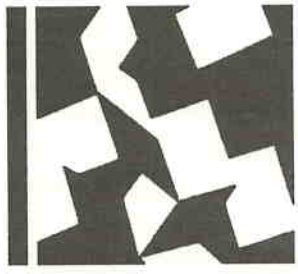
CEDIDAC

Juin 1995

Impressum:

Jacques de Werra,
éditeur responsable

CEDIDAC
Université de Lausanne
1015 Lausanne-Dorigny
Tél: 021/692.28.50
Fax: 021/692.28.55



Bulletin d'information N° 24

Juin 1995

LE CONTRÔLE SPÉCIAL DANS LE DROIT DES SOCIÉTÉS ANONYMES : UN NOUVEL ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

L'institution du contrôle spécial dans le nouveau droit des sociétés anonymes a constitué une innovation remarquable. Cependant cet instrument ne manque pas de soulever quelques doutes quant à sa véritable efficacité pratique[1].

En définitive, seule la pratique des organes judiciaires permettra d'en définir la portée.

En effet, dans la mesure où l'assemblée générale refuse de faire suite à la proposition d'un actionnaire d'instituer un contrôle spécial, c'est au juge qu'appartient la difficile tâche d'apprécier le bien-fondé de la demande[2].

Celui-ci devra y faire suite lorsque les requérants «rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires»[3].

C'est donc l'interprétation de la notion de «*vraisemblance*» par les tribunaux qui déterminera le rôle du contrôle spécial en pratique.

Comme l'a écrit le Professeur Hirsch, si la condition de la vraisemblance «est interprétée de manière restrictive par la jurisprudence, l'institution du contrôle spécial pourrait rester lettre morte. Si, au contraire, cette condition est interprétée de manière large, le juge pourrait être amené à ordonner un contrôle spécial très facilement, ce que la loi a voulu empêcher»[4].

Le Tribunal fédéral a précisément apporté quelques éléments de réponse dans un arrêt du 18 octobre 1994 (ATF 120 II 393).

Faits (résumés):

Au cours de deux assemblées générales de la société S. SA (défenderesse) en 1993, la proposition d'instituer un contrôle spécial formulée par

---

1 Voir Jakob BAER, Die Sonderprüfung als neues Kontrollmittel, wenig Erfahrungen mit einem vielzitierten Instrument, NZZ No 65 des 18/19 mars 1995, p. 27 reproduit dans le Journal de Genève et Gazette de Lausanne, Jeudi Economie du 4 mai 1995, p. 16.

2 Si toutefois le groupe d'actionnaires désirant l'institution du contrôle spécial satisfait les exigences formelles posées (voir l'art. 697b CO et le considérant 4 a) *infra*.

3 Art. 697b al. 2 CO.

4 Alain HIRSCH, Le contrôle spécial, *in* Le nouveau droit des sociétés anonymes, CEDIDAC No 23, Lausanne 1993, p. 413 ss, p. 418.

quelques actionnaires (demandeurs) a été rejetée. Ceux-ci s'adressent au juge de première instance du canton de Zoug qui leur donne partiellement raison. Déboutée par la seconde instance cantonale, la société S. SA recourt au Tribunal fédéral. La Haute Cour confirme les jugements cantonaux et reconnaît la légitimité de la requête de contrôle spécial.

Droit :

4. L'institution du contrôle spécial a pour but d'améliorer le droit à l'information des actionnaires (en particulier des actionnaires minoritaires) et par conséquent de rendre plus transparente la marche des affaires de la société (Message du Conseil fédéral, FF 1983 II 854; P. Böckli, Das neue Aktienrecht, Zurich 1993, p. 505 No 1850 ss; A. Hirsch, Le contrôle spécial, *in* Le nouveau droit des sociétés anonymes, CEDIDAC No 23, Lausanne 1993, p. 413; A. Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, thèse Zurich 1991, p. 16 ss; R. Müller/L. Lipp, Der Verwaltungsrat : ein Handbuch für die Praxis, Zurich 1994, p. 326 ss; P. Schmitt, Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung in der Aktiengesellschaft, thèse Bâle 1991, p. 92 ss; A. Meier-Hayoz/P. Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7ème éd., Berne 1993, p. 293 No 127; P. Forstmoser, Alter Wein in neuen Schläuchen, RDS 111/1992 I, p. 1 ss, p. 12). Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires représentant dix pour cent au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de deux millions de francs peuvent, dans les trois mois, demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial, lorsqu'ils rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697b CO).

