

La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet de révision du droit de la société anonyme : changement de paradigme ?

Par Prof. Dr. Rolf Watter et Dr. Andrew M. Garbarski*

Swiss company and accounting legislation is currently going through a comprehensive revision process. On 21 December 2007, the Swiss Federal Council («Conseil fédéral») adopted its Proposal for the revision of the joint-stock company and accounting legislation, which aims at improving corporate governance, introducing new rules on capital structures, accounting and reporting requirements and updating the provisions governing annual general shareholders' meetings.

It is noteworthy that the provisions dealing with the liability of companies' directors and auditors, although probably one of the most discussed and controversial topics during the last decade, do not seem to be among the Federal Council's main concerns. In fact, besides Article 756 paragraph 2 of the Swiss Code of Obligations, which addresses the question whether costs triggered by a liability claim brought by a shareholder outside bankruptcy in the interest of the company can be imposed on such company, the only aspect related to liability issues which is examined in the Proposal is the limitation of the joint and several liability of the auditors.

In this respect, the Proposal suggests the introduction of a new provision (Article 759 paragraph 1^{bis} CO), with the purpose of capping the auditor's liability towards the claimant (external relations) in case of negligence to the amount it should in the end assume in its relations with the other co-obligors (internal relations). In terms of background, it should be noted that based on the current regulation, auditors can be (and in fact regularly are) held liable for damages which widely exceed their internal share in

such damages. Although the law provides for a right to recourse against the other co-obligors, such right turns out to be useless whenever such co-obligors are insolvent or do not have sufficient financial means to reimburse the excess amount paid by the auditors. This article examines whether and to what extent the proposed Article 759 paragraph 1^{bis} CO will indeed limit the auditors' exposure in relation to liability claims.

As set out below, we believe that the regulation proposed by the Federal Council is heading in the right direction, especially since it takes into account the particularities which characterize the auditors' position within the company and thus, the fact that their contribution to, and involvement in the damages that may have been caused to the company are normally of secondary nature.

Notwithstanding the foregoing, and as described in this article, the proposed Article 759 paragraph 1^{bis} CO raises a number of important practical issues, in particular with regard to its procedural implementation and consequences when the co-obligors are not a party to the Court proceedings between the claimant and the auditors because the claim is exclusively directed at the auditors. We believe that in such instances, Article 759 paragraph 1^{bis} CO will not prevent the co-obligors from having recourse against the auditors in case such co-obligors are sued by the claimant in a separate and subsequent proceeding. In order to ensure the effectiveness of the proposed regulation, the above-mentioned issues, which the Proposal does not address, will have to be resolved in the forthcoming parliamentary deliberations.

Table des matières

- I. Introduction
- II. Origine et portée de la solidarité « différenciée »
 - 1. Bref rappel historique
 - 2. Portée de la solidarité différenciée
- III. Les critiques émises contre la responsabilité solidaire de l'organe de révision
 - 1. Les inconvénients de la solidarité différenciée
 - 2. La proposition formulée dans l'Avant-Projet : la limitation de la responsabilité des réviseurs à un montant déterminé

IV. La responsabilité de l'organe de révision selon le projet du 21 décembre 2007

- 1. Présentation générale de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO
- 2. Examen critique de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO
 - 2.1 Généralités
 - 2.2 Points faibles de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO
 - 2.2.1 Traitement de faveur des réviseurs ?
 - 2.2.2 Suppression de la solidarité des réviseurs
 - 2.2.3 Large pouvoir d'appréciation accordé aux tribunaux et difficultés procédurales découlant de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO
 - 2.2.4 Esquisse d'une solution envisageable : la requête d'appel en cause
 - 2.3 Autres incertitudes liées à la nouvelle réglementation
 - 2.3.1 Champ d'application de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO

* Il a été tenu compte de la jurisprudence et de la doctrine jusqu'au 20 mai 2009.

2.3.2 Actions récursoires

3. **La nouvelle réglementation aboutira-t-elle aux résultats escomptés ?**
4. **Illustrations chiffrées des effets probables de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO**
 - 4.1 Donnée de base
 - 4.2 Situation selon le droit actuel
 - 4.3 Situation selon la nouvelle réglementation

V. Conclusion

I. Introduction

La responsabilité dans la société anonyme (art. 754 ss CO) a donné lieu à des discussions particulièrement nourries au cours de ces dernières années.

La jurisprudence du Tribunal fédéral sur les conditions de mise en œuvre de l'action dans la faillite, fruit d'une lecture audacieuse de l'art. 757 CO,¹ constitue probablement l'une des questions les plus débattues en droit des sociétés.

Même si les mécanismes de cette action, en particulier la légitimation active des actionnaires et des créanciers, paraissent aujourd'hui acquis,² la jurisprudence ne laisse pas moins subsister de nombreuses incertitudes.³

Aussi, l'actuelle révision du droit de la société anonyme, qui s'attache notamment à (i) renforcer la gouvernance, (ii) assouplir les règles relatives à la structure du capital, (iii) moderniser le régime de l'assemblée générale et (iv) réformer le droit comptable, serait sans doute l'occasion de réexaminer également en profondeur les dispositions consacrées à la responsabilité.⁴

Or, étonnamment, à la lecture de l'avant-projet du 2 décembre 2005 (l'« Avant-Projet »),⁵ du projet de loi du 21 décembre 2007 (le « Projet 2007 »)⁶ ou encore du projet complémentaire du 5 décembre 2008 (le « Projet 2008 »),⁷ la responsabilité des organes ne semble pas figurer au centre des préoccupations du Conseil fédéral.

A l'exception de quelques retouches rédactionnelles, seules deux questions ont en effet été abordées dans ce domaine en marge des travaux précités : la répartition des frais de l'action (art. 756 al. 2 CO), appelée à être réglée par le nouveau Code de procédure civile (« CPC »),⁸ d'une part, et le régime de solidarité des personnes soumises à la responsabilité dans la révision⁹ (art. 759 CO), d'autre part.

Au vu notamment des récents développements liés à la crise financière¹⁰ et du vif émoi que les questions de responsabilité des dirigeants d'entreprises suscitent au sein de l'opinion publique, on s'imagine mal toutefois que ce sujet ne soit pas également très largement discuté au cours des débats aux Chambres fédérales. Dans ce contexte, on relèvera d'ailleurs qu'une initiative parlementaire visant à engager la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants de sociétés d'importance systémique pour le dommage causé à la collectivité, en cas de sauvetage étatique, a été déposée le 19 décembre 2008.¹¹

⁵ L'Avant-Projet est disponible sous http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrecht%20revision.Par.0007.File.tmp/VEfranz05113%20revOFJ_version%20finale%20Version%20EDA.pdf (consulté le 17 juillet 2009); le rapport explicatif (« Rapport Explicatif ») est disponible à l'adresse internet suivante : http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0008.File.tmp/rapportexplicatif_complet_version%20finale30.11.pdf (consulté le 17 juillet 2009).

⁶ FF 2008, 1407 ss (Message) et 1571 ss (Projet).

⁷ FF 2009, 265 ss (Message) et 307 ss (Projet).

⁸ FF 2009, 21 ss. Voir à ce sujet *Rolf Watter/Andrew M. Garbarski*, La répartition des frais du procès en responsabilité (art. 756 CO) : Examen critique du projet de révision du droit de la société anonyme, GesKR 2009, 148 ss.

⁹ Désignées ci-après indifféremment par « organe de révision » ou « réviseur ».

¹⁰ Financial Times du 2 avril 2009 : « *Liquidators sue KPMG for \$ 1 bn over collapse of subprime lender* », « [...] in the first big case against an auditor to emerge in the global financial crisis ».

¹¹ Initiative n° 08.528 déposée au Conseil national par *Johann N. Schneider-Ammann* et intitulée « *Mesures de sauvetage en faveur d'entreprises d'importance systémique. Éviter les structures incitatives asymétriques et fixer les responsabilités en cas de dommage* » (le texte

¹ Certains auteurs considèrent même que la jurisprudence du Tribunal fédéral serait dépourvue de base légale; voir dans ce sens *Jean-Luc Chenaux*, La responsabilité du conseil d'administration dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in *Bohnet* (édit.), *Quelques actions en responsabilité*, Neuchâtel 2008, N 48, 168; *Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker*, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, Bâle 2006, 14; *Peter R. Isler*, *Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen*, in *Weber/Isler* (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV*, Zurich 2008, 97.

² Voir par exemple ATF 132 III 564 consid. 3 et ATF 131 III 306 consid. 3.1.

³ *Chenaux* (n. 1), N 48, 168 s.; *Isler* (n. 1), 96 s.

⁴ Du même avis, *Chenaux* (n. 1), N 114, 198.

Quoi qu'il en soit, la présente contribution portera essentiellement sur les modifications projetées en lien avec la solidarité de l'organe de révision. Afin de familiariser le lecteur avec le sujet abordé dans les développements qui suivent, nous débiterons par rappeler l'origine et la portée de la solidarité « différenciée », telle qu'elle découle de la réglementation actuelle (art. 759 al. 1 CO) (*infra* II). Nous exposons ensuite les principaux inconvénients et dangers que ce concept présente pour les réviseurs. Nous verrons, par la même occasion, quelles sont les solutions qui ont été proposées dans le cadre de l'Avant-Projet et l'accueil qui leur a été réservé en marge de la procédure de consultation (*infra* III). Enfin, la dernière partie de notre contribution comportera une présentation, accompagnée d'un examen critique, des tempéraments que le Conseil fédéral entend désormais apporter à la responsabilité solidaire de l'organe de révision dans le cadre du Projet 2007 (*infra* IV).

II. Origine et portée de la solidarité « différenciée »

1. Bref rappel historique

L'ancien droit¹² et la jurisprudence – parfois hésitante¹³ – du Tribunal fédéral¹⁴ consacraient une solidarité dite « absolue ». Cette forme de solidarité em-

portait que chaque défendeur pouvait être condamné, dans les rapports externes, à réparer la totalité du dommage causé au lésé, indépendamment de la gravité de sa propre faute et de l'existence d'un motif personnel d'atténuation au sens des art. 43 al. 1 et 44 CO.¹⁵ Le juge n'examinait l'importance de la faute et la situation personnelle des défendeurs qu'au stade de l'action récursoire, c'est-à-dire à l'occasion du recours dirigé par le défendeur, tenu d'indemniser le lésé, contre les autres responsables.¹⁶

Soucieux d'assurer au lésé une réparation aussi complète que possible de son préjudice,¹⁷ les Juges de Mon Repos sont même allés jusqu'à admettre,¹⁸ naturellement à tort,¹⁹ qu'un défendeur pouvait être tenu solidairement d'une partie du dommage auquel il n'avait pas du tout contribué.²⁰

La solidarité « absolue » a été abondamment critiquée en doctrine.²¹ C'est pourquoi le Conseil fédéral

de l'initiative est disponible à l'adresse internet suivante : http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20080528; consulté le 17 juillet 2009). Sur cette question, voir notamment « *Haftung bis zum Privatkonkurs* », NZZ du 23 janvier 2009, 21 et « *Manager sollen haften* », Bernerzeitung du 23 janvier 2009 (disponible sous <http://www.bernerzeitung.ch/schweiz/standard/Manager-sollen-haften/story/15620081?print=yes>; consulté le 17 juillet 2009).

¹² L'art. 759 aCO applicable jusqu'au 1^{er} juillet 1992, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme, avait la teneur suivante : « *Les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Le juge règle le recours de ces personnes les unes contre les autres en prenant en considération le degré de fautes de chacune.* »

¹³ Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^{ème} édition, Zurich 1987, N 382 ss; Heinz Reichwein, Das Verhältnis des adäquaten Kausalzusammenhanges zur Solidarhaftung bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, RSJ 81 (1985), 350 ss.

¹⁴ ATF 97 II 403 consid. 7d, JdT 1973 I 66; ATF 93 II 22 consid. 6, JdT 1968 I 148; voir surtout le « *leading case* », arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1975, reproduit in ECS 50 (1976), p. 27.

¹⁵ Voir le jugement du Tribunal cantonal valaisan du 2 juillet 1998 consid. 3b, in RVJ 33 (1999), 187; voir aussi Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^{ème} édition, Zurich/Bâle/Genève 2009, § 18 N 481; Jacques Bondallaz, La responsabilité solidaire des réviseurs de sociétés anonymes (art. 755/759 CO): considérations « *de lege ferenda* », REPRAX 2005, 32; Oliver Hablützel, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zurich/St-Gall 2009, 37 s.; Walter A. Stoffel, La solidarité différenciée en matière de responsabilité des organes en droit des SA, in Werro (édit.), La pluralité des responsables, Berne 2009, 108.

¹⁶ Art. 759 al. 2 aCO. Voir Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zurich 2001, 120; Roger Zäch/Claudius Triebold, Zur differenzierten Solidarhaftung des Verwaltungsrates, in von Büren (édit.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift Bär, Zurich 1998, 427; voir cependant le jugement du Kantonsgericht de Thurgovie du 31 mars 1981, in RSJ 78 (1982), 380 s.

¹⁷ Peter Nobel, Solidarität und Unsolidarität, in Baer (édit.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Berne 2003, 106; Zäch/Triebold (n. 16), 426.

¹⁸ Voir en particulier ATF 97 II 403 consid. 7d, JdT 1973 I 66.

¹⁹ Bondallaz (n. 15), 29 et 32.

²⁰ La doctrine germanophone parle d'une « *überkausale Haftung* ». Voir Böckli (n. 15), § 18 N 481; Marcel Meinhardt, Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, in Weber (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich 2003, 145; Hans-Ueli Vogt, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in Weber/Isler (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zurich 2008, 23 s.; Zäch/Triebold (n. 16), 426. Voir cependant Vito Roberto, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, 31, lequel estime que les griefs dont la jurisprudence fédérale a fait l'objet n'étaient pas nécessairement fondés.

