



Philippe Jacquemoud / Clément Bouvier\*

## Le devoir d'information de l'acheteur envers le vendeur

Tour d'horizon des obligations et des conséquences d'une violation



### Table des matières

- I. Introduction
- II. Identification des devoirs en présence
  - 1. Relation de Vente
    - 1.1 Contrat de vente
    - 1.2 Devoirs précontractuels
    - 1.3 Absence de devoir d'information dans la Relation de Vente
  - 2. Rapport de base
    - 2.1 Généralités
    - 2.2 Rapport de Base découlant d'une relation contractuelle
    - 2.3 Rapport de Base découlant du droit des sociétés
  - 3. Synthèse
- III. Chefs de responsabilité
  - 1. Rapport de Base
    - 1.1 Introduction
    - 1.2 Responsabilité de l'organe dans l'administration et la gestion (754 CO)
  - 2. Relation de Vente
    - 2.1 Légitimation
    - 2.2 Violation du contrat
    - 2.3 Faute
    - 2.4 Dommage
    - 2.5 Causalité
  - 3. Responsabilité délictuelle
    - 3.1 Dol (art. 28 CO)
    - 3.2 Responsabilité résultant d'actes illicites (41 CO)
      - a. Définition et conditions
      - b. Conséquence de l'acte illicite
- IV. Conclusion

### I. Introduction

En règle générale, dans le cadre d'une vente, le vendeur et l'acheteur n'ont pas de lien juridique particulier préexistant. La relation juridique entre les parties se crée à l'ouverture des pourparlers qui sont soumis à des règles précontractuelles générales. Une fois le contrat de vente conclu, les droits et obligations des parties relèvent principalement du droit de la vente (la « **Relation de Vente** »).

Il existe toutefois des cas où les parties sont, avant la conclusion du contrat de vente, soit préalablement à la Relation de Vente, liées par un rapport juridique préexistant, d'une autre nature que celle-ci. Ce rapport peut notamment découler d'une relation de mandat, (entre un mandant et son mandataire), d'un contrat de bail (entre un bailleur et un locataire), du droit des sociétés (entre une société et l'un de ses organes) ou de pléthore d'autres relations juridiques diverses et variées (le « **Rapport de Base** »).

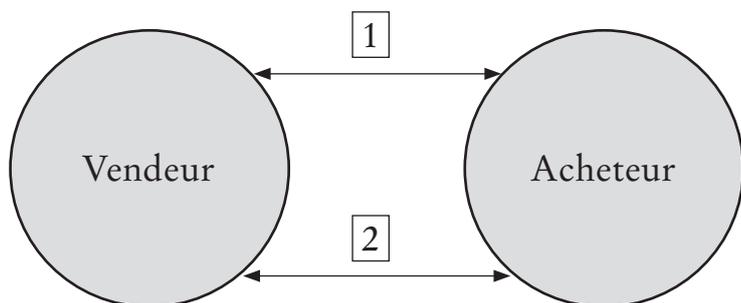
Notre droit pose assez clairement les devoirs d'information qui incombent au vendeur dans la Relation de Vente. Leur violation permet à l'acheteur de faire valoir sans restriction son action en garantie. En revanche, il est muet quant au devoir d'information de l'acheteur vis-à-vis du vendeur. En d'autres termes, la Relation de Vente ne crée pas de devoirs particuliers d'information de l'acheteur envers le vendeur.

Nous sommes toutefois d'avis qu'un Rapport de Base peut créer une obligation accrue d'information de l'acheteur envers le vendeur. Le Rapport de Base rayonne en quelque sorte sur la Relation de Vente. Il est par exemple possible que l'acheteur détienne des informations qu'il serait tenu de divulguer au vendeur en vertu de ses obligations découlant du Rapport de Base, alors qu'en l'absence de Rapport de Base, la Relation de Vente ne lui imposerait pas un tel devoir de transparence.

