.3.c)(i).

B. Conditions d'application de la *Doppelorganschaft*

Comme nous l'avons préalablement examiné, pour appliquer la théorie de l'organe double, il est nécessaire d'appliquer deux dispositions, soit la disposition de base qu'est l'art. 722 CO et la disposition matérielle de responsabilité qu'est l'art. 41 CO.

Les éléments formels, tels que la légitimation active et passive, le fardeau de la preuve ou la prescription, ne seront pas abordés dans le cadre de ce travail²³¹. Par ailleurs, nous partons du principe qu'aucune assurance dite *Directors and Officers (D&O)* n'a été conclue par le groupe²³².

1. Conditions de l'art. 722 CO

Pour fonder la théorie de l'organe double, la personne physique qui endosse le rôle d'organe double doit remplir les trois conditions cumulatives de l'art. 722 CO : elle doit être organe de la société mère (a), organe de la société fille (b) et être dans un rapport fonctionnel (c)²³³.

a) Organe de la société mère

En premier lieu, la personne physique, qui est déléguée par la société mère au sein de la société fille en application de l'art. 707 al. 3 CO, doit être un organe de la société mère²³⁴. La notion d'organe correspond à celle de l'art. 722 CO, qui est en substance similaire à l'art. 55 al. 2 CC²³⁵, et que nous avons déjà développé ci-dessus²³⁶. Pour synthétiser, cette notion vise toutes les personnes qui possèdent des compétences décisionnelles et qui prennent part à la formation de la volonté sociale²³⁷. Il peut s'agir d'un organe formel, de fait ou apparent²³⁸.

b) Organe de la société fille

En second lieu, la personne physique est déléguée par la société mère au sein du conseil d'administration de la société fille²³⁹. Cette personne revêt donc la qualité d'administrateur de la société fille au sens de l'art. 754 CO²⁴⁰. En d'autres termes, le double organe est un organe au sens de l'art. 55 al. 2 CC de la société mère et un organe au sens de l'art. 754 CO de la société fille.

²³¹ Pour plus de détails à ce sujet, cf. SAUERWEIN, p. 69 ss.

²³² Cette assurance permet de couvrir les conséquences financières de préjudices économiques causés à des tiers par les membres du conseil d'administration, de la direction et de toute personne ayant la qualité d'organe de fait, BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 68.

²³³ SAUERWEIN, p. 56 ; PETER, Sources, p. 25.

²³⁴ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 707 N 28.

²³⁵ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 9.

²³⁶ Voir point IV.A.3.b)(ii).

²³⁷ ATF 124 III 418, c. 1b) ; CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 21.

²³⁸ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 21 ; BSK ZGB I-REITZE, art. 54/55, N 13 ; Pour plus de détails à ce sujet, voir point IV.A.3.a)(ii).

²³⁹ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 28 ; SAUERWEIN, p. 56.

²⁴⁰ SAUERWEIN, p. 56.

La notion d'organe au sens de l'art. 754 CO une sous-catégorie de l'organe au sens de l'art. 55 al. 2 CC²⁴¹. Elle vise donc toutes les personnes qui possèdent des compétences décisionnelles et qui prennent part à la formation de la volonté sociale²⁴². Cette notion étant toutefois plus étroite, elle ne concerne que les personnes chargées de la haute administration ou gestion²⁴³, à savoir les administrateurs et directeurs exerçant les attributions prévues par les art. 716a CO et 716b CO²⁴⁴.

c) Rapport fonctionnel

En dernier lieu, le double organe doit avoir agi dans le cadre de ses attributions d'organe²⁴⁵, aussi bien pour la société mère que pour la société fille²⁴⁶. Ainsi, l'acte générateur de responsabilité entre dans un « *double rapport fonctionnel* »²⁴⁷. Les actes commis à titre privé sont exclus du champ d'application²⁴⁸.

2. Conditions de l'art. 41 CO

Outre les conditions de l'art. 722 CO, il faut également remplir les quatre conditions cumulatives de la responsabilité pour actes illicites, réglées par l'art. 41 al. 1 CO²⁴⁹ : il faut un dommage (a), un acte illicite (b), une faute (c) et un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'acte illicite et le dommage (d)²⁵⁰.

a) Dommage

Le dommage se définit comme une diminution involontaire du patrimoine net du lésé²⁵¹. Cette diminution se calcule selon la théorie de la différence, soit par une comparaison entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait eu ce patrimoine sans l'événement dommageable²⁵². Le patrimoine se caractérise par tous les biens d'une personne ayant ou pouvant avoir une valeur économique²⁵³. En outre, le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif²⁵⁴.

²⁴¹ THALER, p. 15 ; SAUERWEIN, p. 19 ; PETER, Organe de fait, p. 33.

²⁴² ATF 124 III 418, c. 1b) ; ATF 117 II 570, c. 3.

²⁴³ MONTAVON, p. 399.

²⁴⁴ SAUERWEIN, p. 16 s.

²⁴⁵ ATF 121 III 176, c. 4a) ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 11.

²⁴⁶ SAUERWEIN, p. 57.

²⁴⁷ SAUERWEIN, p. 57.