a) Les conditions formelles pour l'institution d'un contrôle spécial (refus de l'assemblée générale, montant de la participation au capital-actions, délai) ne sont pas contestées en l'espèce.

b) En revanche, les conditions matérielles sont contestées par la défenderesse qui fait valoir que la cour cantonale n'a pas respecté les exigences de preuve posées par le droit fédéral, dans le sens où elle a mesuré à une échelle moins stricte l'établissement de la preuve principale qu'offraient les demandeurs que celui de la contre-preuve requise de la défenderesse. Alors que, pour la preuve principale, elle s'est satisfaite de la simple affirmation des demandeurs au lieu de l'exigence légale de la vraisemblance, elle a requis de la défenderesse une véritable contre-preuve.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ressort que l'art. 8 CC ne confère pas seulement un droit à la preuve, mais aussi un **droit à la contre-preuve**. L'opposant de la partie qui a le fardeau de la preuve a le droit d'apporter la preuve d'éléments qui sont susceptibles de soulever des doutes dans l'esprit du juge sur la véracité de la preuve principale et de faire échouer cette preuve (ATF 115 II 305 = JdT 1990 I 90). Le simple fait que la preuve principale soit mise en doute est suffisant, le juge ne pouvant exiger que la contre-preuve emporte pleinement sa conviction (ATF 76 II 188 = JdT 1951 I 324). A cet égard, la contre-preuve se distingue de la preuve du contraire, qui se dresse contre une présomption légale et constitue, en elle-même une preuve principale, soumise aux exigences de preuve correspondantes (M. Kummer, Berner Kommentar, No 107 s. *ad* art. 8 CC).

La mesure dans laquelle les faits avancés à l'appui de la contre-preuve mettent en doute la preuve principale est une question d'appréciation des preuves, qui ne peut être examinée par le Tribunal fédéral dans une procédure de recours. C'est également le cas lorsque le degré de vraisemblance pour la preuve principale est déterminé sur le plan fédéral comme c'est le cas en l'occurrence. En revanche, les règles fédérales de preuve sont violées lorsque le juge de fond cantonal constate que la preuve principale est mise en doute, mais qu'il fonde sa décision sur les éléments apportés par la partie qui a le fardeau de la preuve, au motif que les preuves apportées par la partie adverse restent infondées. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Il ressort du jugement attaqué que la Cour cantonale, procédant à l'appréciation des preuves soulevées dans la procédure cantonale, a admis que les demandeurs ont rendu vraisemblable que le conseil d'administration a agi contrairement à la loi et a donc causé un dommage aux actionnaires ou à la société. Par conséquent, une violation de l'art. 8 CC est exclue.

c) C'est dans la condition de la **plausibilité** que réside la pierre angulaire du droit de contrôle spécial [...]. A cet égard, on relèvera que la vraisemblance touche tant des questions de fait que de droit. D'un point de vue pratique, il s'agit de rendre vraisemblable que des actions ou des omissions déterminées des fondateurs ou des organes ont causé un préjudice à la société. Il n'est donc pas nécessaire d'emporter la complète

conviction du tribunal sur l'existence de tels éléments. Il suffit simplement d'établir une certaine probabilité, même si le tribunal peut estimer que ces éléments pourraient ne pas se produire (M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3ème éd., Zurich 1979, p. 323 note 27; M. Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème éd., Berne 1984, p. 135).

Le tribunal ne peut ni se contenter de simples affirmations, ni exiger une preuve par trop contraignante. Il doit bien plutôt mesurer au regard des intérêts opposés la **probabilité** des points suspects soulevés par les requérants. A cet égard, le tribunal ne perdra pas de vue qu'il ne doit pas juger de manière anticipée, dans le cadre de la requête, d'une responsabilité des organes ou des fondateurs, mais simplement veiller à ce que les conditions d'une telle responsabilité soient éclaircies par le contrôleur spécial. D'ailleurs, le contrôle spécial est destiné à améliorer l'information des requérants; par conséquent le tribunal ne peut exiger de ceux-ci les preuves mêmes que le contrôleur spécial devra apporter (Casutt, p. 94).