L'information dont notre analyse traite est celle qui (i) est connue de l'acheteur, (ii) « privilégiée » de sorte que seul l'acheteur en a connaissance à l'exclusion du vendeur, et (iii) est « pertinente » de sorte qu'elle influence directement le prix de la vente (p.ex. l'acheteur a déjà conclu une transaction avec un tiers pour un meilleur prix que celui négocié avec le vendeur) (l'« **Information Caractérisée** »). Nous ne traitons pas ici d'autres informations dont pourrait avoir connaissance l'acheteur.

Nous relevons à ce stade qu'en matière de marchés des capitaux, les dispositions relatives à l'*insider trading* interdisent l'utilisation d'« informations d'initié ». Cette notion est définie à l'art. 2 let. j LIMF comme « toute information confidentielle dont la divulgation est susceptible d'influencer le cours de valeurs mobilières admises

\* Philippe Jacquemoud, LL.M. (Columbia), Avocat Jacquemoud Stanislas; Clément Bouvier, Avocat Lenz & Staehelin.



1. Rapport de Base : position de « garant »
  - Droit des sociétés (Organe)
  - Contrat de mandat
  - Contrat de bail
  - ...
2. Relation de Vente : contrat de vente

à la négociation sur une plate-forme de négociation en Suisse ». Le délit d'initié est puni pénalement par le droit suisse (art. 154 LIMF), notamment lorsqu'une personne qui agit en qualité d'organe ou de membre d'un organe de direction exploite des informations d'initié pour acquérir ou aliéner des valeurs mobilières ou pour recommander à un tiers l'achat ou la vente de ces valeurs mobilières, à condition que l'auteur ait obtenu un avantage patrimonial pour lui-même ou pour un tiers. Cela dit, la violation des dispositions sur l'*insider trading* n'ont, en tant que telles, pas d'effets directs sur le plan civil<sup>1</sup>.

Cette contribution ne traitera pas spécifiquement de la problématique des effets de l'*insider trading* sur la Relation de Vente. Toutefois, nous verrons (cf. *infra* II.2.3) que les devoirs des organes leur interdisent d'utiliser abusivement une information qu'ils détiennent en raison de leur position au sein de la société<sup>2</sup> ou qui entre en conflit avec les intérêts de la société. A cet égard, l'interdiction d'un délit d'initié est couverte par l'art. 717 CO et peut entraîner une violation de cette disposition<sup>3</sup> avec des conséquences sur la Relation de Vente, ceci pour autant que certaines conditions soient remplies.

Afin d'établir l'existence et le cas échéant l'étendue du devoir de l'acheteur envers le vendeur de lui divulguer une Information Caractérisée, nous commencerons par rappeler les principales dispositions topiques régissant le droit à l'information au titre du contrat de vente et des devoirs précontractuels qui existent indépendamment d'un Rapport de Base (cf. *infra* II.1). Nous tenterons plus loin de caractériser le Rapport de Base (cf. *infra* II.2). A ce titre, nous examinerons plus en détail le

cas fréquent d'un administrateur détenant une Information Caractérisée en mettant en exergue les devoirs qui lui incombent. Finalement, nous présenterons les conséquences de la violation par l'acheteur et/ou l'administrateur de ses obligations et les moyens du vendeur pour les tenir responsables de son dommage (cf. *infra* III). Cette contribution n'a pas vocation à traiter des aspects pénaux et éventuellement administratifs liés au sujet.

## II. Identification des devoirs en présence

### 1. Relation de Vente

Outre les normes légales découlant de la partie générale du code des obligations (art. 1ss CO) et les normes légales spéciales applicables au droit de la vente (art. 184 ss CO) (cf. *infra* II.1.1), certains devoirs précontractuels s'imposent aux parties à un contrat de vente (cf. *infra* II.1.2) nonobstant l'existence d'un Rapport de Base.