²¹ Voir Andrew M. Garbarski, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Zurich/

a proposé de modifier comme suit l'art. 759 CO dans le projet de révision du 23 février 1983 (le «Projet 1983»):²²

« 1. Si plusieurs personnes sont responsables d'un dommage, elles en répondent solidairement à l'égard du lésé.

2. Celui qui est soumis à la responsabilité dans la révision et qui doit répondre solidairement avec d'autres personnes d'un dommage commis par négligence en répond à concurrence du montant auquel il serait tenu à la suite d'un recours.

3. Il en va de même pour les personnes dont la faute est minime par rapport à celle de leurs coobligés solidaires.

4. Le juge règle le recours entre plusieurs responsables en tenant compte de la part de responsabilité que porte chacun d'eux pour le dommage, eu égard à leur faute et aux autres circonstances ».

En limitant l'étendue de la responsabilité externe à celle du recours interne entre coresponsables, les alinéas 2 et 3 de cette disposition revenaient, en réalité, à supprimer purement et simplement la solidarité²³ pour les réviseurs ayant agi par négligence, ainsi que pour les responsables dont la faute aurait été qualifiée de minime en comparaison de celle de leurs coobligés.²⁴ Il y sera revenu plus avant.²⁵

Quoi qu'il en soit, l'art. 759 P-CO 1983 n'a pas été accepté sans changements par le Parlement.

Genève/Bâle 2006, 242 et les références citées en notes de bas de page 1875 et 1876.

²² Bondallaz (n. 15), 32. Voir en particulier FF 1983, 872, 874, 966 et 1021 s.

²³ Contrairement à ce qui est indiqué dans le Message, à teneur duquel le principe de la solidarité serait maintenu, quoique limité au dommage que l'organe de révision a causé par négligence (FF 1983, 872). Voir par exemple Hablützel (n. 15), 42.

²⁴ Bondallaz (n. 15), 32 s.; Hablützel (n. 15), 42; Alain Thévenaz, La solidarité différenciée des responsables d'un dommage dans le droit de la société anonyme – Etude de l'art. 759 CO, in Dessemontet/Oberson/Thévenaz/Blanc (édit.), Aspects actuels du droit de la société anonyme, Travaux réunis pour le 20^{ème} anniversaire du CEDIDAC (1985–2005), CEDIDAC n° 64, Lausanne 2005, 513. Voir aussi Peter Forstmoser, Kritische Beurteilung der Reformvorschläge für die Verwaltung, in Aktienrechtsreform, Zurich 1984, 70; Peter Forstmoser/Alain Hirsch, Projet de révision du droit des sociétés anonymes: Quelques propositions concrètes, SAS 57 (1985), 40 s.; Matthias Eppenberger, Die Solidarhaftung der Revisionsstelle, ECS 65 (1991), 544 et Thomas Müller, Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Fortschritt oder Systembruch?, in von Büren (édit.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift Bär, Berne 1998, 292 note de bas de page 64; Plus nuancé, Robertino Lei Ravello, La responsabilité solidaire des organes de la société anonyme, thèse de licence, Lausanne 1992, N 426.

²⁵ Cf. *infra* IV.2.2.2.

C'est en effet au prix de longues discussions aux Chambres fédérales, dont l'examen dépasserait le cadre de la présente contribution,²⁶ que le texte actuel de l'art. 759 CO a finalement été adopté. Celui-ci consacre une solidarité dite «différenciée»,²⁷ que le Tribunal fédéral, visiblement convaincu de ses bienfaits,²⁸ a d'ailleurs jugé opportun d'appliquer à toutes les actions introduites après l'entrée en vigueur du nouveau droit, même si les faits reprochés au(x) défendeur(s) étaient antérieurs à celui-ci et, partant, en principe soumis à l'ancien régime.²⁹

²⁶ Voir notamment la synthèse de Bondallaz (n. 15), 33 et les références citées. Sur la genèse de l'adoption de l'art. 759 CO, voir Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2^{ème} édition, Zurich 1996, N 2021a ss; Lei Ravello (n. 24), N 410 ss; Peter Nobel, Solidarität und Unsolidarität, in Baer (édit.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Berne 2003, 107 ss; Baptiste Rusconi, Responsabilité solidaire selon l'article 759 CO, in Ciocca (édit.), Le nouveau droit des sociétés anonymes, CEDIDAC n° 23, Lausanne 1993, 492 s.; Pierre Tercier, La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d'un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme, in Stoffel (édit.), La responsabilité des administrateurs, Zurich 1994, 66 ss.

²⁷ Parmi beaucoup d'autres, Böckli (n. 15), § 18 N 480 ss; Peter Forstmoser, Den Letzten beißen die Hunde, in Ackermann/Donatsch/Rehberg (édit.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift Schmid, Zurich 2001, 503; Lukas Glanzmann, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, RDS 119 (2000) II, 165; Nobel (n. 26), 108; Thévenaz (n. 24), 514; Peter Widmer/Dieter Gericke/Stefan Waller, in Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Watter (édit.), Obligationenrecht II, 3^{ème} édition, Bâle 2008, art. 759, N 1; Zäch/Triebold (n. 16), 428.

²⁸ Bernard Corboz, in Commentaire romand, Tercier/Amstutz (édit.), Code des obligations II, Bâle 2008, art. 759, N 12.

²⁹ ATF 122 III 324, JdT 1997 I 255 (rés.), dont le consid. 5 n'a pas été publié dans le recueil officiel, mais reproduit par Peter Nobel, Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 1996, Praxisänderung zur Solidarität bei der Verantwortlichkeit unter dem alten Aktienrecht (Art. 755, 759 aOR), RSDA 68 (1996), 234 s. Dans cet arrêt, notre Haute Cour a dû admettre que « compte tenu des critiques de la doctrine et des conceptions qui sont à la base du nouveau droit de la société anonyme, il s'impose désormais d'admettre que chaque administrateur ne doit répondre solidairement, en vertu de l'art. 759 al. 1 aCO, que dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances ». Voir aussi ATF 127 III 453 consid. 2b, JdT 2002 I 219 (rés.), SJ 2002 I 138; arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 1999 consid. 6a, reproduit in RJJ 2000, 135 et, plus récemment, les arrêts du Tribunal fédéral 4C.192/2003 du 13 octobre 2003 consid. 3.1 et 3.4 et 4C.118/2005 du 8 août 2005 consid. 4.5.

2. Portée de la solidarité différenciée

D'après le principe de la solidarité différenciée, le montant auquel un défendeur peut être condamné ne peut dépasser, dans les rapports externes, le dommage qu'il a causé ou contribué à causer, et qui lui est imputable personnellement en raison de sa faute et des circonstances.³⁰ Selon la jurisprudence, « *la solidarité porte ainsi seulement sur le plus petit dénominateur commun de la responsabilité pouvant être mise à la charge de la personne recherchée, compte tenu de sa faute et de l'ensemble des circonstances* ». ³¹

L'art. 759 al. 1 CO renvoie donc à l'application des art. 43 al. 1 et 44 CO³² et devrait permettre à chaque coresponsable, dans les rapports externes déjà, de se prévaloir de motifs personnels d'atténuation de la responsabilité,³³ tels que la faute légère,³⁴

la gêne, l'action de complaisance, la différence des situations économiques,³⁵ la faible rémunération ou encore la faute concomitante du lésé.³⁶

Autrement dit, la solidarité ne peut aller au-delà de ce qui pourrait être réclamé à un défendeur s'il était tenu seul responsable du dommage causé, compte tenu de ses facteurs personnels d'atténuation.³⁷ On parle à cet égard du *plafond individuel de solidarité*.³⁸

On précisera néanmoins, que, dans la mesure où la faute de chaque coresponsable est appréciée pour elle-même dans les rapports externes, et non par comparaison (pondération) avec la faute d'autrui,³⁹ l'existence d'autres responsables ne constitue pas, en

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.192/2003 du 13 octobre 2003 consid. 3.4; ATF 122 III 324 consid. 7b, JdT 1997 I 255 (rés.); *Böckli* (n. 15), § 18 N 487 et 489 s.; *Heinrich Honsell*, Solidarität und Rückgriff bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, in Ruedin (édit.), Mélanges Cannata, Bâle/Genève/Munich 1999, 377; *Peter R. Isler*, Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlich verantwortlichen Organpersonen, in Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (édit.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift Nobel, Berne 2005, 199 s.; *Zäch/Triebold* (n. 16), 428.

³¹ Ainsi, arrêt du Tribunal fédéral 4C.192/2003 du 13 octobre 2003 consid. 3.4. Voir également arrêt 2A.252/2002 du 4 novembre 2002 consid. 3.2.2.1.

³² *Koller*, in BO CN 100 (1990), p. 1391; arrêt du Tribunal fédéral 2A.252/2002 du 4 novembre 2002 consid. 3.2.2.1; arrêt 4C.256/1997 du 31 décembre 1998 consid. 5a; ATF 127 III 453 consid. 8b, JdT 2002 I 219 (rés.), SJ 2002 I 138; *Bärtschi* (n. 16), 119; *Böckli* (n. 15), § 18 N 483; *Stefan Hasenböhler*, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, Zurich 2003, 216; *Isler* (n. 30), 200; *Meinhardt* (n. 20), 147; *Thévenaz* (n. 24), 517 s.; BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller (n. 27), art. 759, N 4; *Zäch/Triebold* (n. 16), 428.

³³ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.358/2005 du 12 février 2007 consid. 5.5.1 (considérant non publié aux ATF 133 III 116).

³⁴ *Bondallaz* (n. 15), 37, est d'avis que l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 1999 consid. 6, reproduit in RJJ 2000, 135 ouvrirait « *la possibilité pour [les réviseurs] de se prévaloir d'une faute moyenne en vue d'obtenir une réduction fondée sur l'art. 43, al. 1 CO* ». Dans le même sens, *Olivier Chapuis*, Responsabilité solidaire de l'organe de révision des sociétés anonymes: à la croisée des chemins, in Aus der Werkstatt des Rechts/L'atelier du droit, Mélanges Koller, Bâle 2006, 155 s. Une telle interprétation ne nous paraît cependant pas compatible avec la jurisprudence la plus récente (voir notamment les arrêts du Tribunal fédéral 4C.358/2005 du 12 février 2007 consid. 5.5.1 (considérant non publié aux ATF 133

III 116) et H 225/04 du 29 novembre 2005 consid. 7, où seule la légèreté de la faute est admise en tant que cause d'atténuation. Voir aussi *Chenaux* (n. 1), N 100, 192; *Urs H. Hoffmann-Nowotny/Hans Caspar von der Crone*, Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, RSDA 79 (2007), 264; *Stoffel* (n. 15), 118; *Thévenaz* (n. 24), 518 et CR CO II-Corboz (n. 28), art. 759, N 18. Ce dernier semble même exiger que la faute soit « *particulièrement légère* ». Dans le même sens, *Henry Peter*, La réforme du régime de la responsabilité des organes selon l'Avant-Projet du décembre 2005, in Michel-DAC n° 76, Lausanne 2008, 164.

³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_501/2007 du 22 février 2008 consid. 5.

³⁶ ATF 132 III 564 consid. 7. Voir aussi *Böckli* (n. 15), § 18 N 448; CR CO II-Corboz (n. 28), art. 759, N 14 et 17; *Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury*, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht/Personal Liability under Swiss Corporate Law, Zurich 2005, N 212 ss; *Isler* (n. 30), 200; *Roberto* (n. 20), 34 et *Vogt* (n. 20), 25 s.

³⁷ Arrêt H 235/03 du 2 mars 2004, consid. 5; *Bärtschi* (n. 16), 119; *Böckli* (n. 15), § 18 N 491; *Müller* (n. 24), 295.

³⁸ « *Individueller Solidaritätsplafond* ». *Böckli* (n. 15), § 18 N 484 et 491; *Isler* (n. 30), 201; *Meinhardt* (n. 20), 147; *Müller* (n. 24), 295; *Stoffel* (n. 15), 115 s.; *Vogt* (n. 20), 26; BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller (n. 27), art. 759, N 5.

³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 1999 consid. 7c aa), reproduit in RJJ 2000, 135, auquel se réfère notamment *Bondallaz* (n. 15), 28. D'après la doctrine, c'est la raison pour laquelle les tribunaux ne retiennent que rarement la faute légère comme facteur d'atténuation de la responsabilité. Voir notamment *Peter Böckli*, Zum Vorwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, GesKR 2006, 26; *Roberto* (n. 20), 34 s. et *Vogt* (n. 20), 34 s. et 42.

règle générale,⁴⁰ un facteur d'atténuation de la responsabilité.⁴¹

En effet, quoique restreinte, la solidarité n'en subsiste pas moins, puisque la personne actionnée peut être amenée à payer un montant plus élevé que la part du dommage qu'elle doit assumer dans les rapports internes entre coresponsables.⁴²

Même différenciée, la solidarité permet ainsi au lésé de bénéficier potentiellement d'une couverture et, partant, d'un substrat de responsabilité supérieurs à son dommage en tant que l'addition des sommes dont sont tenus les coresponsables, pris individuellement, dépasse le montant du dommage réparable du lésé.⁴³ Il peut donc arriver que plusieurs défendeurs soient, le cas échéant, tenus chacun de la totalité du dommage causé à ce dernier.⁴⁴

III. Les critiques émises contre la responsabilité solidaire de l'organe de révision

1. Les inconvénients de la solidarité différenciée

La solidarité (différenciée) de l'art. 759 al. 1 CO s'applique aussi dans les relations entre l'organe de révision, d'une part, et les personnes chargées de la gestion, tels que les membres du conseil d'administration ou de la direction, d'autre part.⁴⁵

Les réviseurs n'engagent toutefois leur responsabilité, seuls ou conjointement avec des organes dirigeants, que si le dommage subi par le lésé est en relation de causalité adéquate avec une violation, intentionnelle ou par négligence, de leurs devoirs.⁴⁶ Contrairement à ce qui est parfois soutenu, à tort, en doctrine,⁴⁷ les réviseurs ne répondent donc pas des

⁴⁰ Selon la jurisprudence, une limitation de la responsabilité fondée sur la faute concurrente d'un tiers ne doit être admise qu'avec la plus grande retenue; arrêts 4C.358/2005 du 12 février 2007 consid. 5.5.1 (considérant non publié aux ATF 133 III 116) et H 225/04 du 29 novembre 2005 consid. 7.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.358/2005 du 12 février 2007 consid. 5.5.1 et les références citées (considérant non publié aux ATF 133 III 116). Voir aussi *Hablützel* (n. 15), 52 et 68 s.; *Vogt* (n. 20), 38.