²⁴⁸ ATF 121 III 176, c. 4a) ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 11.

²⁴⁹ ATF 124 III 297, c. 5a) ; BÖCKLI, Aktienrecht, p. 1530.

²⁵⁰ TF, arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020, c. 3.2 ; BSK OR II-WATTER, art. 722 N 4 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 3.

²⁵¹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 7 et 11 ; BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 3.

²⁵² ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 3.

²⁵³ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 7 ; HÄNNI, p. 82 ; WERRO, p. 26.

²⁵⁴ ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; HÄNNI, p. 82.

Il existe plusieurs types de dommages, soit le dommage corporel, matériel et purement économique²⁵⁵, qui se distinguent selon la nature du bien touché²⁵⁶. Le premier résulte d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique²⁵⁷, alors que le second résulte d'une atteinte portée à la substance d'une chose²⁵⁸. Quant au dernier, il se définit comme une diminution du patrimoine ne résultant pas d'une atteinte aux droits absolus²⁵⁹.

b) Acte illicite

Selon la conception objective de l'illicéité, adoptée par le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, l'acte illicite se définit comme la violation, en l'absence d'un motif justificatif, d'une norme protectrice des intérêts d'autrui²⁶⁰. Dans cette conception, l'illicéité de résultat se distingue de l'illicéité de comportement²⁶¹. Le premier suppose une atteinte à un droit absolu du lésé, alors que le second une violation d'une norme de comportement destinée à protéger le lésé²⁶². Lorsque le préjudice est purement économique, celui-ci peut donner lieu à réparation uniquement en cas d'illicéité de comportement²⁶³.

Toutefois, même en l'absence d'illicéité, un acte peut engager la responsabilité de son auteur lorsque, conformément à l'art. 41 al. 2 CO, celui-ci agit intentionnellement de manière contraire aux mœurs²⁶⁴. Cet alinéa est subsidiaire au premier et ne s'applique que de manière exceptionnelle²⁶⁵.

c) Faute

La faute se définit comme un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique et se présente sous deux aspects, soit la faute objective et la faute subjective²⁶⁶. L'aspect objectif fait référence au manquement à la diligence raisonnablement attendu de l'auteur dans les circonstances dans lesquels il se trouvait, alors que l'aspect subjectif constitue le fait, pour cet auteur, de ne pas utiliser sa capacité de compréhension et sa volonté pour obéir au devoir de diligence lui incombant²⁶⁷. Ce dernier aspect peut se présenter sous la forme d'une intention ou d'une négligence et permet de fonder l'imputabilité de l'acte à son auteur, imputabilité qui dépend de sa capacité de discernement²⁶⁸.

²⁵⁵ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 18, 19 et 20.

²⁵⁶ WERRO, p. 29.

²⁵⁷ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 18 ; BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 11.

²⁵⁸ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 19 ; BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 12.

²⁵⁹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 20 ; WERRO, p. 42.

²⁶⁰ ATF 133 III 323, c. 5.1 ; BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 31.

²⁶¹ ATF 133 III 323, c. 5.1 ; WERRO, p. 105.

²⁶² ATF 133 III 323, c. 5.1 ; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 72

²⁶³ ATF 133 III 323, c. 5.1 ; WERRO, p. 42.

²⁶⁴ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 98. ; WERRO, p. 135.

²⁶⁵ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 101. ; WERRO, p. 135.

²⁶⁶ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 56 et 60 ; HÄNNI, p. 107.

²⁶⁷ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 61 et 63 ; WERRO, p. 90 et 92.

²⁶⁸ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 63 ; HÄNNI, p. 107.

Le degré de la faute ne joue aucun rôle pour fonder la responsabilité de l'auteur, dès lors qu'une négligence légère suffit, mais elle est prise en compte dans la fixation de l'indemnité²⁶⁹.

d) Lien de causalité naturelle et adéquate

La causalité se définit comme le lien de cause à effet²⁷⁰ entre l'acte illicite et le dommage²⁷¹. Ce lien s'examine sous l'angle logique, soit la causalité naturelle, et juridique, soit la causalité adéquate²⁷². La première est une question de fait, alors que la seconde est une question de droit²⁷³.

La causalité naturelle se définit comme « un lien tel que, sans le premier événement, le second n'aurait pas eu lieu »²⁷⁴. En d'autres termes, il faut que le fait soit l'une des conditions *sine qua non* du résultat²⁷⁵. En outre, il n'est pas nécessaire que la cause soit unique ou directe au dommage pour admettre un lien de causalité naturelle²⁷⁶.

Quant à la causalité adéquate, elle a pour but de fixer une limite juridique à l'obligation de réparer un dommage²⁷⁷ et de déterminer les causes juridiquement pertinentes²⁷⁸, dès lors que la chaîne des événements relevant de la causalité naturelle peut être infinie²⁷⁹. La causalité est adéquate lorsque selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, l'acte illicite est propre à entraîner un dommage du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance du dommage paraît favorisée par l'acte illicite²⁸⁰. Le juge doit procéder à un pronostic rétrospectif objectif, soit examiner si le résultat est considéré comme l'effet objectivement prévisible de la cause²⁸¹.