#### 1.1 Contrat de vente

Les dispositions générales du contrat de vente et d'échange et celles de la vente mobilière sont succinctes s'agissant des devoirs de l'acheteur. Elles requièrent que l'acheteur (i) paie au vendeur le prix de vente et (ii) accepte la chose vendue<sup>4</sup>. Certains auteurs énumèrent deux obligations supplémentaires<sup>5</sup>, soit (iii) celle d'accomplir les actes préparatoires nécessaires pour que le vendeur puisse exécuter son obligation de livrer la chose, sous peine de se trouver en situation de demeure selon les art. 91 ss CO<sup>6</sup>, et (iv) celle de respecter des règles de comportement protégeant les intérêts du vendeur. Il s'agit par exemple du devoir de conserver une chose défectueuse<sup>7</sup> ou de vendre une chose sujette à prompt détérioration<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> La nullité (20 al. 1 CO) ou l'erreur essentielle (23 CO) ne rentrent pas en compte (ATF 110 II 293 consid. 5). Cela étant, dans le cas particulier de transactions bilatérales (*face-to-face*), le vendeur lésé pourrait invoquer un dol (28 CO ; uniquement dans le cas d'un *Sekundärinsider*) ou une *culpa in contrahendo*, notamment si les parties étaient liées par une relation d'affaires avant la conclusion du contrat. Dans ce cas précis, il y a possibilité de réclamer des dommages-intérêts sur la base de l'art. 97 CO et les normes de la responsabilité contractuelle (ROLF SETHE/LUKAS FAHRLÄNDER, Art. 154 FinfraG, in : Sethe/Favre/Hess/Kramer/Schott (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfraturgesetz FinfraG, Schulthess Kommentar, Zurich/Basel/Genf 2017).

<sup>2</sup> ZK-HOMBURGER, Art. 717 OR N 917 ss.

<sup>3</sup> ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2014, p. 281.

<sup>4</sup> Art. 184 al.1 CO *in fine*; BSK OR I-KOLLER, Art. 211 N 1 ss ; Art. 211 Abs. 1 ; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5<sup>e</sup> éd., Genève/Bâle/Zurich 2016 n° 847 ss.

<sup>5</sup> MÉLANIE MADER, Contrats de droit suisse, Berne 2012, n° 171-189 et n° 190-192.

<sup>6</sup> MADER (FN 5), n° 194.

<sup>7</sup> Art. 214 al. 1 CO.

<sup>8</sup> Art. 204 al. 3 CO.

La violation d'une de ces dispositions peut entraîner une obligation de réparer le dommage subi par le vendeur<sup>9</sup>. Mis à part ces quelques obligations spécifiques, les dispositions légales régissant le contrat de vente ne consacrent aucune obligation particulière d'information de l'acheteur au vendeur<sup>10</sup>.

## 1.2 Devoirs précontractuels

### a. Généralités

L'obligation de se comporter de bonne foi, qui découle de l'art. 2 CC, constitue la source des devoirs précontractuels dans leur ensemble<sup>11</sup>. Celle-ci peut être définie comme l'obligation générale de faire preuve de considération mutuelle, ou plus précisément de l'honnêteté et de la loyauté qu'il est d'usage d'observer dans les affaires<sup>12</sup>. Cette obligation commande aux parties d'agir comme le ferait une personne honnête et respectueuse placée dans les mêmes circonstances<sup>13</sup>. Elle protège les parties de la tromperie et de l'exploitation, leur impose de s'informer sur tous les éléments essentiels pour prendre leur décision<sup>14</sup> et permet d'éviter les transactions fictives<sup>15</sup> ou encore de prévenir les conflits d'intérêts<sup>16</sup>. De manière très générale, le principe de la bonne foi s'applique à toutes les relations d'affaires et constitue une source autonome de devoirs ou d'obligations<sup>17</sup>.

Dans le schéma contractuel classique, la phase précontractuelle débute dès l'ouverture des pourparlers et dure jusqu'à la conclusion du contrat ou la rupture des négociations. Il incombe en principe aux parties de préserver elles-mêmes leurs intérêts respectifs dans le cadre des négociations<sup>18</sup>. En vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties n'ont pas l'obligation de favoriser la conclusion du contrat<sup>19</sup>. Elles se trouvent toutefois dans une situation particulière lorsqu'elles mènent des

pourparlers et doivent respecter certaines obligations, notamment celle de négocier conformément à leurs véritables intentions et celle de ne pas compromettre l'objet du contrat<sup>20</sup>. En outre, les parties sont également dans l'obligation de rompre les négociations qui sont vouées à l'échec<sup>21</sup>. L'existence d'une éventuelle obligation de confidentialité est débattue en doctrine<sup>22</sup>.