⁴² *Böckli* (n. 15), § 18 N 516; BSK OR II-Widmer/*Gericke/Waller* (n. 27), art. 759, N 5.

⁴³ « *Überschussdeckung* », en allemand. Voir l'arrêt 2A.252/2002 du 4 novembre 2002 consid. 3.2.2.2; *Böckli* (n. 15), § 18 N 516; *Urs Bertschinger*, in OR Kommentar, Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (édit.), Schweizerisches Obligationenrecht, 2^{ème} édition, Zurich 2009, art. 759, N 4; *Peter Böckli/Christoph B. Bühler*, Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in Festschrift Boemle, Zurich 2008, 238 s.; *Müller* (n. 24), 295; *Hablützel* (n. 15), 53 s.; *Hoffmann-Nowotny/von der Crone* (n. 34), 264; *Zäch/Triebold* (n. 16), 428. Voir aussi les illustrations chiffrées chez *Bondallaz* (n. 15), 28 s.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_54/2008 du 9 mai 2008 consid. 10.4 *in fine*; voir aussi l'arrêt 4C.192/2003 du 13 octobre 2003 consid. 3.4; *Bondallaz* (n. 15), 28; CR CO II-Corboz (n. 28), art. 759, N 19; *Vogt* (n. 20), 39 et *Markus D. Vischer/Marco Borsari*, Sorgfalts- und Treuepflicht und Verantwortlichkeit eines fiduziarischen Verwaltungsratsmitglieds, GesKR 2008, 381. Dans le même sens, le Rapport Explicatif (n. 5), 84.

⁴⁵ *Forstmoser* (n. 27), 503; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 36 N 108; *Garbarski* (n. 21), 244; *Hablützel* (n. 15), 93; *Critique Peter Böckli*, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, RSJ 104 (2008), 361 : « *Der Verfasser hat gegen Wind und Wetter die Auffassung vertreten [...] dass die Grundidee selbst, die Revisoren sollten solidarisch mit den Geschäftsführungsorganen haften, verkehrt, ja rechtlich aberwitzig ist.* »

⁴⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 4A_505/2007 du 8 février 2008 consid. 4.3; 4C.118/2005 du 8 août 2005 consid. 4; *Hans Caspar von der Crone*, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, RSDA 78 (2006), 13; *Walter Doralt*, Haftungsbeschränkung für die Revisionsstelle – Notwendigkeit oder Privileg?, RSDA 78 (2006), 169. Voir aussi CR CO II-Corboz (n. 28), art. 759, N 16; BSK OR II-Widmer/*Gericke/Waller* (n. 27), art. 759, N 3 et *Peter V. Kunz*, Status Quo der « grossen Aktienrechtsrevision »: Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in Kunz/Jörg/Arter (édit.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Berne 2008, 134 s.

⁴⁷ Ainsi, *Urs Bertschinger*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven, RDS 124 (2005) II, 592 : « *Das Grundproblem des Abschlussprüfers liegt darin, dass er selbst eigentlich alles richtig machen kann, und trotzdem haftbar wird. Dieses Paradox erklärt sich dadurch, dass die Haftbarkeit des Revisors stets das Fehlverhalten geschäftsführender Personen voraussetzt.* » Voir aussi, dans le même sens, *Rico A. Camponovo/Peter Bertschinger*, Haftungsreform für die Abschlussprüfung, ECS 81 (2007), 258 : « *Hauptproblem ist, dass [die Revisionsstellen] in der Praxis auch für die Fehler des Verwaltungsrates zur Verantwortung gezogen werden* »; *Peter* (n. 34), 165; *Dieter Widmer*, Regelung der Haftungsfrage, ECS 80 (2006), 377 : « *Dies führt in der Praxis zur paradoxalen Situation, dass der Revisor für Fehler zur Verantwortung gezogen wird, die er weder verursacht hat noch hätte verhindern können* »; *Dieter Widmer/Rico A. Camponovo*, Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, ECS 82 (2008),

manquements imputables aux administrateurs ou aux directeurs, mais seulement de la violation, fautive, de leurs propres devoirs.⁴⁸

Il est vrai, en revanche, que dans la mesure où la faute de chaque coresponsable doit être appréciée pour elle-même dans les rapports externes, et non par comparaison avec la faute d'autrui,⁴⁹ il arrive régulièrement que l'organe de révision soit condamné à payer au lésé un montant plus élevé que celui qu'il doit assumer après le règlement des rapports internes entre coresponsables (art. 759 al. 3 CO).⁵⁰ Or, dans une telle hypothèse, le réviseur court souvent le risque que son éventuelle action récursoire soit compromise, sinon rendue illusoire, en raison notamment de l'insolvabilité des coresponsables.⁵¹

La situation décrite ci-dessus est évidemment insatisfaisante. Il y sera revenu ci-après.⁵² Cela étant, les reproches que l'Avant-Projet⁵³ a dirigés contre la règle de l'art. 759 al. 1 CO (notamment son manque de clarté, son caractère insuffisamment concret, l'absence d'interprétation de la solidarité différenciée par les tribunaux), ne semblent pas justifiés pour autant.⁵⁴

Comme indiqué par *Vogt*, au vu de la jurisprudence rendue en lien avec l'art. 759 CO, il apparaît, au contraire, que le Tribunal fédéral a parfaitement saisi la portée de la solidarité différenciée et qu'il l'a également correctement appliquée dans ses déci-

sions.⁵⁵ Il est donc inutile de s'en prendre au concept de la solidarité différenciée, respectivement à la façon dont celui-ci est mis en œuvre par les tribunaux. Tel que l'art. 759 al. 1 CO a été conçu par le législateur, il était tout simplement illusoire de penser que l'on pourrait tirer davantage de cette disposition, notamment à la décharge des réviseurs.⁵⁶

Quoi qu'il en soit, le principal inconvénient du régime actuel de la solidarité (différenciée) réside en ce qu'il empêche dans une très large mesure l'organe de révision de se prévaloir, dans les rapports externes,⁵⁷ de la spécificité de son activité et de la position atypique qu'il occupe au sein de la société.⁵⁸

La singularité de la position des réviseurs est pourtant bien réelle :

- ils interviennent de manière sporadique, en principe une fois par an, après la clôture de l'exercice annuel, et généralement après-coup,⁵⁹ c'est-à-dire à un moment où le dommage s'est le plus souvent déjà produit en raison d'agissements imputables

112: « Die Revisoren haften nach wie vor voll, aber sie haften nur noch für ihr eigenes Verschulden. » Cette conception biaisée ressort aussi implicitement du Rapport Explicatif (n. 5), 20 et 84 et du Message, FF 2008, 1513 : « Cette réglementation [...] évite que l'organe de révision doive complètement assumer en fin de compte la faute du conseil d'administration et de la direction [...] ». Comme ici, *Böckli/Bühler* (n. 43), 237, note de bas de page 9.

⁴⁸ *Von der Crone* (n. 46), 13; *Doralt* (n. 46), 169; *Max Halter*, Organhaftung und Versicherung, Zurich 2008, N 206, note de bas de page 526 et N 273. Voir aussi *Böckli* (n. 39), 26; *le même* (n. 15), § 18 N 420, 490 et 493.

⁴⁹ Cf. *supra* sous note de bas de page 39.

⁵⁰ *Bondallaz* (n. 15), 28; *Peter* (n. 34), 164. Voir aussi *OFK-Bertschinger* (n. 43), art. 759, N 6 ainsi que note de bas de page 42 ci-dessus.

⁵¹ *Böckli/Bühler* (n. 43), 239; *von der Crone* (n. 46), 13; *Forstmoser/Sprecher/Töndury* (n. 36), N 319; *Peter* (n. 34), 166; Rapport Explicatif (n. 5), 20 et 85. Voir aussi *Thierry Luterbacher*, Versicherung und Revisorenhaftung, ECS 80 (2006), 864.

⁵² Cf. *infra* IV.2.

⁵³ Et renouvelés, plus récemment, dans le Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007, FF 2008, 1512.

⁵⁴ *Vogt* (n. 20), 42 s.

⁵⁵ *Contra*: *Chapuis* (n. 34), 156; *Dieter Widmer/Rico A. Camponovo*, Un pas dans la bonne direction pour résoudre la question de la responsabilité, ECS 82 (2008), 1000: « [...] dans la pratique, cette règle n'a presque jamais été appliquée ». Plus différencié, *Hablützel* (n. 15), 61 ss.

⁵⁶ Pour le tout, *Vogt* (n. 20), 42 s. Dans son Message, FF 2008, 1512, le Conseil fédéral signale que l'art. 759 al. 1 CO « tient compte du fait que la faute des différentes personnes soumises à responsabilité dans la société anonyme est souvent très variable. Cette disposition a principalement pour but de prendre en considération le fait que le conseil d'administration et la direction, d'une part, et l'organe de révision, d'autre part, remplissent des tâches dont les fonctions sont fondamentalement différentes. Il en résulte fréquemment des fautes difficilement comparables. » Or, comme évoqué plus haut (cf. *supra* sous note de bas de page 39), la solidarité différenciée emporte précisément que ce n'est qu'au stade des recours internes, entre les coresponsables, que le juge peut procéder à une pondération entre les divers comportements, en comparant notamment les fautes commises par chacun d'eux.

⁵⁷ Sur le plan externe, on rappelle, en effet, que le juge est tenu de « raisonner, pour chaque responsable, comme s'il ne fallait s'occuper que de lui », arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 1999 consid. 7c aa, reproduit in RJJ 2000, 135.

⁵⁸ *Böckli/Bühler* (n. 43), 241; *Vogt* (n. 20), 44. Plus optimistes, *BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller* (n. 27), art. 759, N 6.

⁵⁹ Voir sur ces considérations *Jean Nicolas Druey*, Die Haftung der Abschlussprüfer – wo liegt das Problem?, in *Bohnet/Wessner* (édit.), Droit des sociétés, Mélanges Ruedin, Bâle 2006, 206 s. Voir aussi *Chapuis* (n. 34), 152 et *Daniel C. Pfiffner*, Revisionsstelle und Corporate Governance, Zurich/St-Gall 2008, N 816.

aux personnes chargées de la gestion de la société.⁶⁰

C'est particulièrement vrai en matière d'avis de surendettement.⁶¹ à teneur des art. 728c al. 3 et 729c CO, l'organe de révision ne doit informer le juge du surendettement qu'à la double condition que (i) le conseil d'administration a omis de le faire et (ii) pour autant que le surendettement soit manifeste.⁶² Dans la mesure où le devoir du réviseur d'aviser le juge naît plus tard, le dommage dont il répond est également moins important que celui qui peut être reproché aux administrateurs;⁶³

- ils ne sont pas autorisés à participer à la gestion de la société, puisque cette responsabilité incombe aux organes dirigeants, notamment au conseil d'administration.⁶⁴ Les réviseurs ne disposent donc en principe d'aucun moyen d'intervention directe qui leur permettrait de rectifier, en amont, les manquements commis par de tels organes;⁶⁵
- en raison de leur position particulière, les réviseurs ne jouissent pas du même niveau d'infor-

mation que les organes dirigeants⁶⁶ et, de fait, sont placés dans la dépendance de ces derniers quant aux renseignements qui leur sont transmis.⁶⁷ Par ailleurs, ils n'ont souvent pas les moyens de vérifier (à temps) si les informations reçues sont complètes et/ou reflètent la situation réelle de la société;

- leur faute, en comparaison de celle qui peut être reprochée aux organes dirigeants, apparaît souvent comme légère ou accessoire;⁶⁸
- ils sont soumis à des normes professionnelles vastes et détaillées, si bien que leurs manquements sont, en règle générale, plus faciles à prouver que ceux des administrateurs.⁶⁹

Par ailleurs, au vu de leur surface financière plus importante et de leur couverture en assurance responsabilité civile, les réviseurs constituent des cibles privilégiées et sont, régulièrement, les seuls à être actionnés par les lésés.⁷⁰ Les organes de révision courent aussi un risque réputationnel considérable lorsqu'ils font l'objet d'une action en dommages-intérêts, ce qui les incite, dans de nombreux cas, à transiger avec les lésés, quand bien même leur responsabilité n'est pas juridiquement établie.⁷¹

En cas de faillite de la société révisée, il peut arriver que les montants réclamés à l'organe de révision atteignent plusieurs centaines de millions, voire plusieurs milliards de francs.⁷² De telles sommes sont susceptibles de menacer l'existence des plus grandes

⁶⁰ Bökli (n. 45), 361; Bökli/Bühler (n. 43), 240; Bondallaz (n. 15), 39; Forstmoser (n. 27), 486 et 487 s.; Hablützel (n. 15), 93; Luterbacher (n. 51), 871; Peter (n. 34), 165; Pfiffner (n. 59), N 816; Kurt Schüle, Nouveau droit de la société anonyme en bonne voie – la question de la responsabilité reste ouverte, ECS 81 (2007), 176; Vogt (n. 20), 36 et 45. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.118/2005 du 8 août 2005 consid. 4.3 et ATF 129 III 129 consid. 8.