Cette opinion est également valable en regard des questions de droit qui sont en rapport avec les prétendues violations des devoirs des organes et des fondateurs. Dans ce cas également, le tribunal ne doit pas apporter de réponse exhaustive à la question, mais il peut se limiter à un **examen sommaire** (Casutt, p. 99). On ne peut toutefois suivre sans restriction la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de mesures provisionnelles, selon laquelle il faut faire suite à une demande dès lors que, par l'examen sommaire des questions de droit, elle n'est pas absolument vouée à l'échec (ATF 108 II 69 c. 2a, à p. 72 = JdT 1982 I 528, à p. 529). Il faut en tout cas faire suite à la requête en institution d'un contrôle spécial lorsque les allégations juridiques touchant les conditions posées à l'art. 697b al. 2 CO paraissent avoir quelque chance de succès ou du moins sont défendables (voir dans ce sens, L. David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bâle 1992, I/2, p. 189).

aa) L'instance cantonale considère qu'a été rendu vraisemblable le fait que le conseil d'administration de la défenderesse a décidé lui-même, à la place de l'assemblée générale, des transactions d'achat et de vente qui sont visées par le contrôle spécial, et ce de manière contraire à ses obligations et à ses compétences. A la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'ancien droit (art. 649 aCO, ATF 100 II 384 c. 2b p. 390 = JdT 1975 I 334, p. 339) et de celle de l'instance cantonale, cette conception est justifiable - en tout cas dans une procédure sommaire - au vu de la disposition statutaire de la défenderesse. Le fait que l'assemblée générale aurait dû connaître les différentes transactions n'exclut pas l'hypothèse d'une violation d'un devoir en raison d'un dépassement de compétence. Un éventuel **vote de décharge** au profit du conseil d'administration - même s'il était fait par les mêmes actionnaires que ceux requérant l'institution d'un contrôle spécial - ne s'opposerait pas davantage à l'acceptation de la requête. En effet, d'une part, la répartition des compétences légales en matière de préparation et de prise de décision au sein d'un organe compétent est impérative, d'autre part, le contrôle spécial ne vise pas uniquement la protection des intérêts des seuls actionnaires, mais aussi ceux de la société elle-même (Casutt, p. 93 note 27).

Le grief d'une violation du droit fédéral ne peut donc être maintenu contre l'instance cantonale.

bb) [Preuve de la vraisemblance du dommage admise].

TF, Ière Cour civile, 28 octobre 1994 (4C.95/1994), ATF 120 II 393, traduit et introduit par J. de Werra.

Responsabilité du groupe de société (*Konzernhaftung*) - société anonyme (Durchgriff) - porte-fort - culpa in contrahendo

Faits (résumés):

A. En juillet 1987, Swissair Participations SA a fondé IGR Holding SA, dont la raison sociale a été changée par la suite en IGR Holding Golf and Country Residences SA (ci-après IGR). IGR proposait à ses partenaires contractuels des résidences de luxe proches de terrains de golf. Contre le paiement d'un «loyer» compris entre Frs. 30'000.- et Frs. 90'000.-, elle offrait la qualité de «membre» aux acheteurs. Le membre devait alors être en mesure pendant toute la durée du contrat (quarante ans) de louer chaque année une résidence à concurrence du loyer payé à l'avance. Le statut de membre était aussi ouvert aux personnes morales.

Par contrat du 22 décembre 1988, Wibru Holding SA est devenue membre de IGR par le paiement d'un loyer de Frs. 90'000.-. Par lettre du

16 février 1989, IGR a communiqué à ses membres qu'elle envisageait une collaboration avec Euroactividade SA.

Par lettre du 26 avril 1989, IGR a fait savoir qu'elle deviendrait une société appartenant à Euroactividade SA, à laquelle Swissair Participations SA prendrait une participation minoritaire. Elle a aussi communiqué que des modifications du concept des prestations aux membres allaient être effectuées.

Par lettre du 7 mars 1990, IGR informait qu'il ne lui était pas encore possible de définir le nouveau concept. Dans ces circonstances, la direction a décidé de rembourser aux membres les apports effectués augmentés d'un intérêt de 7 %.

Wibru Holding SA a attendu en vain ce remboursement. Après de nombreuses requêtes, elle s'est adressée à Swissair qui lui a répondu qu'IGR était une société appartenant à 100% à Euroactividade SA depuis mai 1989 et qu'IGR était tombée en faillite entre-temps.