C. Portée de la *Doppelorganschaft*

Dès lors que nous avons étudié les modalités et les conditions de la *Doppelorganschaft*, il convient maintenant d'en examiner sa portée. Pour ce faire, nous allons discuter de son rapport avec la théorie de l'organe de fait, puis avec la responsabilité des administrateurs de l'art. 754 CO. Ensuite, nous aborderons brièvement son rapport avec les autres théories exposées en partie III. Pour finir, nous nous pencherons sur les deux arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels celui-ci a mentionné la *Doppelorganschaft*.

²⁶⁹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 68 ; HÄNNI, p. 107 ; WERRO, p. 99.

²⁷⁰ HÄNNI, p. 95.

²⁷¹ TF, arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020, c. 3.2.

²⁷² CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 36 ; HÄNNI, p. 82 ; WERRO, p. 70 s.

²⁷³ ATF 142 IV 237, c. 1.5.1 et 1.5.2.

²⁷⁴ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 37 ; WERRO, p. 71.

²⁷⁵ ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; WERRO, p. 71.

²⁷⁶ BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 14.

²⁷⁷ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 43 ; WERRO, p. 81.

²⁷⁸ BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 14 ; HÄNNI, p. 96.

²⁷⁹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 43.

²⁸⁰ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 43 ; BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 16.

²⁸¹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 43 ; WERRO, p. 81.

1. Rapport avec la théorie de l'organe de fait

La *Doppelorganschaft* et la théorie de l'organe de fait sont toutes les deux des moyens qui permettent de fonder la responsabilité de la société mère pour des actes commis dans le cadre des activités de la société fille. Ces deux théories sont très proches l'une de l'autre et peuvent parfois se recouper ou s'exclure.

a) Rappel des notions

L'organe de fait est celui qui exerce la fonction d'organe²⁸² durablement²⁸³ sans avoir été formellement ou spécialement désignée comme tel²⁸⁴. La société mère qui exerce une influence effective sur la société fille²⁸⁵ peut engager sa responsabilité en tant qu'organe de fait sur la base de l'art. 754 al. 1 CO²⁸⁶.

Quant à la *Doppelorganschaft*, elle fonde la responsabilité de la société mère pour les actes illicites commis par ses organes, également organes de la société fille, au sein de cette dernière²⁸⁷.

b) Examen du rapport entre les deux théories

Deux variables se dégagent de la *Doppelorganschaft* et de la théorie de l'organe de fait : la qualité du représentant de la société mère ainsi que le fondement juridique et l'étendue de la responsabilité²⁸⁸. Afin d'examiner le rapport entre ces deux théories, il convient d'aborder ces variables.

(i) Deux variables essentielles

En ce qui concerne la qualité du représentant dans la *Doppelorganschaft*, le principe est qu'une personne physique est cumulativement organe de la société mère et de la société fille²⁸⁹. Dans la théorie de l'organe de fait, la société mère est elle-même considérée comme organe de la société fille²⁹⁰, en raison de son ingérence dans les affaires celle-ci²⁹¹. Pour arriver à un tel résultat, plusieurs hypothèses sont envisageables. En règle générale, la société mère, en tant que personne morale, n'agit pas par elle-même, mais par l'intermédiaire de personnes physiques²⁹², qui sont en principe ses organes ou ses auxiliaires²⁹³.

²⁸² ATF 146 III 37, c. 6.1.

²⁸³ TF, arrêt 4A_54/2008 du 29 avril 2008, c. 3.2.2.

²⁸⁴ CHAPPUIS, p. 86 ; PETER, Organe de fait, p. 32.

²⁸⁵ FOURNIER, p. 197 et 328 ; BÖCKLI/BÜHLER, p. 163 ; VOGEL, p. 624.

²⁸⁶ FOURNIER, p. 328 ; CR-CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 10 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 49 ; SAUERWEIN, p. 35.

²⁸⁷ FOURNIER, p. 329 ; BÖCKLI/BÜHLER, p. 162 ; MONTAVON, p. 994 ; PETER, Sources, p. 24.

²⁸⁸ SAUERWEIN, p. 72.

²⁸⁹ FOURNIER, p. 328 ; CHAPPUIS, p. 87.

²⁹⁰ FOURNIER, p. 328 ; CHAPPUIS, p. 87.

²⁹¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 895 ; PETER, Organe de fait, p. 42.

²⁹² TF, arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020, c. 3.1 ; VOGEL/KÜPFER, p. 37 ; THALER, p. 171 ; PETER, Organe de fait, p. 39.

²⁹³ SAUERWEIN, p. 54 ; PETER, Organe de fait, p. 40.

S'agissant du fondement juridique et l'étendue de la responsabilité de la *Doppelorganschaft*, celle-ci se fonde sur l'art. 722 CO et la responsabilité de la société mère ne s'étend qu'aux actes illicites²⁹⁴. Quant à la théorie de l'organe de fait, elle se fonde sur l'art. 754 CO et la responsabilité de la société mère s'étend aux violations des devoirs d'administrateur²⁹⁵, qui peuvent également être constitutives d'actes illicites²⁹⁶.