⁶¹ Tatjana Linder/Hans Caspar von der Crone, Die Revisionsstelle in der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, RSDA 79 (2005), 493.

⁶² D'après le Tribunal fédéral, le surendettement est manifeste « lorsque tout homme raisonnable se rend compte sans autres recherches que les actifs ne peuvent couvrir les engagements et qu'aucune postposition suffisante n'est accordée », étant précisé qu'« il n'est pas nécessaire que le surendettement soit important; il suffit qu'il résulte clairement des circonstances » (arrêt 4A_505/2007 du 8 février 2008 consid. 4.1.2). Voir aussi, parmi beaucoup d'autres, Rolf Watter/Karim Maizar, in Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Watter (édit.), Obligationenrecht II, 3^{ème} édition, Bâle 2008, art. 728c, N 34.

⁶³ Dans ce sens, BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller (n. 27), art. 755, N 20.

⁶⁴ Art. 728 et 729 CO. Parmi d'autres, Bertschinger (n. 47), 595; Chapuis (n. 34), 153; Theodor Bühler, Ein neues schweizerisches Recht der Handelsgesellschaften?, RSJ 102 (2006), 177; Widmer/Camponovo (n. 55), 1000. Voir aussi Rolf Watter/Corrado Rampini, in Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Watter (édit.), Obligationenrecht II, 3^{ème} édition, Bâle 2008, art. 728, N 15 et art. 729, N 4.

⁶⁵ Bökli (n. 45), 361; Bondallaz (n. 15), 39; Forstmoser (n. 27), 487; Peter (n. 34), 165.

⁶⁶ Nonobstant l'art. 730a CO. Voir Bertschinger (n. 47), 595; Linder/von der Crone (n. 61), 493.

⁶⁷ Hablützel (n. 15), 93; Pfiffner (n. 59), N 819.

⁶⁸ Bökli (n. 45), 361; Bondallaz (n. 15), 39 s.; Camponovo/Bertschinger (n. 47), 258 s.; Peter (n. 34), 165; Vogt (n. 20), 35. Voir aussi le Rapport Explicatif (n. 5), 20.

⁶⁹ Bökli/Bühler (n. 43), 239 s.; Forstmoser (n. 27), 488 s.; Peter (n. 34), 165 s.; Rapport Explicatif (n. 5), 20.

⁷⁰ Bondallaz (n. 15), 40; Chapuis (n. 34), 152 s.; Druvey (n. 59), 216; Peter (n. 34), 165; Vogt (n. 20), 44; Rapport Explicatif (n. 5), 20 et 85.

⁷¹ Bökli/Bühler (n. 43), 240; Haller (n. 48), N 274; Vogt (n. 20), 44; Rapport Explicatif (n. 5), 85. Voir aussi le Message, FF 2008, 1513.

⁷² Bondallaz (n. 15), 40; Schüle (n. 60), 176 s. Voir également Bertschinger (n. 47), 599; Message, FF 2008, 1513. A titre d'exemple, on mentionnera l'affaire de la Banque Cantonale de Genève, où l'Etat de Genève a introduit une action en responsabilité contre l'organe de révision de cette banque en concluant au paiement d'un montant total de CHF 642491092.– plus intérêts et au remboursement de dépenses à concurrence de CHF 2453916104.–.

entreprises de révision,⁷³ d'autant qu'elles connaissent des difficultés croissantes à s'assurer de façon appropriée.⁷⁴

On signalera enfin que la jurisprudence récente a elle aussi reconnu, notamment dans le contexte de la causalité, que le réviseur occupe une position particulière qui le distingue des autres organes.⁷⁵ D'après les Juges de Mon Repos, cette position « [...] peut avoir pour résultat de décharger l'organe de révision de toute responsabilité, lorsqu'il s'avère que, même si celui-ci avait agi conformément à ses devoirs et à temps, le cours des choses qui a provoqué le dommage et qui a été déclenché à l'origine par les organes exécutifs, n'aurait, selon l'expérience de la vie, pas été différent ou ne se serait pas modifié avec suffisamment de vraisemblance ».⁷⁶

2. La proposition formulée dans l'Avant-Projet : la limitation de la responsabilité des réviseurs à un montant déterminé

Compte tenu des insatisfactions que suscite le régime actuel de la responsabilité solidaire de l'organe de révision, résumées ci-dessus,⁷⁷ l'Avant-Projet, s'inspirant en cela de réglementations analogues de certains pays européens,⁷⁸ a proposé l'introduction

d'une limitation chiffrée de la responsabilité du réviseur en cas de faute légère.⁷⁹

Il était prévu que cette limitation figurât dans un nouvel art. 759 al. 1^{bis} AP-CO, libellé comme suit :

« Celui qui est soumis à une responsabilité dans la révision et qui ne répond solidairement avec d'autres personnes que d'une faute légère peut être recherché en paiement d'un montant maximal de 10 millions de francs. Dans le cadre de la révision de sociétés dont les titres de participation sont cotés en bourse et d'entreprises d'une certaine importance économique au sens de l'art. 727, la responsabilité en cas de faute légère est limitée à 25 millions de francs ».⁸⁰

Le plafonnement chiffré de la responsabilité des réviseurs a cependant été rejetée par la majorité des intervenants dans la procédure de consultation.⁸¹ Cette proposition a aussi fait couler beaucoup d'encre en doctrine.⁸²

Sans entrer ici dans les détails, il a notamment été reproché à l'art. 759 al. 1^{bis} AP-CO

- d'introduire un privilège injustifié⁸³ de l'organe de révision par rapport aux autres organes de la société;

⁷³ Rashid Bahar/Rita Trigo Trindade, Revision des Verantwortlichkeitsrechts : Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR Sondernummer 2008, 147 s.

⁷⁴ Bondallaz (n. 15), 40; Luterbacher (n. 51), 865 s.; Widmer (n. 47), 377 s.

⁷⁵ Voir à ce sujet von der Crone (n. 46), 11, note de bas de page 49.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.118/2005 du 8 août 2005 consid. 4.3 et ATF 129 III 129 consid. 8. Voir aussi Pfiffner (n. 59), N 821; Vogt (n. 20), 37 ainsi que Doralt (n. 46), 169, note de bas de page 11, et 175, note de bas de page 51 *in fine*.

⁷⁷ Cf. *supra* III.1.

⁷⁸ Notamment l'Allemagne, où, selon le § 323 al. 2 HGB, la responsabilité des réviseurs en cas de négligence (légère ou grave) est limitée à 1 million d'euros, respectivement à 4 millions d'euros dans les sociétés cotées. En Autriche (§ 275 al. 2 HGB, dans sa teneur entrée en vigueur le 1^{er} juin 2008), cette limite se situe entre 2 et 12 millions d'euros selon l'importance de l'entreprise révisée. Enfin, en Grèce, d'après l'art. 19 al. 1 du Décret Présidentiel 226/1992, la limite est constituée par le montant le plus élevé entre le quintuple du salaire annuel du président de la plus haute juridiction du pays et le total des honoraires touchés par le réviseur durant l'exercice annuel précédent.

⁷⁹ Dans ce sens, voir notamment Forstmoser (n. 27), 512. Voir aussi BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller (n. 27), art. 759, N 1a. Pour une étude détaillée de l'Avant-Projet, voir Pfiffner (n. 59), N 2191 ss.

⁸⁰ Avant-Projet (n. 5), 47 et Rapport Explicatif (n. 5), 20 et 85.

⁸¹ Le résumé (en français) des résultats de la procédure de consultation est disponible à l'adresse suivante : <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0015.File.tmp/20070214-ve-res-f.pdf> (consulté le 17 juillet 2009). L'art. 759 al. 1^{bis} AP-CO est notamment discuté en page 24 du résumé.

⁸² Voir notamment Böckli (n. 39), 25 s.; Bühler (n. 64), 177; Doralt (n. 46), 171 ss.; Druy (n. 59), 221; Luterbacher (n. 51), 868 ss.; Peter (n. 34), 180 s.; Roberto (n. 20), 37 ss.; Walter A. Stoffel, Organisation et tâches de l'organe de révision, in Michel (édit.), La révision du droit de la société anonyme, CEDIDAC n° 76, Lausanne 2008, 132; Widmer (n. 47), 379 ss. Voir aussi Bertschinger (n. 47), 602 ss.

⁸³ Parmi beaucoup d'autres, Doralt (n. 46), 174 s.; Kunz (n. 46), 136 s.; Peter (n. 34), 180 s.; Rita Trigo Trindade, Révision(s) du droit de la société anonyme et du droit comptable, Présentation générale, in Michel (édit.), La révision du droit de la société anonyme, CEDIDAC n° 76, Lausanne 2008, 19 s.; Contra: Bertschinger (n. 47), 605; Bondallaz (n. 15), 46 s. Voir également Widmer (n. 47), 379, lequel estime que le plafonnement doit être qualifié de « [...] wichtiger Schritt in die richtige Richtung [und ist] sehr zu begrüßen ».

- de limiter le plafonnement de la responsabilité aux seuls cas de faute légère,⁸⁴ si bien que, pour tenir en échec cette limitation, les plaideurs pourraient être tentés de soutenir l'existence d'une faute lourde ou, à tout le moins, moyenne,⁸⁵ d'autant que les distinctions entre les différents degrés de faute restent floues et incertaines;⁸⁶
- un manque de flexibilité s'agissant du montant maximal de la responsabilité solidaire de l'organe de révision;⁸⁷
- de laisser indéterminées plusieurs questions délicates, notamment celle de savoir si le plafonnement de la responsabilité demeure applicable dans l'hypothèse où le lésé n'a actionné que le réviseur,⁸⁸ situation pourtant courante dans la pratique.⁸⁹

IV. La responsabilité de l'organe de révision selon le projet du 21 décembre 2007

1. Présentation générale de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO

Au vu des réactions plutôt négatives suscitées par l'art. 759 al. 1^{bis} AP-CO⁹⁰ dans la procédure de consultation,⁹¹ le Conseil fédéral a décidé de se distancer, dans le Projet 2007, de la solution consistant à fixer un plafond chiffré à la responsabilité de l'organe de révision. Il estime cependant qu'« une révision totale de la responsabilité des organes de la société anonyme n'est pas indispensable et pourrait

aboutir à des effets difficilement prévisibles dans l'application du droit ».⁹²

Après avoir « examiné différentes alternatives visant à améliorer la réglementation légale »,⁹³ qu'il a cependant toutes écartées, notamment la limitation « forfaitaire » de la responsabilité des réviseurs (par exemple à 25% du montant total du dommage),⁹⁴ la limitation statutaire, ou encore le plafonnement exprimé en multiple des honoraires de l'organe de révision, le Conseil fédéral s'est finalement rabattu sur la règle qu'il avait suggérée – il y a vingt-cinq ans (!) – dans le Projet 1983.⁹⁵ A l'époque, sa proposition n'avait toutefois pas survécu à son premier passage en commission.⁹⁶

Dans le Projet 2007, l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO est désormais libellé comme suit :

*« Les personnes soumises à une responsabilité dans la révision qui ont causé uniquement par négligence un dommage avec d'autres personnes en répondent à concurrence du montant auquel elles seraient tenues à la suite d'un recours ».*⁹⁷

A titre de comparaison, on rappelle que, dans le Projet 1983,⁹⁸ l'art. 759 al. 2 CO avait la teneur suivante :

« Celui qui est soumis à la responsabilité dans la révision et qui doit répondre solidairement avec d'autres personnes d'un dommage commis par négligence en répond à concurrence du montant auquel il serait tenu à la suite d'un recours ».

Dans son Message, le Conseil fédéral expose que l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO précise la solution de la solidarité différenciée déjà connue du droit actuel, à laquelle elle correspond fondamentalement, et éviterait ainsi des limitations de responsabilité forfaitaires et indépendantes de la faute. Le Conseil fédéral estime ainsi que « cette réglementation tient compte matériellement de la position subsidiaire de la révision

⁸⁴ *Contra*: Hablützel (n. 15), 188 ss et 216, lequel estime que la limitation aux cas de faute légère, respectivement moyenne, est appropriée (« sachgerecht »).

⁸⁵ Böckli (n. 39), 26; Luterbacher (n. 51), 869 s.; Roberto (n. 20), 38 et 41. Voir aussi Stoffel (n. 82), 132.

⁸⁶ Bertschinger (n. 47), 605.

⁸⁷ Von der Crone (n. 46), 17 et note de bas de page 98; résumé de la procédure de consultation (n. 81), 24. Voir aussi Böckli/Bühler (n. 43), 262 s.

⁸⁸ Druey (n. 59), 221; Luterbacher (n. 51), 870.

⁸⁹ Cf. *supra* sous note de bas de page 70.

⁹⁰ Le Conseiller fédéral alors en charge du dossier, Christoph Blocher, avait cependant précisé, quelques jours avant le début de la procédure de consultation, qu'avec l'art. 759 al. 1^{bis} AP-CO, il entendait surtout « prendre la température » auprès des milieux intéressés (« Für mich gilt es vorerst, den Handlungsbedarf abzuklären »). Christoph Blocher, *Das Schweizer Wirtschaftsrecht im Umbruch*, EC 79 (2005), 972.