B. Le 28 octobre 1991, Wibru Holding SA a ouvert action auprès du Tribunal de Commerce du canton de Zurich contre Swissair, société suisse pour la navigation aérienne SA, et Swissair Participations SA en paiement de Frs. 97'808.-. Par jugement du 8 juillet 1993, le Tribunal de Commerce a rejeté la demande. Le recours cantonal en nullité déposé par la demanderesse a été rejeté par le Tribunal de cassation zurichois par arrêt du 22 décembre 1993.

C. La demanderesse recourt au Tribunal fédéral en concluant à ce que la décision du Tribunal de Commerce soit levée, que Swissair Participations SA soit condamnée au paiement de Frs. 97'808.- plus intérêts à 7 % depuis le premier mai 1989, subsidiairement à ce que l'affaire soit renvoyée à l'autorité inférieure pour nouveau jugement. La défenderesse conclut au rejet du recours.

Droit :

1. Dans les documents publicitaires d'IGR, l'incorporation de cette entreprise dans le groupe Swissair est soulignée sous différents aspects. La demanderesse fait ainsi valoir que, lors de la conclusion du contrat, elle ne s'était pas fiée à IGR, société au faible capital, mais à Swissair et à son image d'alors d'entreprise saine et digne de confiance. C'est de cette **relation de confiance** qu'elle tire la responsabilité de la défenderesse.

Dans son recours, la demanderesse abandonne l'argumentation selon laquelle la défenderesse serait responsable en vertu du principe de la **transparence** (*Durchgriff*).

Elle estime au contraire que la défenderesse doit être tenue pour responsable en raison de son propre comportement. La demanderesse avance différentes normes pour soutenir son opinion: d'une part, la défenderesse aurait une obligation de porte-fort, au sens de l'art. 111 CO à son égard; d'autre part, on peut lui reprocher un comportement contradictoire (*venire contra factum proprium*) et par conséquent une violation de l'art. 2 CC; de surcroît, la demanderesse invoque l'art. 41 CO.

2. La question de savoir si et dans quelle mesure la société mère du groupe peut être tenue responsable des déclarations qu'elle fait aux partenaires d'affaires de ses société filiales est abordée par la doctrine en relation avec les lettres de garanties (Schnyder, Patronatserklärungen - Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften?, RSJ 86/1990, p. 57 ss; Handschin, Der Konzern im schweizerischen Privatrecht, p. 287 ss; Bosman, Konzern-verbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, thèse Zurich 1984, p. 181 ss; Albers-Schönenberg, Haftungsverhältnisse im Konzern, thèse Zurich 1980, p. 181 ss; Huber, Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten unter Berücksichtigung der sogenannten Patronatserklärungen, *in* Rechtsprobleme der Bankpraxis, 1976, p. 47 ss; Müllhaupt, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung, SAS 1978, p. 109 ss; Geigy-Werthemann, Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern, *in* Festgabe Juristentag 1973, p. 21 ss).

Dans le cas présent, il ne s'agit toutefois pas de déclarations faites par la société mère à des tiers déterminés dans le but de garantir des crédits octroyés à ses sociétés filiales, mais d'annonces publicitaires qui étaient adressées généralement à tous les clients potentiels d'IGR. Les principes développés par la doctrine sont toutefois applicables. Des annonces publicitaires peuvent aussi éveiller des attentes et donc fonder une responsabilité (ATF 115 II 474 c. 2b., p. 477 s.).

3. a) La responsabilité de la société mère pour les dettes des sociétés filiales est engagée lorsque la société mère s'est obligée contractuellement, par exemple comme porte-fort au sens de l'art. 111 CO. A défaut de consentement réel, c'est l'interprétation des déclarations

de la société mère selon le **principe de la confiance** qui permet de décider de son engagement.

Un engagement contractuel présume que les destinataires pouvaient sur la base des déclarations en vertu du principe de la bonne foi conclure à la volonté de la société mère de s'engager **juridiquement** (Schnyder, *op. cit.*, p. 60 ss; Handschin, *op. cit.*, p. 291; Geigy-Werthemann, *op. cit.*, p. 32 ss), et que la garantie visée se rapporte à des dettes déterminées ou déterminables des sociétés filiales (Schnyder, *op. cit.*, p. 64). L'acceptation d'une responsabilité à titre de porte-fort ne doit pas être admise facilement.