(ii) *Théories alternatives ou exclusives*

Selon la manière dont ces variables s'appliquent, plusieurs cas de figure peuvent se présenter. Les théories discutées peuvent ainsi se retrouver dans un rapport alternatif ou d'exclusivité.

La *Doppelorganschaft* et la théorie de l'organe de fait peuvent toutes les deux trouver application²⁹⁷ lorsqu'un organe de la société mère est responsable de l'acte générateur de responsabilité et que ce dernier est une violation d'un devoir d'administrateur (art. 754 CO) également constitutive d'un acte illicite (art. 41 CO)²⁹⁸. Il n'est pas surprenant que les deux théories puissent s'appliquer, dès lors que le fait d'avoir un double organe augmente le risque pour une société mère d'être un organe de fait de sa société fille²⁹⁹. Tel est notamment le cas lorsque la société mère donne des instructions à l'organe double et influence directement son comportement³⁰⁰. Dans cette perspective, elles sont dans un rapport alternatif.

En pratique, il est préférable, selon nous, de recourir à la théorie de l'organe de fait. D'une part, il n'est pas nécessaire d'examiner la qualité du représentant de la société mère³⁰¹, puisque que ce soit un organe ou un auxiliaire, celle-ci verra sa responsabilité engagée. D'autre part, la société mère répond directement de l'acte litigieux, sans devoir passer par la norme d'imputation qu'est l'art. 722 CO. Toutefois, il est vrai que la théorie de l'organe double est plus satisfaisante du point de vue de l'indépendance des sociétés, dès lors qu'elle permet de préserver le principe des patrimoines distincts³⁰².

En revanche, elles sont dans un rapport d'exclusivité dans les autres cas. La *Doppelorganschaft* s'applique de manière exclusive lorsqu'un organe a commis un acte illicite (art. 41 CO) qui ne constitue pas une violation d'un devoir d'administrateur (art. 754 CO). Quant à la théorie de l'organe de fait, elle s'applique lorsqu'un organe a commis une violation d'un devoir d'administrateur (art. 754 CO) qui n'est pas constitutive d'un acte illicite³⁰³ (art. 41 CO) et

²⁹⁴ Voir IV.A.3.c).

²⁹⁵ FOURNIER, p. 328 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 10 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 49 ; SAUERWEIN, p. 35.

²⁹⁶ HÄNNI, p. 63 ; SAUERWEIN, p. 98.

²⁹⁷ Pour autant que leurs conditions respectives en soient remplies.

²⁹⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 895 ; VOGEL/KÜPFER, p. 39 ; Selon le raisonnement de SAUERWEIN (p. 73), transposé à nos conclusions.

²⁹⁹ KUNZ, Konzernhaftung, p. 48.

³⁰⁰ TF, arrêt 4A_306/2009 du 8 février 2010, c. 7.1.2.

³⁰¹ VOGEL/KÜPFER, p. 38.

³⁰² VON PLANTA, Organe double, p. 62.

³⁰³ Tel est le cas d'un organe qui signe un contrat avec un client sans procéder à un examen attentif de ses clauses et qui, par la suite, cause un dommage important au groupe.

lorsqu'un auxiliaire a commis une violation d'un devoir d'administrateur (art. 754 CO), que celle-ci soit ou non constitutive d'un acte illicite (art. 41 CO)³⁰⁴.

2. Rapport avec la responsabilité des administrateurs (art. 754 CO)

La théorie de l'organe double se rapporte à la responsabilité des administrateurs au sens de l'art. 754 CO à travers deux aspects.

En premier lieu, il y a la question de la responsabilité personnelle de l'organe double en tant qu'administrateur de la société fille. Selon la théorie de l'organe double, la société mère répond des actes illicites commis par son organe, également organe de la société fille³⁰⁵. Toutefois, cet organe, en étant administrateur de la société fille, est également susceptible d'engager sa responsabilité individuelle sur la base de l'art. 754 CO³⁰⁶. Tel est le cas lorsque l'acte illicite, générateur de la responsabilité fondée sur la *Doppelorganschaft*, est aussi une violation d'un devoir d'administrateur. En ce sens, il y a une distinction entre la responsabilité de la société pour les organes et la responsabilité des organes eux-mêmes³⁰⁷.

Deux actions sont possibles, l'une à l'encontre de la société mère et l'autre à l'encontre de l'administrateur. La première se base sur la *Doppelorganschaft*³⁰⁸, alors que la seconde directement sur l'art. 754 CO³⁰⁹. Ces actions entrent dès lors en concours³¹⁰. Dans l'hypothèse où l'organe voit sa responsabilité engagée, celui-ci pourra se retourner contre la société mère s'il a agi sur ses instructions³¹¹.

En second lieu, il y a la question déjà étudiée ci-dessus³¹² de la responsabilité de la société mère en tant qu'administrateur de fait. La société mère peut être qualifiée d'organe de fait de la société fille et ainsi engager sa responsabilité sur la base de l'art. 754 CO³¹³. Cette responsabilité peut, dans certaines circonstances, entrer en concours avec la responsabilité fondée sur la théorie de l'organe double³¹⁴.