⁹¹ Cf. *supra* III.2.

⁹² Message, FF 2008, 1513.

⁹³ Pour le tout, voir le Message, FF 2008, 1513. Voir également l'examen auquel se livrent Böckli/Bühler (n. 43), 261 ss.

⁹⁴ Inspiré d'un arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.506/1998 du 3 mars 1998. Luterbacher (n. 51), 872, semble favorable à une telle limitation.

⁹⁵ Bahar/Trigo Trindade (n. 73), 149; Böckli/Bühler (n. 43), 242, lesquels parlent d'un « unerwartetes Comeback »; Vogt (n. 20), 47.

⁹⁶ Müller (n. 24), 291 s. et les références citées. Voir aussi Böckli (n. 45), 361 et Trigo Trindade (n. 83), 19.

⁹⁷ FF 2008, 1607.

⁹⁸ Cf. *supra* II.1.

et évite que l'organe de révision doive complètement assumer en fin de compte la faute du conseil d'administration et de la direction, alors qu'il n'a lui-même commis qu'une faute très légère». ⁹⁹

D'après le Message, l'application de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO n'est pas limitée à l'organe de révision à proprement parler, mais profite aussi à toutes les autres personnes qui sont appelées à fournir des prestations de révision prévues par la loi. ¹⁰⁰ En revanche, les membres du conseil d'administration et de la direction ne peuvent pas se prévaloir de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO et, partant, restent soumis au régime différencié de l'art. 759 al. 1 CO. ¹⁰¹

Le Conseil fédéral précise, enfin, que la nouvelle réglementation couvre tous les cas de négligence. Il reconnaît ainsi que les distinctions entre la négligence légère, moyenne ou grave sont susceptibles de conduire à des difficultés d'interprétation et de délimitation telles que l'application de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO pourrait s'en trouver compromise. ¹⁰² En cas de violation intentionnelle (respectivement par dol éventuel) de ses devoirs, la responsabilité solidaire de l'organe de révision reste cependant soumise à la règle actuelle de l'art. 759 al. 1 CO. ¹⁰³

A noter que l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO n'a pas subi de changements en marge du Projet 2008.

2. Examen critique de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO

2.1 Généralités

Comme exposé ci-dessus, dans les rapports externes, la solidarité différenciée emporte que la faute de chaque coresponsable est appréciée pour elle-même et non par pondération avec la faute d'autrui. ¹⁰⁴ Par conséquent, à chaque fois que son action récursoire pourrait être compromise par l'insolvabilité des coresponsables, ¹⁰⁵ le réviseur s'expose à devoir supporter, en définitive, un montant plus élevé

que celui qu'il devrait assumer après le règlement des recours internes. ¹⁰⁶

C'est notamment contre ce risque que le Conseil fédéral entend désormais prémunir l'organe de révision, au moyen de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO, puisque sa responsabilité – en cas de négligence – est limitée, déjà au stade des rapports externes, au montant auquel il serait tenu à la suite des actions récursoires (art. 759 al. 3 CO). ¹⁰⁷ Le Conseil fédéral cherche également à rendre moins «alléchants» les procès dirigés contre les réviseurs et, partant, dissuader les plaideurs à s'en prendre systématiquement (et, souvent, exclusivement) à ces derniers. ¹⁰⁸

A notre sens, les préoccupations exprimées dans le Message sont légitimes et, de manière générale, l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO nous paraît aller dans le bon sens. ¹⁰⁹

La réglementation envisagée par le Conseil fédéral appelle toutefois un certain nombre de commentaires et soulève déjà plusieurs interrogations (*infra* IV.2.2). On doit aussi se demander si l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO permettra véritablement d'atténuer l'exposition des réviseurs aux risques et conséquences des procès en responsabilité (*infra* IV.3).

2.2 Points faibles de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO

2.2.1 Traitement de faveur des réviseurs ?

En limitant la portée de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO aux seuls réviseurs, le Projet 2007, à l'instar de l'Avant-Projet, ¹¹⁰ institue un privilège, pas nécessairement justifié, ¹¹¹ par rapport aux autres cercles de personnes responsables.

⁹⁹ Pour le tout, FF 2008, 1514.

¹⁰⁰ Art. 755 CO. Voir FF 2008, 1514 et déjà FF 1983, 871. Voir aussi BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller (n. 27), art. 759, N 6.

¹⁰¹ Message, FF 2008, 1514.

¹⁰² Message, FF 2008, 1514 s.

¹⁰³ Art. 759 al. 1^{bis} P-CO *a contrario*; Bahar/Trigo Trindade (n. 73), 150; OFK-Bertschinger (n. 43), art. 759, N 7; Böckli/Bühler (n. 43), 242.

¹⁰⁴ Cf. *supra* sous note de bas de page 39.

¹⁰⁵ Cf. *supra* sous note de bas de page 51.

¹⁰⁶ Cf. *supra* sous notes de bas de page 42 et 50.

¹⁰⁷ Böckli/Bühler (n. 43), 244; Haller (n. 48), N 203, 274 et 276.

¹⁰⁸ Böckli/Bühler (n. 43), 244 et 249; Widmer/Camponovo (n. 47), 114; *les mêmes* (n. 55), 1001. Lukas Glanzmann, Die grosse Aktienrechtsrevision, ECS 82 (2008), 679, estime que l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO devrait conduire à une réduction du nombre d'actions dirigées contre les réviseurs.

¹⁰⁹ Du même avis, Böckli (n. 45), 361; Böckli/Bühler (n. 43), 245 ss; Hablützel (n. 15), 215; Haller (n. 48), N 203 et 274; Pfiffner (n. 59), N 2215; Vogt (n. 20), 47 s.; Widmer/Camponovo (n. 47), 112 s.; *les mêmes* (n. 55), 1001. Critiques à l'égard du Projet 2007, Bahar/Trigo Trindade (n. 73), 150 ss, spéc. 153 et Trigo Trindade (n. 83), 19 s.

¹¹⁰ Voir *supra* sous note de bas de page 83.

¹¹¹ Bahar/Trigo Trindade (n. 73), 150; Glanzmann (n. 108), 679; Trigo Trindade (n. 83), 19 s. Voir aussi Michael Pfeifer, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des

Le Projet 2007 ne tient pas compte du fait que les administrateurs non-gérants, notamment, occupent également une position particulière, souvent secondaire, dans l'ombre des administrateurs gérants et autres membres de la direction.¹¹² Ainsi, lorsqu'il peut tout au plus leur être reproché un manque de diligence dans le choix, l'instruction ou la surveillance de l'organe délégué,¹¹³ la faute des administrateurs non exécutifs est généralement tenue. Ils devraient donc, eux aussi, pouvoir invoquer leur position atypique, déjà au stade des rapports externes.¹¹⁴

On relèvera d'ailleurs que le Projet 1983 était apparemment (plus) sensible aux préoccupations évoquées ci-dessus,¹¹⁵ puisqu'il comprenait un art. 759 al. 3 P-CO 1983, applicable aux dirigeants sociaux et censé décharger ceux dont la faute est minime par rapport à celle de leurs coobligés solidaires.¹¹⁶

2.2.2 Suppression de la solidarité des réviseurs

Comme indiqué plus haut,¹¹⁷ le Message du Conseil fédéral présente l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO comme une simple «*précision*» de la solidarité différenciée déjà en vigueur.¹¹⁸

Or, en limitant, dans les rapports externes, la responsabilité de l'organe de révision (en cas de négligence) au montant auquel il serait tenu à la suite des actions récursoires (art. 759 al. 3 CO), la nouvelle réglementation revient, en réalité, à supprimer complètement la solidarité du réviseur.¹¹⁹

Cette conséquence, qui n'est pas le fruit du hasard, aurait sans doute mérité d'être signalée en des termes non équivoques dans le Message du Conseil fédéral,¹²⁰ d'autant qu'elle n'est pas sans incidence pratique. A noter également que la suppression de la solidarité du réviseur est critiquée par plusieurs auteurs,¹²¹ lesquels y voient notamment une atteinte à l'idée de protection du lésé, inhérente au système de la solidarité.¹²²

2.2.3 Large pouvoir d'appréciation accordé aux tribunaux et difficultés procédurales découlant de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO

La réglementation de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO couvre toutes les formes de négligence, sans être limitée à la négligence légère.¹²³ Comme indiqué dans le Message, le degré de négligence imputable à l'organe de révision doit néanmoins être pris en considération par le juge au stade des rapports externes,¹²⁴ par le renvoi à l'art. 759 al. 3 CO, où la gravité de la faute, comparée à celle des autres coresponsables, joue un rôle significatif dans la détermination du montant du recours.¹²⁵

On doit d'ailleurs s'attendre à ce que les lésés mettront tout en œuvre pour tenter de contourner les limites que l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO entend fixer à la responsabilité «solidaire» du réviseur, en particulier

Verwaltungsrats, PJA 2009, 16 s.; *Contra*: Böckli/Bühler (n. 43), 245 ss; Vogt (n. 20), 47 et Widmer/Camponovo (n. 55), 1001, lesquels se montrent favorables à cette différence de traitement.

¹¹² Bahar/Trigo Trindade (n. 73), 150; Glanzmann (n. 108), 679; Hablützel (n. 15), 215; voir aussi Stoffel (n. 15), 116.

¹¹³ Art. 754 al. 2 CO.

¹¹⁴ Dans ce sens également, Bahar/Trigo Trindade (n. 73), 150; Hablützel (n. 15), 216; Isler (n. 30), 200 et Roberto (n. 20), 40.

¹¹⁵ Message, FF 1983, 874.

¹¹⁶ FF 1983, 1022.

¹¹⁷ Cf. *supra* IV.1.

¹¹⁸ Message, FF 2008, 1514.

¹¹⁹ Bahar/Trigo Trindade (n. 73), 159; Böckli (n. 45), 361; Böckli/Bühler (n. 43), 243 s. et 268; Glanzmann (n. 108), 679; Pfiffner (n. 59), N 2203 et 2207; Katharina Rüdlinger, Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht?, ECS 82 (2008), 22; Stoffel (n. 82), 133; Trigo Trindade (n. 83), 20; Vogt (n. 20), 48; Widmer/Camponovo (n. 55), 1000. Voir aussi les références *supra* sous note de bas de page 24, en lien avec l'art. 759 al. 2 P-CO 1983. Plus nuancé, Peter (n. 34), 181.

¹²⁰ Voir aussi Böckli/Bühler (n. 43), 243 s.: «*Freilich verstrickt sich der Bundesrat in seinen Erläuterungen dazu erneut [...] in Widersprüche. Der Bundesrat spricht in seiner verschwommenen Ausdrucksweise von einer blossen «Verdeutlichung» der [...] differenzierten Solidarität. Davon kann keine Rede sein [...]».*

¹²¹ Stoffel (n. 82), 133; Trigo Trindade (n. 83), 20; *Contra*: Böckli/Bühler (n. 43), 244 et Pfiffner (n. 59), N 2207 et 2215, lesquels y sont favorables.

¹²² Arrêt du Tribunal fédéral 4C.358/2005 du 12 février 2007 consid. 5.5.1 (considérant non publié aux ATF 133 III 116).

¹²³ Message, FF 2008, 1514 s. et *supra* sous note de bas de page 102.

¹²⁴ Message, FF 2008, 1514 s.

¹²⁵ Böckli/Bühler (n. 43), 243; CR CO II-Corboz (n. 28), art. 759, N 39; Rüdlinger (n. 119), 22; Widmer/Camponovo (n. 47), 113. Voir aussi Böckli (n. 15), § 18 N 520e.

en plaidant le dol éventuel,¹²⁶ notion dont les contours ne sont pas toujours faciles à appréhender.¹²⁷

Le juge dispose ainsi d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation du montant dû par l'organe de révision, d'autant que le Projet 2007 a renoncé à tout plafonnement chiffré de sa responsabilité.¹²⁸

Par ailleurs et surtout, le Message n'expose pas comment le tribunal devra concrètement s'y prendre pour se prononcer, déjà au stade du litige opposant le lésé à l'organe de révision, sur les rapports internes entre tous les coresponsables, lorsque le réviseur est le seul à avoir été actionné par le demandeur.¹²⁹

Widmer/Camponovo estiment, à notre sens à juste titre, que, dans un tel cas de figure, l'organe de révision n'aura vraisemblablement pas d'autre choix que celui d'aborder et d'illustrer le comportement et les manquements éventuels des autres coresponsables (administrateurs, directeurs, etc.) à l'appui de sa propre défense.¹³⁰ Inutile de préciser que, dans l'hypothèse où les principaux intéressés ne sont pas parties à la procédure, l'intégration d'une forme d'action récursoire « virtuelle »¹³¹ dans le procès qui oppose le réviseur au lésé relèvera de la *haute-vol-*

tige, y compris pour le tribunal, et risque de soulever d'innombrables difficultés dans la pratique.¹³²

Ainsi qu'on le verra dans le paragraphe suivant,¹³³ si l'on entend aboutir à une répartition cohérente des responsabilités et du dommage entre les différents intéressés, il semble donc important de pouvoir, le cas échéant, impliquer également les autres coobligés dans la procédure, déjà au stade des rapports externes entre l'organe de révision et le demandeur.¹³⁴

Cela d'autant plus que, dans l'éventualité où l'action en dommages-intérêts est dirigée exclusivement contre l'organe de révision, les rapports internes, décidés par le tribunal en application de l'art. 759 al. 3 CO (par le jeu de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO), ne déploient *pas l'effet de la chose jugée*¹³⁵ à l'égard des autres coresponsables, de telle sorte que

– ces rapports internes « virtuels » ne peuvent pas leur être opposés dans le cadre de l'éventuelle action que le lésé introduirait contre eux ultérieurement, pour recouvrer le « solde » de son dommage,¹³⁶

¹²⁶ Widmer/Camponovo (n. 47), 112. Le dol éventuel, concept qui relève du droit pénal (art. 12 al. 2 2^{ème} phrase CP), est assimilé à l'intention sur le plan du droit civil (par opposition à la négligence; Anton K. Schnyder, in Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), Obligationenrecht I, 4^{ème} édition, Bâle 2007, art. 41, N 45) et, partant, empêche l'application de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO.