Un contrat de porte-fort entre la société mère et un partenaire contractuel d'une société filiale ne pourrait qu'exceptionnellement être conclu, lorsque - comme dans le cas présent - aucun échange individuel de volontés n'a eu lieu, mais qu'au titre de déclarations de volonté contractuelle seules des formules publicitaires de la société mère et leur acceptation tacite par les partenaires des sociétés filiales entrent en considération.

b) D'après les constatations du Tribunal de Commerce, le logo Swissair ainsi que la phrase : «IGR est une entreprise du groupe Swissair» étaient imprimés sur le papier à lettres et sur les pages de titre d'IGR. Dans les documents publicitaires d'IGR, l'accent était mis sur le lien avec Swissair.

On ne peut cependant tirer de ces déclarations - contrairement à l'opinion de la demanderesse - que la défenderesse s'est engagée comme porte-fort (au sens de l'art. 111 CO) aux côtés d'IGR. Une telle volonté de s'engager de la défenderesse n'est pas réalisée. Il n'est question nulle part d'une éventuelle garantie de la société mère pour les engagements des sociétés filiales. La demanderesse ne peut faire découler de l'appartenance au groupe Swissair soulignée dans la publicité que la défenderesse voulait s'engager par une garantie. A ce titre, la défenderesse ne peut donc pas être tenue au titre d'une responsabilité **contractuelle**.

4. Une responsabilité pour **acte illicite** sur la base de l'art. 41 CO n'est pas non plus fondée, dans la mesure où on ne peut reprocher à la défenderesse un comportement illicite, allant à l'encontre des dispositions légales (ATF 117 II 315 c. 4d, p. 317 s.; 115 II 15 c. 3a, p. 18 et les renvois).

5. a) La confiance éveillée par l'attitude de la société mère peut aussi, même en l'absence de responsabilité contractuelle ou délictuelle, créer un chef de responsabilité. Ceci découle d'une généralisation des principes sur la responsabilité de la *culpa in contrahendo* (Schnyder, *op. cit.*, p. 64 s.; Müllhaupt, *op. cit.*, p. 111). Si la *culpa in contrahendo* est susceptible de fonder une responsabilité spéciale, comme l'admettent le Tribunal fédéral (ATF 108 II 419 c. 5 p. 421 avec les renvois) et la doctrine dominante (Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, 5ème éd. 1991, T. I, p. 176 s. no. 981 s.; Guhl/Merz/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8ème éd. 1991, p. 99; von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, T. I, 3ème éd. 1979, p. 193; Kramer, *in* Berner Kommentar, allg. Einl. zum OR, no. 139; OR-Bucher, no 90 ad art. 1; critique notamment : Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2ème éd. 1992, p. 85 s. no 146, se référant à Tercier, La *culpa in contrahendo* en droit suisse, *in* Premières journées juridiques yougoslavo-suisses, T. 2, p. 236 s.), une responsabilité peut également être fondée dans des cas similaires. La relation de négociations contractuelles qui fonde l'obligation de confiance réciproque des cocontractants à la base de la *culpa in contrahendo* doit être conçue comme une forme spécifique d'une figure juridique générale (Kramer, *in* Berner Kommentar, no 142 ss). Dans les relations avec un groupe de sociétés, la confiance suscitée par le crédit et la solvabilité du groupe peut tout aussi bien être protégée que celle que les partenaires de négociations contractuelles se doivent sous l'angle de la vérité, du sérieux et de l'exhaustivité de leurs déclarations. Lorsque les déclarations de la société mère du groupe suscitent la confiance des partenaires contractuels des sociétés filiales, il en découle un lien spécial comparable à la relation de négociation contractuelle (voir Rey, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, *in* FS Keller 1989, p. 231 ss), de laquelle découlent - en vertu du principe de la bonne foi - des obligations de protection et d'information (Schnyder, *op. cit.*, p. 65). La violation de telles obligations peut conduire à des prétentions en dommages-intérêts.

La responsabilité découlant de la confiance suscitée par le groupe de sociétés (*Konzernvertrauen*) - tout comme la responsabilité pour *culpa in contrahendo* - est soumise à des conditions très strictes. Car, comme chacun doit en principe veiller à ses propres intérêts dans les négociations qu'il conduit et ne peut par conséquent pas simplement se reposer sur leur protec-

tion par ses partenaires contractuels, le cocontractant d'une société filiale du groupe doit apprécier la solvabilité de celle-ci lui-même et ne peut en conséquence en faire supporter le risque à la société mère (principe du «*caveat creditor*», Schnyder, *op. cit.*). La société mère ne tire pas nécessairement profit du succès de la société filiale et n'est pas non plus directement responsable des dommages financiers découlant des échecs de cette dernière auprès de ses partenaires contractuels.