3. Rapport avec les autres théories

Afin de fournir un examen plus complet de la *Doppelorganschaft*, il convient de discuter brièvement de son rapport avec les autres théories présentées.

³⁰⁴ Toutefois, lorsqu'elle est également constitutive d'un acte illicite, la théorie de l'employeur entre aussi en ligne de compte. Pour plus de détails à ce sujet, cf. SAUERWEIN, p. 98 ss.

³⁰⁵ FOURNIER, p. 329 ; BÖCKLI/BÜHLER, p. 162 ; MONTAVON, p. 994 ; PETER, Sources, p. 24.

³⁰⁶ FOURNIER, p. 328 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 707 N 25 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, p. 36 et p. 270 ; THALER, p. 165 et p. 172 ; PETER, Organe de fait, p. 46.

³⁰⁷ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, p. 270.

³⁰⁸ FOURNIER, p. 329 ; BÖCKLI/BÜHLER, p. 162 ; MONTAVON, p. 994 ; PETER, Sources, p. 24.

³⁰⁹ PETER, Organe de fait, p. 46.

³¹⁰ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 722 N 2a ; PETER, Organe de fait, p. 45.

³¹¹ FOURNIER, p. 328 s. ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, p. 36.

³¹² Voir point IV.C.1.

³¹³ FOURNIER, p. 328 ; CR-CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 10 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 49 ; SAUERWEIN, p. 35.

³¹⁴ KUNZ, Konzernhaftung, p. 48 ; VOGEL/KÜPFER, p. 39.

Tout d'abord, en ce qui concerne la théorie de l'employeur, celle-ci a pour effet de fonder la responsabilité de la société mère pour le fait de son auxiliaire, agissant comme organe de la société fille³¹⁵. Cette théorie est comparable à la *Doppelorganschaft*, dans la mesure où un délégué de la société mère est organe de la société fille. Elles se trouvent toutefois dans un rapport d'exclusivité, compte tenu du fait qu'il n'est pas possible que le délégué soit à la fois organe et auxiliaire de la société mère³¹⁶.

S'agissant du principe de transparence, il permet, en cas d'abus de droit, de passer outre l'indépendance des sociétés et de rechercher la société mère pour les dettes de la société fille³¹⁷. Dans la mesure où le *Durchgriff* ne s'applique qu'à titre subsidiaire³¹⁸, il ne peut entrer en compte que si les conditions de la *Doppelorganschaft* ne sont pas remplies.

Quant à la responsabilité fondée sur la confiance, elle permet d'établir la responsabilité de la société mère sur la base de la confiance qu'elle a, par son comportement, créée auprès des tiers³¹⁹. Ce comportement a suscité des attentes légitimes qui ont, par la suite, été déçues de façon contraire à la bonne foi³²⁰. Dans de telles circonstances, la responsabilité de la société mère peut être engagée malgré l'absence de fondement délictuel³²¹ et que dans des situations exceptionnelles³²². Dès lors, et au vu de ce qui précède, nous ne pouvons que considérer qu'elle est subsidiaire à la *Doppelorganschaft*.

Enfin, la théorie de la société simple permet d'établir une responsabilité solidaire entre les sociétés du groupe³²³. Dans la mesure où cette théorie a pour effet de supprimer le principe d'indépendance des sociétés³²⁴, la question de l'application d'une exception à ce principe pour fonder la responsabilité de la société mère n'a plus lieu d'être. Ainsi, la théorie de la société simple exclut la *Doppelorganschaft*.

4. Application par le Tribunal fédéral

À ce jour, le Tribunal fédéral a invoqué la théorie de l'organe double dans seulement deux arrêts. Ceux-ci traitent de plusieurs fondements de responsabilité dans les groupes, mais nous nous limiterons à les résumer et analyser que sous l'angle de la *Doppelorganschaft*³²⁵.

³¹⁵ MONTAVON, p. 994 ; SAUERWEIN, p. 76 ; PETER, Organe de fait, p. 42.

³¹⁶ SAUERWEIN, p. 79 et p. 101.

³¹⁷ ROUILLER, p. 765 ; FOURNIER, p. 326 ; AESCHBACH FLOREZ, p. 63.

³¹⁸ FOURNIER, p. 327 ; MONTAVON, p. 995 ; THALER p. 193 ; SAUERWEIN, p. 324.

³¹⁹ CHAPPUIS, p. 87 ; PETER, Confiance, p. 57.

³²⁰ CHAPPUIS, p. 87 ; PETER, Confiance, p. 57.

³²¹ ATF 124 III 297, c. 6a).

³²² KUNZ, Konzernhaftung, p. 47 ; SAUERWEIN, p. 349.

³²³ FOURNIER, p. 331 ; CHAPPUIS, p. 88.

³²⁴ FOURNIER, p. 331 ; FORSTMOSER, p. 126.