¹²⁷ En effet, selon les circonstances du cas d'espèce, la distinction entre le dol éventuel (réalisé dès que l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins ou ne fait pas ce qui est en son pouvoir pour l'éviter ou en atténuer les conséquences, s'accommodant de ce résultat pour le cas où il se produirait) et la négligence consciente (où celui qui agit envisage aussi le résultat dommageable, mais escompte, par une imprévoyance coupable, que ce résultat, qu'il refuse, ne se produira pas) peut être malaisée.

¹²⁸ Bahar/Trigo Trindade (n. 73), 152; CR CO II-Corboz (n. 28), art. 759, N 38; Haller (n. 48), N 202.

¹²⁹ Pfiffner (n. 59), N 2204. Ce qui devrait constituer la règle, même à l'avenir. Voir Widmer/Camponovo (n. 47), 112; *les mêmes* (n. 55), 1002; Hablützel (n. 15), 43, en lien avec l'art. 759 P-1983; *Plus nuancés*, Böckli/Bühler (n. 43), 259. Voir aussi *infra* IV.3.

¹³⁰ Widmer/Camponovo (n. 47), 112 s.; *les mêmes* (n. 55), 1001. Voir également Böckli/Bühler (n. 43), 250 s.; Pfeifer (n. 111), 16 s.

¹³¹ L'art. 759 al. 1^{bis} P-CO n'emporte pas, en effet, l'obligation de régler les actions récursoires au stade du procès principal; voir Böckli/Bühler (n. 43), 242.

¹³² Voir aussi Böckli/Bühler (n. 43), 250: « *In der Tat stellen sich da dornige Probleme* », et 251, « *Die virtuelle Durchführung eines Regressprozesses zur Bestimmung des Haftungsanteils einer eingeklagten Revisionsstelle geht aber im Schwierigkeitsgrad der notwendigen hypothetischen Gedankenabläufe darüber hinaus* ». Voir également Pfiffner (n. 59), N 2204, spéc. note de bas de page 7250; OFK-Bertschinger (n. 43), art. 759, N 7: « *Die praktische Handhabung der vorgeschlagenen Regelung dürfte nach dem Gesagten nicht einfach sein* »; Hablützel (n. 15), 218: « *Erforderlich wäre m.E. eine gesetzliche Regelung der prozessualen Folgen einer beschränkten Anteilhaftung* ».

¹³³ Cf. *infra* IV.2.2.4 à propos de l'appel en cause.

¹³⁴ Camponovo/Bertschinger (n. 47), 261 s.; Haller (n. 48), N 275; Pfiffner (n. 59), N 2204. Dans le même sens, Hablützel (n. 15), 209 s. Voir aussi déjà Eppenberger (n. 24), 544, lequel relève qu'une répartition cohérente de la responsabilité n'est possible que si les coobligés forment une consorité (passive).

¹³⁵ L'autorité de la chose jugée d'un jugement signifie qu'il est obligatoire, c'est-à-dire qu'il ne peut plus être remis en discussion ni par les parties, ni par les tribunaux. L'autorité de la chose jugée ne produit cependant d'effets qu'entre les parties au procès, en ce sens que le jugement ne vaut qu'*inter partes*. Sur ces questions, voir notamment Fabienne Hohl, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, N 1289 et 1315. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.314/2004 du 17 novembre 2004 consid. 1 et *infra* IV.2.3.2. Le Message à l'appui du CPC précise que « *la définition de l'autorité matérielle de chose jugée peut être laissée – comme par le passé – à la doctrine et à la jurisprudence* » (FF 2006, 6953).

¹³⁶ Pfiffner (n. 59), N 2204.

– en cas de condamnation à l'issue d'une telle procédure (subséquente), les autres coobligés conservent, par ailleurs, la faculté d'engager une *action récursoire* contre le réviseur¹³⁷, même si ce dernier a déjà acquitté le montant que le tribunal a arrêté en application de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO. Or, l'organe de révision ne pourra pas se prévaloir, dans l'action récursoire, de la répartition interne (et virtuelle) des responsabilités fixée dans le jugement rendu précédemment à son égard et, partant, s'expose ainsi à devoir payer un montant supplémentaire aux autres coobligés.¹³⁸ Il sera revenu à cette problématique ci-après.¹³⁹

Dans le prolongement de ce qui précède, il est également à craindre que les tribunaux aboutiront à une pondération (sensiblement) différente de la responsabilité des intéressés, selon que cette question est examinée dans le cadre de l'action récursoire « virtuelle » de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO ou, au contraire, dans une procédure récursoire proprement dite, à laquelle les autres coresponsables participent activement, comme parties,¹⁴⁰ ce qui augmente considérablement le risque de jugements contradictoires.

2.2.4 Esquisse d'une solution envisageable : la requête d'appel en cause

Compte tenu des difficultés – évoquées ci-dessus¹⁴¹ – que l'action récursoire « virtuelle » pourrait susciter dans la pratique, l'organe de révision, s'il l'estime opportun, devrait notamment avoir la faculté d'étendre le litige à un ou plusieurs coobligés au moyen d'une requête d'appel en cause¹⁴², conformément aux art. 81 et 82 CPC.¹⁴³

Cette institution permet à l'appelant (l'organe de révision) d'ouvrir action directement contre un tiers (par exemple, un administrateur) en prenant des conclusions, notamment récursoires, envers lui.¹⁴⁴ Bien que l'appel en cause puisse, dans une certaine mesure, entraîner un alourdissement et un ralentissement du procès principal,¹⁴⁵ la réunion de prétentions de parties différentes en un seul litige présente toutefois maints avantages (identité du tribunal saisi de la cause, administration simultanée des preuves, etc.) qui emportent une sensible économie d'énergie et de coûts pour les parties et le tribunal.¹⁴⁶

Par ailleurs, dans le contexte spécifique d'un procès en responsabilité, en cas d'appel en cause, par l'organe de révision, de tous les autres coobligés qui n'ont pas été actionnés par le lésé,¹⁴⁷ le juge serait aussi en mesure de liquider, au cours de la même procédure et avec l'effet de chose jugée cette fois-ci, les recours internes entre tous les intéressés (art. 759 al. 3

différence de l'art. 80 al. 1 P-CPC, l'art. 81 al. 1 CPC renonce à l'énumération des hypothèses dans lesquelles l'appel en cause est possible.

¹⁴⁴ Message, FF 2006, 6897; *Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund*, *Zivilprozessrecht*, Zurich 2008, § 13 N 71.

¹⁴⁵ *Camponovo/Bertschinger* (n. 47), 262; *Staehelin/Staehelin/Grolimund* (n. 144), § 13 N 71.

¹⁴⁶ Message, FF 2006, 6897 s., en lien avec les art. 79 et 80 P-CPC; *Staehelin/Staehelin/Grolimund* (n. 144), § 13 N 71. Voir aussi *Böckli/Bühler* (n. 43), 257; *Laura Jacquemoud-Rossari*, Les parties et les actes des parties; le défaut; la notification et les délais, in Lukic (édit.), *Le Projet de Code de procédure civile fédérale*, CEDIDAC n° 74, Lausanne 2008, 103; *Pierre Scyboz*, Les parties et leurs représentants dans le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 – Bref aperçu, *Revue de l'avocat* 1/2009, 16. Voir aussi *Bernhard Berger/Andreas Güngelrich*, *Zivilprozessrecht*, Berne 2008, § 8 N 479. On rappellera cependant que, selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral (arrêt 4P.411/2006 du 6 juillet 2006, consid. 3.4.5), un défendeur ne peut pas se prévaloir de l'allègement qui résulte de l'art. 759 al. 2 CO en matière de frais et dépens dans ses relations avec les autres défendeurs.

¹⁴⁷ On signalera qu'à teneur de l'art. 81 al. 2 CPC, « l'appelé en cause ne peut à son tour appeler un tiers en cause ». L'organe de révision devra donc veiller à ce que sa requête d'appel en cause embrasse toutes les personnes qui ne sont pas encore parties à la procédure, mais qu'il estime responsables du dommage causé au lésé. *Critique* à l'égard de la solution consistant à interdire l'appel en cause en chaîne, *Jacquemoud-Rossari* (n. 146), 105 s.

¹³⁷ Une telle action récursoire ne semble en tous cas pas exclue par le texte de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO. Du même avis, *Böckli/Bühler* (n. 43), 251 s. et 260, note de bas de page 64; *Pfiffner* (n. 59), N 2204; *Vogt* (n. 20), 48; *Widmer/Camponovo* (n. 47), 112.

¹³⁸ Ainsi, *Pfiffner* (n. 59), N 2204. *Böckli/Bühler* (n. 43), 251 s. laissent cette question ouverte. Ces auteurs signalent cependant que, dans l'hypothèse où les rapports internes décidés précédemment ne sont pas opposables dans l'action récursoire « réelle », cela pourrait conduire à des jugements contradictoires et, le cas échéant, à une surindemnisation du lésé.

¹³⁹ Cf. *infra* IV.2.3.2.

¹⁴⁰ *Böckli/Bühler* (n. 43), 251.

¹⁴¹ Cf. *supra* IV.2.2.3.

¹⁴² « *Streitverkündungsklage* » en allemand.

¹⁴³ FF 2009, 38. Dans ce sens, *Böckli/Bühler* (n. 43), 256 ss; *Camponovo/Bertschinger* (n. 47), 261 s. A noter qu'à la

CO),¹⁴⁸ écartant, par la même occasion, le risque – évoqué plus haut¹⁴⁹ – de jugements contradictoires.¹⁵⁰

Quoi qu'il en soit, même si l'institution emporte des avantages pratiques indéniables, l'organe de révision devra néanmoins se montrer *prudent* avant de former une requête d'appel en cause contre d'autres coresponsables (administrateurs, directeurs), en particulier en pesant les intérêts en jeu et en évaluant soigneusement les conséquences possibles d'une telle requête, au vu des circonstances du cas d'espèce.¹⁵¹

Les deux exemples ci-après devraient permettre d'illustrer le propos :

- Supposons que des indices concrets laissent apparaître que le demandeur, pour quelque motif que ce soit, n'introduira pas d'action contre les autres coresponsables consécutivement à son procès contre le réviseur. Dans ce cas de figure, l'organe de révision ne court pratiquement aucun risque de faire l'objet d'une éventuelle action récursoire.

S'il estime qu'il est en mesure de se défendre de manière efficace (réfutation des allégations du demandeur, illustration du comportement des autres coresponsables, etc.), sans que les coobligés ne participent au procès, le réviseur aura sans doute intérêt à ne pas les appeler en cause, car, dans le cas contraire, il court (inutilement) le risque qu'ils fassent « front commun » et tentent de repousser autant que possible la faute sur lui.¹⁵²

- Inversement, dans l'hypothèse où la probabilité d'un procès subséquent et d'une action récursoire est élevée, l'économie de procédure commande sans doute que l'organe de révision appelle en cause les coresponsables, notamment s'il est confiant qu'il pourra prouver que sa faute, en comparaison de celle des appelés en cause, est insignifiante, ou encore lorsque, selon lui, le dommage allégué par le demandeur n'est manifestement pas en lien de causalité adéquate avec les manquements qui lui sont reprochés.¹⁵³

Pour être complet, on précisera toutefois qu'en l'état, l'appel en cause, qu'il convient de ne pas confondre avec la dénonciation d'instance,¹⁵⁴ n'existe que dans les cantons de Genève, Vaud et Valais.¹⁵⁵ Aussi, dans l'hypothèse, certes peu probable, où le nouveau droit de la société anonyme devait entrer en vigueur avant le CPC, les plaideurs de tous les cantons qui ne connaissent pas encore cette institution devront faire preuve d'imagination s'ils entendent trouver une autre solution (praticable) aux difficultés d'application esquissées ci-dessus en relation avec l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO.

2.3 Autres incertitudes liées à la nouvelle réglementation

En plus des questions abordées plus haut,¹⁵⁶ il subsiste encore d'autres zones d'ombre en lien avec l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO, lesquelles méritent d'être brièvement mentionnées ici.

2.3.1 Champ d'application de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO

S'agissant du champ d'application de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO, le Message du Conseil fédéral ne dit pas si cette disposition peut aussi être invoquée dans les rapports entre plusieurs personnes soumises à une responsabilité dans la révision.¹⁵⁷ Au vu notamment du but poursuivi par cette nouvelle règle¹⁵⁸ et de son libellé, lequel oppose « les personnes soumises à une

¹⁴⁸ Böckli/Bühler (n. 43), 257. Voir également CR CO II-Corboz (n. 28), art. 759, N 30 et Hablützel (n. 15), 209 s.

¹⁴⁹ Cf. *supra* IV.2.2.3 *in fine*.

¹⁵⁰ Böckli/Bühler (n. 43), 257.

¹⁵¹ Böckli/Bühler (n. 43), 258; Roland Müller, *Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates*, in Geiser/Münch (édit.), *Handbücher für die Anwaltspraxis*, Bâle/Genève/Munich 1999, N 17.76.

¹⁵² Müller (n. 151), N 17.76.