Mérite protection non pas celui qui est la victime de sa propre imprudence, de son excès de confiance ou de la réalisation de risques généraux (voir Bosman, *op. cit.*, p.189), mais seulement celui qui voit sa **confiance trompée**.

Une responsabilité n'apparaît que lorsque la société mère suscite par son comportement des attentes déterminées qu'elle déçoit de manière contraire à la bonne foi par son comportement ultérieur. Dans ces cas, la société mère doit supporter le dommage en relation de causalité adéquate avec son comportement contraire à la bonne foi. En revanche, la responsabilité découlant de la confiance - au contraire de la responsabilité contractuelle de garantie - ne conduit pas à la responsabilité solidaire de la société mère pour les engagements des sociétés filiales envers les tiers (Schnyder, *op. cit.*; Albers-Schönenberg, *op. cit.*, p. 182).

C'est l'**ensemble des circonstances** du cas particulier qui permettent de juger si et dans quelle mesure la société mère peut être tenue du fait de la confiance qu'elle a suscitée et déçue par la suite. De ces éléments découlent les règles de comportement dont la violation emporte une responsabilité pour la confiance. En raison de la relation de confiance existante, la société mère peut ainsi assurer la situation financière de la société filiale, en d'autres termes mettre à la disposition de celle-ci les moyens financiers nécessaires - du point de vue de la bonne foi en affaires - à couvrir les risques qui peuvent être raisonnablement attendus. De plus, la société mère peut être tenue d'une obligation d'informer, en particulier lorsqu'elle veut se retirer du groupe de sociétés. La société mère peut violer de telles obligations lorsqu'elle donne aux partenaires contractuels de la société filiale de fausses informations sur la marche des affaires ou leur en cache l'évolution négative (Bosmann, *op. cit.*, p. 191 s.). La responsabilité fondée sur la confiance dans le groupe se rapproche ainsi de la responsabilité pour renseignements erronés ou pour absence de renseignement, qui selon la doctrine récente, et pour autant que la reconnaissance d'un contrat de conseil ne fonde un chef de responsabilité contractuelle, est généralement conçue comme un cas d'application de la responsabilité tirée de la confiance (Meier-Schatz, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, *in* Mélanges Paul Piotet 1990, p. 151 ss, spéc. p. 158 ss; Kramer, *in* Berner Kommentar, *op. cit.*, no 68 et 147; voir aussi Guhl/Merz/Koller, *op. cit.*, p. 99 s.; *contra* : Kuhn, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, RSJ 82/1986, p. 345 ss; spéc. p. 355 chiffre 6.3).

b) La demanderesse, en tant que destinataire des publicités de l'offre contractuelle d'IGR, ne pouvait et ne devait pas savoir pour quelles raisons d'ordre organisationnel le groupe Swissair a préféré offrir les nouveaux services dans le domaine du tourisme lié au golf par le biais d'une nouvelle société filiale indépendante plutôt que par le biais d'une société préexistante du groupe. Dans l'arrêt attaqué, la cour inférieure constate que le capital social d'IGR s'élevait à seulement Frs. 200'000.-. La demanderesse fait vraisemblablement valoir qu'elle n'aurait pas fait un investissement de plus de Frs. 90'000.- comme paiement préalable de loyer pour un droit d'utilisation de quarante ans dans des hôtels de luxe auprès d'une société au capital si faible si elle ne s'était pas fiée à son appartenance au groupe Swissair.

La sous-capitalisation d'IGR est aussi manifeste au vu du besoin en capital de 50 mio de francs que la défenderesse - d'après les constatations de l'instance cantonale - a évalué pour la simple phase du «*Pre-Opening*». Comme dans le cas d'IGR, il s'agissait d'une société filiale nouvellement fondée et manifestement sous-capitalisée, il devait être clair pour la défenderesse que les partenaires contractuels allaient se fier à la capacité financière et à la réputation de Swissair. Dans ces circonstances, les documents publicitaires d'IGR, dont le contenu peut être imputé à la défenderesse comme s'il s'agissait de ses propres déclarations (consid. 3b ci-dessus), donnaient lieu à des attentes principalement de deux ordres:

aa) D'une part, la demanderesse pouvait déduire, en raison de l'insistance mise sur l'appartenance d'IGR au groupe Swissair et en particulier de l'assertion selon laquelle Swissair se tenait derrière IGR, et en vertu du principe de la bonne foi, que la défenderesse allait doter IGR de moyens financiers suffisants tout au moins lors de la phase de mise en place. En revanche, la demanderesse ne pouvait pas partir de l'idée que

la défenderesse la déchargerait de tout le risque lié à l'investissement. Evidemment, le succès d'IGR dépendait principalement des investissements éventuels des tiers qui deviendraient membres. La demanderesse ne pouvait pas attendre qu'en cas d'absence de participation de tiers la société mère couvre les pertes encourues. La confiance suscitée par le groupe se limitait donc simplement aux moyens financiers qui, compte tenu d'une prévision raisonnable de participation, étaient nécessaires pour le succès de l'entreprise.

bb) D'autre part, la défenderesse pouvait sur la base des documents publicitaires se fier d'une manière générale au fait que l'affiliation soulignée par voie publicitaire entre IGR et le groupe Swissair était la **garantie d'une gestion correcte et consciencieuse** et que la société mère était responsable de cette diligence et de cette sécurité. Elle était autorisée à comprendre en ce sens l'affirmation selon laquelle Swissair se tenait derrière IGR, et ce fait exerçait dès le début une certaine influence sur la confiance suscitée par la société filiale.

En particulier, la demanderesse pouvait légitimement penser que la défenderesse ferait en sorte que les communications d'IGR soient fiables. Elle ne devait pas compter sur le fait que la défenderesse surveille comment IGR aurait empêché son cocontractant de mettre un terme à temps à la relation d'affaires par des indications fausses ou trompeuses concernant le succès de l'entreprise et les chances et risques liés à la qualité de membre.

c) Il reste à examiner si la défenderesse a déçu ces attentes d'une manière contraire à la bonne foi.

aa) On peut tirer des constatations du Tribunal de Commerce que la défenderesse a mis à la disposition d'IGR un capital-action de Frs. 200'000.- et un prêt de 50 mio. de francs. La demanderesse ne fait pas valoir que l'entreprise n'était pas suffisamment assurée sur le plan financier sous l'angle de la bonne foi en affaires. Par conséquent, on conclut que l'échec de l'entreprise n'est pas dû à sa sous-capitalisation, mais bien à l'absence de participations des tiers dans l'entreprise. La défenderesse ne peut donc être tenue de cet échec.

bb) En revanche se pose la question de déterminer si la défenderesse, dans le cadre de la vente d'IGR à Euroactividade SA, aurait dû informer correctement les membres d'IGR. A ce propos, les éléments suivants sont déterminants.

En décembre 1988, IGR a envoyé à ses membres une lettre d'information (*Newsletter*). Cette dernière contenait, d'après les constatations de la Cour cantonale, une présentation de l'évolution du nombre des membres - et par là du succès de l'entreprise - où il était question d'un écho impresssionnant dans 58 pays et d'un nombre déjà élevé de membres, alors qu'en réalité les inscriptions étaient restées bien en-deçà des prévisions et qu'en conséquence IGR était déjà en difficultés financières. L'échec des publicités pour acquérir des membres fut encore caché à la demanderesse, en particulier dans la lettre du 26 avril 1989, dans laquelle IGR communiqua le projet de collaboration avec Euroactividade SA. Cette lettre ne visait pas à informer objectivement les membres d'IGR, mais avait pour but de les retenir. Les raisons véritables du retrait de la défenderessse ne furent pas dévoilées. Au contraire, on a fait référence à la nouvelle offre de prestation que rendait possible la collaboration avec Euroactividade SA. Au moment où la lettre d'information et la communication du 26 avril 1989 ont été envoyées au demandeur, IGR était encore une société filiale de la défenderesse.

Celle-ci ne fait pas valoir qu'elle n'a pas eu connaissance de ces informations. Elle doit alors se laisser imputer la connaissance tant de ce qui a été communiqué au demandeur que ce qui a été caché à ce dernier.

Le «changement de concept» lié au projet de fusion des entreprises selon lequel, à la place d'un droit d'habitation annuel dans les résidences IGR basé sur un système de points, une autre offre de prestations devait naître, nécessitait une modification des contrats de membre. Leur validité ultérieure nécessitait par conséquent l'accord - exprès ou tacite - des membres. Dans la lettre du 26 avril 1989 figure ainsi qu'il appartient aux membres de décider librement s'ils entendent «convertir» leur contrat avec IGR, c'est-à-dire s'ils entendent en modifier le contenu.