³²⁵ Ces arrêts traitent notamment de la responsabilité fondée sur la confiance et la théorie de l'organe de fait.

a) Arrêt « *Musikvertrieb AG gegen Motor-Colombus AG* »³²⁶

(i) *En fait*

Lors de la construction d'un nouveau centre de dépôt et de distribution, nommé *Disprodom*, la société *Musikvertrieb AG* (recourants) a conclu un contrat avec la société *EOP AG* pour le traitement des données informatiques. La société *EOP AG* a, par la suite, fusionné avec la société *Infocall AG*, toutes deux filiales de la société *Telecombust AG*, elle-même filiale de la société *Motor-Colombus AG* (intimée). La mise en service du centre *Disprodom* s'est soldée par un effondrement du système de traitement des données informatiques, entraînant ainsi un dommage considérable pour *Musikvertrieb AG*, respectivement pour sa société sœur *Disprodom AG*.

Musikvertrieb AG a introduit une action contre *Motor-Colombus AG* auprès du Tribunal de commerce argovien, lequel a rejeté la demande au motif que la défenderesse n'a pas la légitimation passive. Un recours a été déposé au Tribunal fédéral, lequel l'a rejeté.

(ii) *En droit*³²⁷

Musikvertrieb AG soutient que G., D. et M. auraient commis un acte illicite en leur qualité d'organe double des sociétés *EOP/Infocall AG* et de *Telecolombus AG*. Selon *Musikvertrieb AG*, ces trois personnes auraient connu des problèmes importants avec des applications de traitement des données informatiques analogues et auraient ainsi omis d'agir pour empêcher l'effondrement du système. L'instance inférieure a nié l'illicéité du comportement et la qualité d'organe double de G., D. et M. En outre, l'action en dommages-intérêts pour acte illicite était de toute façon prescrite.

Aux termes de l'art. 722 CO, la société anonyme répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter. Dans les groupes de sociétés, la société mère doit répondre des actes de ses organes dans la gestion de la société fille, conformément à l'art. 722 CO. Pour admettre une telle responsabilité, il faut un acte prohibé par l'art. 41 CO, soit un acte illicite ou contraire aux mœurs, et qui soit commis par une personne ayant la qualité d'organe de la société mère et de la société fille, soit un organe double.

Pour établir l'illicéité de l'omission d'agir de G., D. et M., *Musikvertrieb AG* se fonde sur deux griefs, soit sur le principe de la création d'un état de choses dangereux et sur l'art. 2 CC. En outre, la société également invoque une violation des art. 2 et 3 let. b de la Loi sur la concurrence déloyale (ci-après : LCD)³²⁸.

S'agissant du principe de la création d'un état de choses dangereux, celui-ci impose à quiconque crée un état de choses dangereux de prendre les mesures de protection nécessaires. Toutefois, l'opinion dominante et la jurisprudence considèrent qu'il ne permet pas de justifier l'illicéité d'une omission. Lorsque le dommage est purement économique, tel qu'il l'est en l'espèce, l'illicéité suppose la violation d'une norme protectrice. Ainsi, puisque le principe de la création d'un état de choses dangereux ne constitue pas une norme protectrice, le Tribunal fédéral rejette l'illicéité fondé sur ce motif.

³²⁶ ATF 124 III 297 = SJ 1998 460.

³²⁷ ATF 124 III 297, c. 5 ss.

³²⁸ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241.

Concernant le second argument, *Musikvertrieb AG* considère que le devoir d'intervention des trois intervenants se fonde sur l'art. 2 CC, en vertu duquel chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations conformément aux règles de la bonne foi. Cette disposition s'applique toutefois en lien avec des droits et obligations déjà existants³²⁹. Ainsi, sur le plan de l'illicéité, les Tribunaux en cause ont refusé de considérer cette norme « *comme une norme de protection fondamentale du point de vue de la responsabilité* »³³⁰.

Par ailleurs, la demanderesse estime que le fait pour G., D. et M. d'indiquer de façon continue que tout se déroulait bien et que la mise en service aurait lieu au moment convenu, alors qu'ils savaient que des problèmes graves s'étaient déjà produits avec d'autres clients, constitue une violation des art. 2 et 3 let. b LCD. Toutefois, le Tribunal fédéral indique que pour qu'un acte soit illicite au sens de la LCD, il doit être dirigé vers la concurrence et pertinent pour le marché. En l'espèce, le comportement reproché aux organes entraine « *dans le cadre du déroulement d'un contrat existant* »³³¹. En outre, il n'avait pas pour but d'avoir un effet sur les relations de marché, d'autant plus que *Musikvertrieb AG* avait déjà choisi son partenaire contractuel. Ainsi, le Tribunal fédéral nie l'illicéité fondée sur la LCD.

Outre ces considérations sur l'illicéité, *Musikvertrieb AG* reproche à l'instance inférieure de ne pas avoir examiné si l'acte litigieux était contraire aux mœurs. Le Tribunal fédéral rappelle que ce motif n'est admis que de manière exceptionnelle, notamment en cas de chicane, soit lorsque le comportement en cause a pour but de porter atteinte aux intérêts d'autrui. En l'espèce, les organes n'ont pas eu de comportement chicanier ou contraire aux mœurs d'une quelconque façon. Dès lors, le Tribunal fédéral rejette également le grief d'un acte contraire aux mœurs.