¹⁵³ Böckli/Bühler (n. 43), 258.

¹⁵⁴ *Hohl* (n. 135), N 622. La dénonciation d'instance « classique » (« *einfache Streiverkündung* », art. 78 à 80 CPC), dans ses effets réglée essentiellement par le droit matériel, est déjà connue de la plupart des procédures cantonales (FF 2006, 6896 s.). A la différence de l'appel en cause, le dénoncé est seulement invité (mais n'est pas obligé) à participer au procès aux côtés du dénonçant (art. 79 al. 2 CPC) et ne devient qu'une partie accessoire (FF 2006, 6897). Par ailleurs, bien que le jugement rendu contre la partie principale lie en principe aussi le dénoncé, en ce sens que, sauf circonstances particulières (voir l'art. 80 *cum* art. 77 CPC), il doit se laisser opposer les motifs et le dispositif de ce jugement, celui-ci ne déploie pas l'effet de chose jugée à proprement parler à l'égard du dénoncé. Voir notamment *Berger/Güngerich* (n. 146), § 8 N 475 et les références citées en note de bas de page 30. Voir aussi *Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer*, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3^{ème} édition, Zurich 1997 et 2000, § 47 N 4.

¹⁵⁵ Art. 104 s. CPC/GE; art. 83 ss CPC/VD et art. 53 ss CPC/VS. Message, FF 2006, 6897.

¹⁵⁶ Cf. *supra* IV.2.2.3.

¹⁵⁷ Voir aussi les préoccupations comparables de *Luterbacher* (n. 51), 870, en lien avec l'Avant-Projet.

¹⁵⁸ Cf. *supra* IV.1.

responsabilité dans la révision » aux « autres personnes », l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO ne devrait cependant pas être applicable dans l'hypothèse où, à l'exception des réviseurs, il n'y a pas d'« autres personnes » qui répondent du dommage causé. C'est du reste aussi ce que le Message à l'appui du Projet 1983 avait pris la peine de préciser.¹⁵⁹

Cela étant, compte tenu de ce qui précède, lorsque le procès ne se déroule qu'entre le demandeur et le réviseur et à défaut d'appel en cause, le juge pourrait-il estimer que le dommage a été causé exclusivement par ce dernier et, partant, lui refuser le bénéfice de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO? Ou, au contraire, suffira-t-il à l'organe de révision de thématiser et de rendre vraisemblables les manquements commis par d'autres personnes (notamment des membres du conseil d'administration ou de la direction)¹⁶⁰ pour se prévaloir des tempéraments qui résultent de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO?

2.3.2 Actions récursoires

2.3.2.1 En général

Dans la mesure où l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO, en cas de négligence, limite la responsabilité de l'organe de révision au montant auquel il serait finalement tenu à la suite des recours internes (art. 759 al. 3 CO), on doit se demander s'il restera encore de la place pour d'éventuelles actions récursoires.

Il est regrettable que le Message n'apporte aucun élément de réponse à ces questions, qu'il n'évoque d'ailleurs même pas.

A notre sens, ainsi qu'il a déjà été relevé ci-dessus,¹⁶¹ compte tenu du fait que les rapports internes décidés « virtuellement » par le juge (dans le cadre du procès principal ayant opposé le réviseur au demandeur) ne déploient pas l'effet de chose jugée à l'égard des autres coresponsables s'ils n'étaient pas eux aussi parties à la procédure, il apparaît que l'organe de révision n'est pas à l'abri d'éventuelles actions récursoires, et cela même dans l'éventualité où il aurait déjà acquitté les dommages-intérêts aux-

quels le tribunal l'a condamné, en vertu de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO.

Même si l'addition des montants que le réviseur pourrait être appelé à devoir supporter dans le procès (principal) contre le lésé, d'une part, puis dans le contexte de l'action récursoire, d'autre part, devrait logiquement rester inférieur à la somme qui peut lui être réclamée en vertu du régime actuel de la solidarité différenciée (art. 759 al. 1 CO), il ne reste pas moins que la situation décrite ci-dessus n'est pas satisfaisante, notamment sous l'angle de l'économie de procédure et de la sécurité du droit.

Au vu de ce qui précède, il paraît indispensable que les conséquences procédurales de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO soient analysées de façon approfondie en marge des délibérations parlementaires, afin que les doutes qui subsistent en cette matière reçoivent une *réponse législative claire*.¹⁶²

Il est vrai que l'appel en cause permet, d'une certaine façon, de contourner les problèmes soulevés par la nouvelle réglementation.¹⁶³ On rappelle cependant que cette institution n'est pas sans présenter de risques pour l'organe de révision, lequel n'aura pas forcément intérêt à ce que les autres coobligés deviennent des parties au procès qui l'oppose au demandeur.¹⁶⁴ Par ailleurs, si le lésé choisit de n'actionner que le réviseur, par opportunisme ou pour toute autre raison, il y aurait quelque chose de choquant à ce que ce dernier, soucieux d'éviter un éventuel procès récursoire subséquent, soit, en définitive, contraint d'appeler en cause les coresponsables et supporter les risques et inconvénients que cela comporte.

Pour être complet, on relèvera d'ailleurs que l'hypothèse inverse, où l'organe de révision engage une action récursoire contre les autres coresponsables, ne paraît a priori pas exclue non plus par l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO. Aussi, on pourrait par exemple imaginer qu'un réviseur, déçu par la tournure du procès l'ayant opposé au demandeur, tente, au moyen d'une telle action, de récupérer auprès des autres coobligés

¹⁵⁹ Message, FF 1983, 872: « [...] la règle prévue à l'article 759, 2^e alinéa, ne concerne que le rapport entre la responsabilité pour la révision et la responsabilité pour l'administration, la gestion et la liquidation; la responsabilité solidaire de plusieurs réviseurs est régie par les principes généraux ». Voir aussi *Lei Ravello* (n. 24), N 417.

¹⁶⁰ Cf. *supra* IV.2.2.3.

¹⁶¹ Cf. *supra* IV.2.2.3 et note de bas de page 137.

¹⁶² Les problèmes procéduraux que soulève l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO ont visiblement échappé au Conseil des Etats, puisque celui-ci, suivant en cela sa commission juridique, a adhéré au Projet 2007 sans émettre la moindre réserve (BO CE 2009, 712).

¹⁶³ Cf. *supra* IV.2.2.4 et sous note de bas de page 150.

¹⁶⁴ Cf. *supra* sous note de bas de page 151. *Moins différenciés*, *Böckli/Bühler* (n. 43), 269.

une partie des dommages-intérêts qu'il a déjà payés au lésé.¹⁶⁵

Cela étant, compte tenu du fait que les coobligés pourraient avoir tendance à se « liguier » contre lui dans la procédure récursoire, l'organe de révision devrait se montrer prudent avant d'entreprendre une telle démarche,¹⁶⁶ d'autant que les rapports internes fixés « virtuellement » dans le premier procès, dépourvus de l'effet de chose jugée,¹⁶⁷ pourraient être revus par le tribunal en sa défaveur (« *reformatio in pejus* »).

2.3.2.2 En particulier dans l'hypothèse d'une transaction conclue avec le réviseur

Les difficultés évoquées dans le paragraphe précédent¹⁶⁸ se posent *mutatis mutandis* dans l'hypothèse – fréquente dans la pratique¹⁶⁹ – où le réviseur conclut une transaction avec le demandeur dans le but d'échapper à un procès, sinon à une condamnation judiciaire.

En effet, à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, une convention d'accord passée avec l'un des codébiteurs ne libère pas nécessairement les autres coresponsables ; il s'agit là d'une question d'interprétation de la volonté des parties et des circonstances du cas d'espèce (art. 147 al. 2 CO).¹⁷⁰

Autrement dit, à défaut de libération générale de tous les débiteurs, le lésé qui conclut une transaction avec l'organe de révision conserve un droit au paiement du solde de sa créance à l'égard des autres coobligés.¹⁷¹ Si ces derniers sont effectivement re-

cherchés par le lésé pour le solde de sa créance, le réviseur pourrait faire l'objet d'une prétention récursoire¹⁷² et, partant, s'expose à devoir payer un montant supplémentaire, à tout le moins à concurrence de la part qui lui échoit dans les rapports internes.¹⁷³ L'art. 759 al. 1^{bis} P-CO ne lui est d'aucun secours à cet égard,¹⁷⁴ au fond, la situation est identique à celle décrite ci-dessus.¹⁷⁵ L'action récursoire suppose cependant que le codébiteur qui en est à l'origine ait lui-même dû payer au-delà de sa propre part.¹⁷⁶

Afin d'écarter ou, à tout le moins, réduire¹⁷⁷ substantiellement le risque d'éventuels procès récursoires dirigés contre l'organe de révision, ce dernier devrait notamment insister pour que le lésé s'engage, dans la convention, à plafonner ses éventuelles prétentions envers les autres codébiteurs aux montants dont ils répondent dans les relations internes (art. 759 al. 3 CO).¹⁷⁸

¹⁶⁵ Selon les circonstances, le fait que les coresponsables n'aient pas été impliqués dans le procès contre le demandeur pourrait cependant constituer un avantage pour l'organe de révision, notamment s'il parvient à déplacer la faute sur eux. Voir aussi *Böckli/Bühler* (n. 43), 250, ainsi que *Pfeifer* (n. 111), 16 s. et 22.

¹⁶⁶ Cf. *supra* sous note de bas de page 152.

¹⁶⁷ Cf. *supra* sous note de bas de page 135.

¹⁶⁸ Cf. *supra* IV.2.3.2.1.

¹⁶⁹ *Müller* (n. 151), N 17.10 et 17.40 ; voir aussi *Forstmoser/Sprecher/Töndury* (n. 36), N 318.

¹⁷⁰ ATF 133 III 116 consid. 4.2 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.27/2003 du 26 mai 2003 consid. 3.5.2, reproduit in SJ 2003 I 597 ; *Forstmoser/Sprecher/Töndury* (n. 36), N 170 ; *Hablützel* (n. 15), 229 ; *Isler* (n. 30), 203 s. ; *Vogt* (n. 20), 50 s. ; BSK OR II-*Widmer/Gericke/Waller* (n. 27), art. 759, N 9. Sur ces questions, voir aussi *Benoît Chappuis*, Pluralité des responsables et transaction, in Werro (édit.), La pluralité des responsables, Berne 2009, 138 ss.

¹⁷¹ *Chappuis* (n. 170), 131 et 133 ; *Vogt* (n. 20), 51.

¹⁷² En effet, ainsi que le souligne *Chappuis* (n. 170), 136, « [...] la transaction conclue entre le créancier et l'un des débiteurs ne peut pas faire perdre des droits aux autres débiteurs, ni péjorer leur situation juridique. En particulier, la transaction ne peut pas les priver de leur action récursoire contre le débiteur qui a conclu la transaction ». Voir ATF 133 III 116 consid. 4.2 ; CR CO II-*Corboz* (n. 28), art. 759, N 35 ; *Müller* (n. 151), N 17.64. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.358/2005 du 12 février 2007 consid. 4.6 (considérant non publié aux ATF 133 III 116).

¹⁷³ *Chappuis* (n. 170), 133 s. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 4P.284/2005 du 1^{er} février 2006 consid. 4.4.2, où notre Haute Cour relève que « [...] les effets d'une transaction passée entre le lésé et l'un des coresponsables sur l'action récursoire d'un autre coresponsable envers ce dernier constituent un problème délicat de la solidarité ».

¹⁷⁴ *Böckli/Bühler* (n. 43), 251 s. ; *Vogt* (n. 20), 48.

¹⁷⁵ Cf. *supra* IV.2.3.2.1.

¹⁷⁶ L'art. 148 al. 2 CO dispose en effet que « celui qui paie au-delà de sa part a, pour l'excédent, un recours contre les autres ». Voir ATF 133 III 116 consid. 4.2 ; *Hoffmann-Nowotny/von der Crone* (n. 34), 267 s.

¹⁷⁷ L'insolvabilité de l'un des codébiteurs, dont la part devrait être supportée par les autres, demeure en effet réservée (art. 148 al. 3 CO) ; voir *Hablützel* (n. 15), 231 ; BSK OR I-*Schnyder* (n. 126), art. 148, N 5 et *infra* IV.3.

¹⁷⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.358/2005 du 12 février 2007 consid. 4.6 (considérant non publié aux ATF 133 III 116) ; *Forstmoser* (n. 13), N 371, note de bas de page 680 ; *Hoffmann-Nowotny/von der Crone* (n. 34), 267 ; *Isler* (n. 30), 204 ; *Vogt* (n. 20), 51. Voir aussi *OFK-Bertschinger* (n. 43), art. 759, N 12.

3. La nouvelle réglementation aboutira-t-elle aux résultats escomptés ?

Comme indiqué précédemment,¹⁷⁹ l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO va dans le bon sens. Le Projet 2007 a également le mérite d'avoir, d'une part, essayé d'identifier les raisons pour lesquelles les réviseurs sont devenus la cible privilégiée d'actions en responsabilité au cours de ces dernières années et, d'autre part, commenté une grande partie des propositions faites en marge de la procédure de consultation.¹⁸⁰

Cela étant, les incertitudes en lien avec l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO sont encore trop nombreuses¹⁸¹ pour que l'on puisse, à ce stade, livrer un quelconque pronostic sur les effets probables que cette disposition pourrait emporter dans la pratique. La doctrine est partagée.¹⁸²

Selon nous, nonobstant la nouvelle réglementation, les réviseurs pourraient, à l'avenir aussi, rester une cible privilégiée pour les plaideurs, au vu notamment de leur capacité financière plus importante et leur couverture en assurance responsabilité civile.