Comme la situation financière véritable d'IGR a été cachée à ses membres, tant dans la lettre d'information de décembre 1988 par laquelle la situation financière était esquissée de manière erronée que dans la lettre du 26 avril 1989 où des informations trompeuses sur les raisons de la vente d'IGR à Euroactividade SA étaient cachées, d'importants éléments de décision leur ont manqué.

Sur la base de cette confiance concrète, la défenderesse, en qualité de société mère du groupe, aurait dû être obligée à veiller à ce qu'une

information suffisante soit transmise par IGR ou alors par elle-même (consid. a et b/bb ci-dessus). Dans la mesure où elle n'a pas rempli cette obligation de renseigner, elle a déçu les attentes que la demanderesse pouvait fonder au regard des circonstances de manière contraire à la bonne foi. La violation de l'obligation de renseigner est d'autant plus importante que, comme le révèle la lettre du 26 avril 1989, Swissair prenait une participation minoritaire à Euroactividade SA et que, par sa représentation au sein de son conseil d'administration et de sa direction, elle continuait à exercer une **influence déterminante** sur IGR. D'une certaine manière il est à nouveau fait appel à la confiance inspirée par le groupe Swissair, qui rendait inutile aux yeux des membres d'IGR toute investigation sur IGR et sur Euroactividade SA.

6. Si la demanderesse avait connu la réalité, elle aurait - comme on peut l'accepter selon l'expérience générale de la vie - renoncé à maintenir ses relations contractuelles avec IGR et aurait exigé la restitution de son investissement. Le comportement fautif de la défenderesse est donc en rapport de causalité avec la perte qu'a subie la demanderesse du fait qu'elle est restée en relation contractuelle avec IGR et qu'elle a subi un dommage en raison de la faillite de cette dernière.

Comme la responsabilité de la défenderesse est engagée par le simple fait qu'elle a empêché la demanderesse d'interrompre ses relations contractuelles à temps par l'absence d'information, on ne peut retenir à charge de la demanderesse qu'elle a renoncé à toute prétention face à son créancier dans la mesure où elle n'a pas exercé le droit de se faire rembourser qui lui était proposé dans la lettre du 26 avril 1989. Dans cette mesure, l'argumentation du Tribunal de Commerce, qui a admis un telle renonciation de la défenderesse, ne peut être suivie.

Il ne peut non plus être suivi lorsqu'il affirme que le rapport de causalité est rompu du fait que le personnel d'IGR, alors que la société était encore solvable, a cherché à deux occasions à rembourser la défenderesse par des mandats de paiement dont l'adresse était incomplète, et que finalement, pour des raisons qui restent inconnues, les mandats n'ont pas été exécutés.

En définitive, comme la défenderesse a l'obligation de supporter les défauts d'exécution d'IGR, elle ne peut pas considérer par avance le comportement fautif comme la faute libératoire d'un tiers. L'échec du remboursement ne pourrait être pris en considération que si la demanderesse avait dû en répondre, en particulier si elle avait donné une adresse de paiement incorrecte. L'état de fait du jugement attaqué ne permet pas d'y conclure.

7. [Calcul du dommage : renvoi à l'autorité cantonale pour nouveau jugement, art. 64 OJF].

8. [frais de la cause].

TF, Ière Cour civile, 15 novembre 1994 (4C.274/1993), ATF 120 II 331.

FORMATION CONTINUE

Le CEDIDAC organise une journée d'étude sur le thème

SÛRETÉS ET GARANTIES BANCAIRES

le 14 septembre 1995

Renseignements et inscriptions auprès du CEDIDAC
Tél : (021) 692'28'50, fax: (021) 692'28'55

PUBLICATIONS

Le CEDIDAC signale la parution du

RÉPERTOIRE SYSTÉMATIQUE DE LA REVUE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE DROIT FISCAL & REVUE GENEVOISE DE DROIT PUBLIC

établi par M. Minh Son Nguyen
reprenant la jurisprudence et les articles de fond publiés de 1975 à 1993.

A commander directement à l'ENIL, Imprimerie de l'Ere Nouvelle SA, rue de la Vigie 3, 1003 Lausanne, tél: (021) 320'75'51/55.