En conclusion, le Tribunal fédéral rejette toute prétention de *Musikvertrieb AG* compte tenu du fait qu'aucun acte illicite ou contraire aux mœurs ne peut être reproché aux organes en cause. De ce fait, il ne procède pas à l'examen des autres conditions de la responsabilité pour les organes.

(iii) Analyse

Dans cet arrêt rendu en 1998, le Tribunal fédéral traite pour la première fois de la *Doppelorganschaft*, et ce près de 50 ans après avoir été développé par son auteur SCHUCANY³³².

Dès le début de son raisonnement, le Tribunal expose que les éléments pertinents du cas sont l'acte illicite et la qualité d'organe double de G., D. et M. Il passe ensuite à la première partie de son syllogisme, soit l'art. 722 CO, et précise son application dans le cadre des groupes de sociétés. Il admet ainsi, de façon concise, la théorie de l'organe double.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral se limite à examiner la condition de l'acte illicite et en conclut qu'elle n'est pas remplie. Bien qu'aucune prétention fondée sur la

³²⁹ Toutefois, la responsabilité fondée sur la confiance peut constituer une exception à ce principe. Pour plus de détails à ce sujet, cf. ATF 124 III 297, c. 5c) et 6).

³³⁰ SJ 1998 460, c. 5)c).

³³¹ SJ 1998, c. 5d).

³³² VON PLANTA, Organe double, p. 60.

Doppelorganschaft n'aurait été possible pour la demanderesse, nous considérons qu'il aurait été préférable que le Tribunal se détermine de façon plus détaillée sur cette théorie, plus particulièrement sur la qualité d'organe double. En effet, l'appréciation du Tribunal fédéral sur cette question aurait été la bienvenue et aurait permis de confirmer, voire préciser, les avis de la doctrine. En outre, il aurait également pu se prononcer explicitement sur la question de la relation entre les art. 55 al. 2 CC et 722 CO, ce qui aurait ainsi évité toutes les divergences mentionnées *supra*³³³. Quoiqu'il en soit, en fondant cette théorie sur l'art. 722 CO, il limite, selon nous, délibérément son champ d'application.

En définitive, et malgré nos modestes critiques, cet arrêt reste important, dans la mesure où il admet la *Doppelorganschaft* et en définit son fondement. Ainsi, il en fixe les conditions et, indirectement, son champ d'application. Ce faisant, nous considérons que le Tribunal fédéral a clarifié, pour l'essentiel, la théorie de l'organe double.

b) Arrêt « *A.-E. Banken gegen F. Bank* »³³⁴

(i) *En fait*

La société *S. AG*, filiale de la banque *F. AG* (intimée) et spécialisée dans les services informatiques, a procédé au rachat du groupe *V*. Cet achat a été financé grâce à des prêts accordés par un consortium bancaire (recourants), dirigé par la banque *A. AG*, à la société *S. DE. GmbH*, filiale de *S. AG*.

Plus tard, la banque *F. AG* a décidé de ne plus fournir ses services informatiques par le biais de la société *S. AG*, entraînant ainsi des difficultés financières pour cette dernière³³⁵. Afin d'éviter le surendettement, un accord de restructuration a été conclu entre les recourants et l'intimée pour garantir les besoins en liquidités de *S. AG* et sa filiale sise en Allemagne. Toutefois, en 2003, la faillite de *S. AG* a été prononcée. Par la suite, le consortium bancaire et l'administration de la faillite ont conclu un accord dans lequel ils ont convenu du montant de la créance.

Les banques du consortium ont déposé une action contre l'intimée auprès du Tribunal de commerce zurichois, tendant au paiement de la créance et fondée sur la responsabilité de celle-ci en tant que société mère, par le biais notamment de la *Doppelorganschaft*. Cette action a été rejetée et les recourants ont contesté cette décision au Tribunal fédéral, lequel a rejeté le recours.

(ii) *En droit*³³⁶

Les banques recourantes font valoir divers arguments pour fonder la responsabilité de l'intimée. En particulier, elles soutiennent que *N.*, membre de la direction de *F. AG* et administrateur de *S. AG*, a pris, ou du moins soutenu, la décision ayant entraîné le préjudice de *S. AG*. En outre, l'intimée aurait intentionnellement trompé les recourants avant l'octroi et la libération de crédit, leur causant ainsi un dommage direct.

Lorsque la société mère délègue un de ses organes au sein de la société fille, elle répond des actes illicites commis par cet organe, en vertu de l'art. 722 CO. Pour fonder une telle

³³³ Voir point IV.A.3.c).

³³⁴ TF, arrêt 4A_306/2009 du 8 février 2010.

³³⁵ KUNZ, Konzernhaftung, p. 43.

³³⁶ TF, arrêt 4A_306/2009 du 8 février 2010, c. 7 ss.

responsabilité, le comportement de l'organe double doit être illicite, ou au moins contraire aux mœurs, au sens de l'art. 41 CO, et la personne à l'origine de cet acte doit avoir agi en tant qu'organe de la société mère et de la société fille.

En l'espèce, le Tribunal fédéral se limite à constater que les recourantes n'ont pas réussi à démontrer le caractère illicite du comportement de l'intimée, respectivement de ses organes. Ainsi, la responsabilité fondée sur l'art. 722 CO est rejetée.