La responsabilité précontractuelle, ou *culpa in contrahendo*, résulte de la violation de l'une de ces obligations. La nature de la *culpa in contrahendo* reste controversée encore aujourd'hui<sup>23</sup>. Le Tribunal fédéral a longtemps hésité à rattacher la *culpa in contrahendo* à une responsabilité quasi contractuelle<sup>24</sup>, à la responsabilité contractuelle<sup>25</sup> ou à la responsabilité délictuelle<sup>26</sup>. Finalement notre Haute Cour a conclu qu'il s'agissait d'une forme de responsabilité *sui generis* reposant sur l'art. 2 CC<sup>27</sup>, cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance<sup>28</sup>.

Parmi les devoirs précontractuels figurent les devoirs d'information et de renseigner. Après avoir analysé brièvement la source et l'étendue de ces derniers (cf. *infra* II.1.2b), nous étudierons leur sort après la conclusion du contrat (cf. *infra* II.1.2c).

### b. Devoirs d'information et de renseigner

En tant que devoirs de comportement, les devoirs d'information et de renseigner tendent à empêcher une modification défavorable de la situation patrimoniale du créancier. A l'inverse, les véritables devoirs de prestation visent justement à modifier la situation patrimoniale de ce même créancier. Ces devoirs d'information et de renseigner se manifestent d'une part en matière de prestation de service en tant que devoirs contractuels princi-

<sup>9</sup> CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 211 CO n° 13.

<sup>10</sup> BSK OR I-KOLLER, Art. 211 N 1 ss; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 211 CO n° 1 ss; MADER (FN 5), n° 194.

<sup>11</sup> NICOLAS KUONEN, Responsabilité précontractuelle: Analyse historique, étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels, théorie générale en droit suisse, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, 260/2007, n° 1438.

<sup>12</sup> KUONEN (FN 11), n° 1439.

<sup>13</sup> TF 4C.33/2006 du 29 mars 2006, consid. 3.1; GUILLAUME BRAIDI, L'individu en droit de la surveillance financière: Autorisation, obligation et interdiction d'exercer, AISUF – Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, 358/2016, n° 678; CARLO LOMBARDINI, la protection de l'investisseur sur le marché financier, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 502.

<sup>14</sup> Bull. CFB n° 40 (2000), p. 59.

<sup>15</sup> Bull. CFB n° 40 (2000), p. 33.

<sup>16</sup> Bull. CFB n° 47 (2005), p. 168.

<sup>17</sup> KUONEN (FN 11), n° 1444.

<sup>18</sup> ATF 120 II 331, consid. 5a, JdT 1995 I 359; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich/Bâle/Genève 2014, N 1543 s.

<sup>19</sup> NICOLAS ROUILLER, Devoirs précontractuels (Culpa in contrahendo): l'identification exacte de leur violation et ses conséquences, droit suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens, CEDIDAC, Bull n°45, 2006, p. 2.

<sup>20</sup> ATF 105 II 75, consid. 2a; ATF 92 II 328, consid. 3b; ATF 90 II 449, consid. 4; TF 5C\_230/2006 du 22 octobre 2007, consid. 6.2; KUONEN (FN 11), n° 1848 et 1513 ss; ROUILLER (FN 19), p. 2.

<sup>21</sup> KUONEN (FN 11), n° 1485 s.

<sup>22</sup> KUONEN (FN 11), n° 1520.

<sup>23</sup> Pour une responsabilité contractuelle, voir: ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1979, p. 192 s.; BSK OR I-WIEGANG, Intro. art. 97–109 OR, N 10; CR CO I-THÉVENOZ, ad Intro. art. 97–109 CO n° 29; Pour une responsabilité *sui generis* basée basant sur le principe de la confiance: PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10<sup>e</sup> éd., Zurich 2014, N 981 s.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2009, § 28 N 23–24, p. 432 s.; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2016, N 48.07.