Ainsi que le relève *Haller*,¹⁸³ cette tendance pourrait d'ailleurs encore s'accroître. Le législateur a en effet récemment introduit l'obligation, à la charge des entreprises de révision appelées à fournir leurs prestations à des sociétés ouvertes au public,¹⁸⁴ de disposer d'une couverture d'assurance d'un montant minimum oscillant entre 1 et 5 millions de francs, selon l'ampleur de leurs honoraires annuels de révision (art. 9 al. 1 lit. c LSR¹⁸⁵ cum art. 11 al. 2 de l'OSrev¹⁸⁶),¹⁸⁷ étant entendu que, dans la pratique, ces seuils sont souvent très largement dépassés. Les exigences étendues fixées par les art. 4 et 5 LSR en matière de formation et de pratique professionnelles

risquent vraisemblablement aussi de conduire à un durcissement de la responsabilité des réviseurs, notamment au stade de l'appréciation des manquements qui leurs sont reprochés.¹⁸⁸

Par ailleurs, on rappelle qu'en l'état actuel des choses,¹⁸⁹ le réviseur n'est pas à l'abri d'éventuelles actions récursoires et, partant, s'expose à devoir « passer à la caisse » une seconde fois, nonobstant le paiement, à l'issue d'une procédure judiciaire ou dans une transaction conclue avec le demandeur, du montant auquel il serait tenu à la suite d'un recours (art. 759 al. 1^{bis} P-CO).

La portée de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO pourrait en définitive aussi dépendre de la situation financière des autres personnes censées répondre du dommage, aux côtés de l'organe de révision.¹⁹⁰ En effet, conformément au régime ordinaire, l'insolvabilité de l'un des coobligés est un élément qui doit être pris en compte par le juge au stade de la détermination du montant auquel le réviseur serait tenu dans les rapports internes (art. 759 al. 3 CO).¹⁹¹

L'art. 148 al. 3 CO dispose à cet égard que « *ce qui ne peut être récupéré auprès de l'un [des codébiteurs] se répartit par portions égales entre tous les autres* ». La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par « *portions égales* », notamment dans le contexte des actions en responsabilité.¹⁹²

Une partie de la doctrine,¹⁹³ imitée par le Tribunal fédéral,¹⁹⁴ se contente de renvoyer à l'art. 148 al. 3 CO, sans autre explication, et suggère ainsi que la répartition doit se faire en parts égales.¹⁹⁵ Selon la doctrine majoritaire, toutefois, la part d'un coresponsable insolvable doit se répartir entre les autres

¹⁷⁹ Cf. *supra* sous note de bas de page 109.

¹⁸⁰ *Haller* (n. 48), N 276.

¹⁸¹ Cf. *supra* IV.2.2.

¹⁸² *Bahar/Trigo Trindade* (n. 73), 153; *Haller* (n. 48), N 276. Plus optimistes *Böckli/Bühler* (n. 43), 268 ss; *Widmer/Camponovo* (n. 47), 112 ss; *les mêmes* (n. 55), 1001 s.

¹⁸³ Pour le tout, *Haller* (n. 48), N 277. Voir également *Böckli/Bühler* (n. 43), 266 s.

¹⁸⁴ Au sens de l'art. 727 al. 1 ch. 1 CO.

¹⁸⁵ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (RS 221.302, LSR).

¹⁸⁶ Ordonnance du 22 août 2007 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (RS 221.302.3, OSRev).

¹⁸⁷ Certains auteurs estiment que le principe même de l'assurance est contraire également à l'effet de prévention recherché par le système de la responsabilité de l'organe de révision. Voir notamment *Doralt* (n. 46), 179 et *Stoffel* (n. 82), 133 s.

¹⁸⁸ Ainsi, *Haller* (n. 48), N 277. Voir déjà *supra* sous note de bas de page 69.

¹⁸⁹ Cf. *supra* IV.2.3.2.

¹⁹⁰ *Bahar/Trigo Trindade* (n. 73), 150 s. et 152. Voir aussi *Roberto* (n. 20), 36 s. Cela peut sembler contradictoire, dès lors que la nouvelle réglementation a notamment pour but d'éviter que le réviseur ne soit tributaire de la capacité financière des autres coobligés, cf. *supra* III.1 et note de bas de page 51.

¹⁹¹ CR CO II-*Corboz* (n. 28), art. 759, N 40. Voir aussi *Bahar/Trigo Trindade* (n. 73), 152.

¹⁹² *Vogt* (n. 20), 56 s.

¹⁹³ *Bärtschi* (n. 16), 121, spéc. note de bas de page 602; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (n. 45), § 36 N 111. En lien avec l'art. 148 al. 3 CO, pour une répartition par « têtes », BSK OR I-*Schnyder* (n. 126), art. 148, N 5.

¹⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.252/2002 du 4 novembre 2002, consid. 3.2.2.2.

¹⁹⁵ *Vogt* (n. 20), 57.

conformément à la clé d'allocation interne, c'est-à-dire au *pro rata* de leurs responsabilités respectives.¹⁹⁶

Certes, dans l'hypothèse où l'organe de révision est le seul à avoir été actionné par le demandeur, le juge n'aura que rarement connaissance de l'insolvabilité de l'un des autres coobligés, à moins que ce fait soit notoire ou établi par le lésé. De son côté, le réviseur n'a évidemment aucun intérêt à en informer le tribunal, puisque, comme indiqué,¹⁹⁷ cela ne ferait qu'accroître le montant du dommage susceptible d'être mis à sa charge, même en application de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO.

C'est donc généralement au stade d'un éventuel procès subséquent, intenté par le demandeur contre les autres coresponsables, qu'apparaîtra l'éventuelle insolvabilité de l'un d'entre eux. Avec pour conséquence que la quote-part du réviseur au montant qui ne peut être récupéré auprès du débiteur défaillant pourrait lui être réclamée, par les autres coobligés, par le biais d'une action récursoire.

Ces explications confirment, au demeurant, que l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO n'empêchera pas les coresponsables de se retourner contre l'organe de révision à chaque fois qu'ils n'étaient pas partie à la procédure entre le réviseur et le lésé, puisque, comme exposé ci-dessus,¹⁹⁸ les rapports internes qui sont fixés « virtuellement » par le juge, en application de la disposition précitée, ne déploient pas l'effet de chose jugée à leur égard.

4. Illustrations chiffrées des effets probables de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO

4.1 Donnée de base

Afin de mieux saisir en quoi et dans quelle mesure la situation de l'organe de révision sera modifiée avec l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO, en comparaison du régime actuel de la solidarité différenciée, il nous paraît opportun, en guise de synthèse, d'illustrer le mécanisme de

la nouvelle réglementation au moyen des exemples chiffrés qui suivent. Ces exemples serviront aussi à mettre en évidence quelques-unes des faiblesses de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO, évoquées ci-dessus.¹⁹⁹

Supposons une société S, dont le conseil d'administration est composé de trois membres, A (administrateur-délégué), B et C. R est réviseur.

En raison d'un avis tardif du surendettement de S (art. 725 al. 2, 728c al. 3 et 729c CO), les créanciers de cette dernière ont subi un dommage de CHF 150 000. R n'a agi que par négligence.

Dans les *rappports externes*, où la faute des coresponsables est considérée pour elle-même,²⁰⁰ A répond de la totalité du dommage, soit CHF 150 000. B et C répondent pour CHF 100 000 chacun, alors que la responsabilité de R atteint tout de même CHF 80 000. La couverture potentielle dont dispose le lésé ascende donc, en l'espèce, à CHF 430 000.

Dans les *relations internes*, en revanche, les fautes respectives des coresponsables font l'objet d'une pondération. Ainsi qu'il a été relevé plus haut,²⁰¹ le juge risque toutefois d'aboutir à des résultats différents selon que cette pondération est le fruit d'une réflexion « virtuelle » ou, au contraire, si elle est effectuée dans le cadre d'un procès auquel toutes les personnes concernées peuvent participer (offres de preuve, détermination sur les allégations des autres parties, etc.).

4.2 Situation selon le droit actuel

Conformément à la solidarité différenciée découlant de l'art. 759 al. 1 CO, le lésé peut rechercher R à concurrence de CHF 80 000, correspondant à son « plafond individuel de solidarité ». ²⁰² Il peut évidemment actionner R conjointement avec A, B et C, notamment s'il entend profiter de l'« *Überschussdeckung* » qui résulte pour lui de la solidarité entre les défendeurs.

A la suite de l'action récursoire, admettons que la responsabilité se répartit comme suit entre les coobligés : A, dont la faute est la plus lourde, répond pour CHF 80 000. B et C doivent CHF 25 000 chacun. R est tenu du dommage à concurrence de CHF 20 000.

¹⁹⁶ *Andreas Binder/Vito Roberto*, in Amstutz et al. (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zurich 2007, art. 759, N 13; CR CO II-*Corboz* (n. 28), art. 759, N 40; *Rusconi* (n. 26), 498; *Stoffel* (n. 15), 123; *Thévenaz* (n. 24), 523; *Vogt* (n. 20), 57. Apparemment dans ce sens également, *Bahar/Trigo Trindade* (n. 73), 151 et *Tercier* (n. 26), 82. Du même avis, en lien avec l'art. 148 al. 3 CO, *Isabelle Romy*, in *Commentaire romand, Thévenoz/Werro* (édit.), Code des obligations I, Bâle 2003, art. 148, N 18.

¹⁹⁷ Cf. *supra* sous note de bas de page 192.

¹⁹⁸ Cf. *supra* IV.2.2.3.

¹⁹⁹ Cf. *supra* IV.2.

²⁰⁰ Cf. *supra* sous note de bas de page 39.

²⁰¹ Cf. *supra* IV.2.2.3 *in fine*.

²⁰² Cf. *supra* sous note de bas de page 38.

4.3 Situation selon la nouvelle réglementation

A l'avenir, sous l'empire de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO, R pourra être recherché uniquement à concurrence du montant auquel il serait tenu « à la suite d'un recours ».

Dans l'hypothèse où le demandeur actionne simultanément A, B, C et R, il ne semble pas déraisonnable d'admettre que la responsabilité de R sera plafonnée à CHF 20 000, ce qui correspond au montant évoqué ci-dessus dans le cadre de l'action récursoire.²⁰³ On le voit, la nouvelle réglementation permet notamment à R de se prévaloir, déjà au stade des rapports externes, des particularités qui caractérisent la position qu'il occupe au sein de la société S.²⁰⁴

Dans le cas où le lésé n'actionne que R, il n'est pas exclu que ce dernier, qui se défend habilement, notamment en se déchargeant un maximum sur A, B et C, parvienne à convaincre le juge qu'il y a lieu d'arrêter sa propre responsabilité à CHF 10 000 dans les relations « virtuelles » internes, celle de A à CHF 80 000, B et C à CHF 30 000 chacun.

Or, si le demandeur agit contre A, B et C dans un procès subséquent, pour le solde de sa créance (CHF 150 000–10 000 = CHF 140 000), ces derniers pourraient choisir de se retourner contre R, lequel s'expose à devoir leur payer un montant supplémentaire dans le procès récursoire, à tout le moins à concurrence de la part qui lui échoit dans les rapports internes, soit vraisemblablement à concurrence de CHF 20 000 dans le cas d'espèce. Cela s'explique par le fait que, comme exposé précédemment,²⁰⁵ les rapports internes déterminés « virtuellement » ne déploient pas l'effet de chose jugée et, partant, ne sont pas opposables aux autres coobligés en marge d'une action récursoire subséquente.

V. Conclusion

La solidarité entre l'organe de révision et les organes dirigeants est un sujet sensible, qui divise la doctrine.

Certains auteurs, s'appuyant notamment sur le rôle secondaire et la position atypique du réviseur au sein de la société, souhaiteraient limiter autant que possible son exposition aux risques et conséquences d'une action en dommages-intérêts. D'autres auteurs estiment, en revanche, que toute solution consistant à réduire, sinon abolir, la solidarité de l'organe de révision revient à le faire bénéficier d'un privilège injustifié, au détriment notamment du conseil d'administration et des membres de la direction.

Par souci de compromis, le Projet 2007, lequel s'inspire très largement de la solution qui avait été proposée dans le cadre du Projet 1983,²⁰⁶ se situe à mi-chemin entre ces deux pôles et, inévitablement, ne répondra pas à toutes les attentes.

Quoi qu'il en soit, comme indiqué précédemment, nous sommes d'avis que l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO va dans le bon sens,²⁰⁷ d'autant qu'il se distancie, à juste titre, de la solution du plafonnement chiffré qui avait été proposée dans le cadre de l'Avant-Projet.²⁰⁸

Cela étant, les quelques éléments exposés ci-dessus²⁰⁹ démontrent que la réglementation proposée à l'appui du Projet 2007 n'a pas encore atteint un degré de maturité suffisant. Vraisemblablement sous-estimées par le Conseil fédéral, de nombreuses questions, liées principalement à la mise en œuvre ainsi qu'aux effets procéduraux de l'art. 759 al. 1^{bis} P-CO, doivent à tout prix être éclaircies en marge des travaux parlementaires et, si nécessaire, complétées par des dispositions appropriées. Il en va de l'efficacité de la nouvelle réglementation.

²⁰³ Cf. *supra* IV.4.2.

²⁰⁴ Cf. *supra* sous note de bas de page 58.

²⁰⁵ Cf. notamment *supra* sous note de bas de page 135 et IV.2.3.2.1.

²⁰⁶ Cf. *supra* IV.1.

²⁰⁷ Cf. *supra* sous note de bas de page 109.

²⁰⁸ Cf. *supra* III.2.

²⁰⁹ Cf. *supra* IV.2.2, spéc. IV.2.2.3.