(iii) *Analyse*

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral admet une nouvelle fois la *Doppelorganschaft*. Bien que celle-ci y soit évoquée, elle ne l'est que de manière secondaire. En effet, le Tribunal fédéral ne la mentionne que dans le cadre de l'examen d'un autre fondement de responsabilité, soit la théorie de l'organe de fait. Cela dit, nous saluons tout de même son admission par le Tribunal fédéral.

Dans son raisonnement succinct, le Tribunal se contente de poser le principe et définir les conditions d'une responsabilité fondée sur la théorie de l'organe double, sans pour autant en faire un examen détaillé. En outre, il ne se réfère qu'à l'art. 722 CO, limitant ainsi le champ d'application de la *Doppelorganschaft* aux actes illicites seulement. Pour finir, il arrive rapidement à la conclusion qu'aucun acte illicite ne peut être reproché, et qu'ainsi, l'intimée ne peut être recherchée sur la base de l'art. 722 CO.

Tout comme pour l'arrêt précédent, nous sommes d'avis qu'il aurait été intéressant que le Tribunal fédéral développe de façon plus détaillée cette théorie. Toutefois, nous reconnaissons que la *Doppelorganschaft* n'est que subsidiaire dans le cas d'espèce et que le Tribunal aurait fait un détour inutile en approfondissant la question. En fin de compte, cet arrêt est, du point de vue de la théorie de l'organe double, similaire à l'arrêt *Musikvertrieb*, puisque le premier tire son considérant sur la *Doppelorganschaft* du second.

Nonobstant la simplicité apparente de cet arrêt sous l'angle de la *Doppelorganschaft*, nous considérons qu'il est un arrêt important pour notre travail, dès lors que le Tribunal fédéral admet une nouvelle fois la théorie de l'organe double et en limite son étendue.

V. Conclusion

Au cours de ce travail, nous avons pu, dans un premier temps, évoquer de manière générale les groupes de sociétés, et plus particulièrement le principe fondamental de l'indépendance des sociétés dans les groupes de sociétés. Ce principe pose certaines difficultés pratiques, en particulier en matière de responsabilité. Afin de pallier ces difficultés, la doctrine et la jurisprudence ont apporté diverses solutions parmi lesquelles nous pouvons citer la théorie de l'organe double. Cette théorie permet de fonder la responsabilité de la société mère pour les actes commis par son organe dans le cadre de son activité d'administrateur de la société fille.

Dans un second temps, nous avons procédé à un examen plus approfondi de la théorie de l'organe double.

Tout d'abord, nous avons constaté qu'une personne physique, qui est organe de la société mère, est déléguée par celle-ci au conseil d'administration de la société fille selon un mécanisme nommé « *intégration verticale* ». La société mère doit avoir désigné cette personne dans le but de siéger au conseil d'administration à sa place. Ainsi, l'intégration verticale a pour effet de former un double organe.

Ensuite, nous avons pu analyser le fondement de la *Doppelorganschaft* et la controverse importante y relative. À cet égard, le litige porte sur le rapport entre l'art. 55 al. 2 CC et l'art. 722 CO, qui sont toutes les deux des dispositions traitant de la responsabilité pour les organes. Ces normes sont très similaires et ont pour objet d'imputer à la société les actes de ses organes. Toutefois, la première norme établit une responsabilité plus large que la seconde. Pour l'essentiel, nous sommes parvenus à la conclusion que l'art. 722 CO est une *lex specialis* par rapport à l'art. 55 al. 2 CC et qu'ainsi, la *Doppelorganschaft* se fonde sur cette norme. Par conséquent, la responsabilité de la société mère est plus restreinte, se limitant aux actes illicites seulement.

Pour finir, nous avons délimité la portée de la théorie de l'organe double par rapport à d'autres fondements de responsabilité, tels que la théorie de l'organe de fait ou la théorie de l'employeur. Cette délimitation repose sur deux variables, soit la qualité de la personne à l'origine de l'acte en cause et l'acte lui-même. Pour que la *Doppelorganschaft* s'applique exclusivement, il faut qu'un organe commette un acte illicite qui ne soit pas cumulativement une violation d'un devoir d'administrateur. En outre, nous avons également discuté des deux arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels la théorie de l'organe double est mentionnée. Ces arrêts sont brefs mais importants, dans la mesure où le Tribunal fédéral admet cette théorie et la fonde sur l'art. 722 CO.

En définitive, ce travail a permis de relever que la responsabilité pour les organes de l'art. 722 CO joue un rôle essentiel dans les groupes de sociétés, dès lors que cette responsabilité est le fondement de la théorie de l'organe double. En outre, cette théorie permet, en parallèle avec les autres théories, de construire un système cohérent de responsabilité au sein des groupes. En effet, bien qu'il soit parfois possible d'appliquer plusieurs fondements de responsabilité de façon alternative, chacune d'entre elles visent un cas de figure précis. Ainsi, la société mère ne risque pas de se soustraire à ses obligations sous couvert du principe de l'indépendance des sociétés.