<sup>24</sup> ATF 58 II 429, JdT 1933 I 345 (à propos de l'art. 39 CO); ATF 68 II 295 consid. 5 («wie eine Vertragsverletzung»), JdT 1943 I 262.

<sup>25</sup> ATF 90 II 449 consid. 6.

<sup>26</sup> ATF 80 II 26 consid. 4c, JdT 1955 I 136; HUGUENIN (FN 18), N 1532.

<sup>27</sup> ATF 134 III 390, consid. 4.3.2; ATF 121 III 350 consid. 6c, JdT 1996 I 187; ATF 120 II 331 consid. 5a, JdT 1995 I 359.

<sup>28</sup> ATF 134 III 390 consid. 4.3.2 et 4.3.3: synthèse de la jurisprudence fédérale rendue en la matière; ATF 133 III 449. Plus récent, mais peu clair: TF, 4A.615/2010 du 14 janvier 2010, résumé in: Pichonnaz/Werro (édit.), Contrat de vente immobilière, DC 2011, p. 76 N 190.

poux (notamment dans les contrats de conseil) et peuvent d'autre part intervenir en tant que devoirs contractuels accessoires, comme les devoirs de renseigner dans le cadre des activités des professions libérales (médecin, avocat, architecte, etc.) ou les devoirs d'information accompagnant un échange de biens (indications d'usage pour appareils techniques, notice d'emploi dans le commerce de médicaments, etc.). Enfin, les devoirs d'information et de renseigner peuvent acquérir une signification juridique en matière précontractuelle ou extracontractuelle dans le cadre d'un rapport de confiance, se fondant sur l'injonction d'un comportement loyal conformément à l'art. 2 al. 1 CC<sup>29</sup>.

Dans ce dernier cas de figure, les devoirs de comportement, élaborés dans le cadre de la théorie du « rapport de protection uniforme »<sup>30</sup>, doivent être pris en considération dès la préparation d'un contrat, puis durant les pourparlers contractuels (*culpa in contrahendo*), peuvent perdurer au-delà de l'exécution du contrat (*culpa post contractum finitum*) et obliger ou avantager également des tiers à un contrat, qui sont impliqués de manière factuelle mais non juridique<sup>31</sup>.

La relation de confiance particulière existant dans le cadre de négociations contractuelles implique que chaque partie délivre à l'autre les informations qui pourraient influencer le déroulement des négociations, la conclusion du contrat, les conditions à la conclusion du contrat ainsi que la validité dudit contrat<sup>32</sup>. Les informations à partager portent sur tous les aspects qui revêtent une importance essentielle pour l'autre partie<sup>33</sup> et cette dernière peut exiger qu'on les lui transmette. Cependant, il est fréquent que les parties ignorent quelles informations sont essentielles et ne découvrent leur existence qu'*a posteriori*, lors de l'exécution du contrat<sup>34</sup>. Les informations d'importance capitale doivent donc être fournies de manière spontanée, sans que l'autre partie ne doive les demander<sup>35</sup>. Les parties ont jusqu'à la conclusion du contrat pour remplir leurs obligations précontractuelles, y compris respecter leur devoir d'information<sup>36</sup>.

Cela étant, le principe de la confiance sur lequel reposent les devoirs d'information n'est pas absolu. Il est contrebalancé par le devoir de se renseigner : quiconque a besoin de renseignement doit le faire savoir et chercher à obtenir des informations. Les faits dont la partie adverse peut – et

doit – elle-même prendre connaissance selon les règles de la bonne foi ne relèvent en principe pas du devoir d'information et n'ont pas à être fournis spontanément<sup>37</sup>. En effet, chaque partie est tenue de s'informer et de rechercher elle-même toutes les informations qu'elle estime essentielles<sup>38</sup>. L'art. 26 CO, qui fonde la responsabilité de la partie invalidant le contrat pour une erreur qui lui est imputable, est une mise en application de ce devoir<sup>39</sup>. Accepter trop légèrement un devoir accru d'information de l'acheteur serait à notre sens contraire à la systématique du droit de la vente. Cela doit rester une exception et non la règle. De plus, chaque situation étant unique, les caractéristiques du cas d'espèce sont centrales pour déterminer l'étendue d'un éventuel devoir d'information.

Le devoir de vérité est également un corollaire du devoir d'information. Celui qui donne une information à l'autre partie est tenu de s'assurer que celle-ci est exacte, dans la mesure que l'on peut exiger de lui compte tenu des circonstances<sup>40</sup>. Enfin, certains auteurs mentionnent une obligation de détromper, soit de rectifier l'erreur, lorsqu'une partie remarque que l'autre se trompe involontairement sur un aspect important des négociations ou sur un élément du contrat<sup>41</sup>. En effet, selon les circonstances, le maintien de la partie adverse dans l'erreur par la dissimulation de faits pour lesquels il existerait une obligation d'information, en tant que tromperie passive, relève déjà du champ d'application de l'art. 28 CO, au même titre que la tromperie active<sup>42</sup>.

A la lumière de ce qui prévaut en matière bancaire, où la question a été abondamment discutée par la jurisprudence<sup>43</sup>, l'étendue et la portée de l'obligation d'in-

<sup>37</sup> WALTER (FN 29), p. 155.

<sup>38</sup> HARTMANN (FN 34), N 49 ; KUONEN (FN 11), n° 1504 ; ROUILLER (FN 19), p. 2 ss.

<sup>39</sup> KUONEN (FN 11), n° 1506.

<sup>40</sup> KUONEN (FN 11), n° 1511.

<sup>41</sup> HUGUENIN (FN 18), N 1544.

<sup>42</sup> TF 4C.348/2006 du 17 janvier 2007, consid. 7.1 ; ATF 132 II 161, consid. 4.1 ; ATF 116 II 431 consid. 3.

<sup>43</sup> En matière bancaire, une obligation spécifique de la banque d'informer son client peut exister avant même la conclusion du contrat. Selon la jurisprudence, dans le cadre d'un contrat où le banquier ne fait qu'exécuter des ordres en bourses, ce dernier n'est tenu ni à un devoir général d'information ni de conseil spontané envers son client concernant un investissement particulier (ATF 133 III 97, consid. 7.1.2, JdT 2008 I 84 ; TF 4A\_593/2015 du 13 décembre 2016, consid. 7.2 ; TF 4C.108/2002 du 23 juillet 2002, consid. 2b). Dans cette hypothèse, la responsabilité personnelle prévaut (TF 4A\_513/2010 du 30 août 2011, consid. 7.1 ; TF 4C.82/2005 du 4 août 2005, consid. 6.2). En revanche, un devoir de mise en garde existe lorsqu'un risque particulier n'a pas été identifié par le client (ATF 133 III 97, consid. 7.1.2, JdT 2008 I 84 ; TF, 4A\_513/2010 du 30 août 2011, consid. 7.1 ; TF 4C.82/2005 du 4 août 2005, consid. 6.2). Il existe également un devoir d'information « lorsque, dans le cadre d'une relation d'affaires durable entre le client et la banque, une confiance particulière s'est installée, au nom de laquelle le client peut de bonne foi s'attendre à des conseils et des avertissements même s'il ne les a pas demandés » (ATF 133 III 97, consid. 7.1.2, JdT 2008 I 84 ; TF 4A\_593/2015 du 13 décembre 2016, consid. 7.2) ou lorsque le client est inexpérimenté, qu'il se fie aux informations que la banque lui donne et que, par ses connaissances bancaires, cette dernière « connaît le danger d'un placement dont le client n'est pas conscient, ou encore lorsqu'elle

<sup>29</sup> HANS PETER WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d'information : 10 ans après, in : Chappuis/Winiger (édit.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 154–155.

<sup>30</sup> Arrêt du TF du 8 juin 1998, in : SJ I 1999 113.

<sup>31</sup> WALTER (FN 29), p. 155.

<sup>32</sup> KUONEN (FN 11), n° 1496.

<sup>33</sup> KUONEN (FN 11), n° 1501.

<sup>34</sup> STEPHAN HARTMANN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung – Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Thèse Fribourg 2001, N 7.

<sup>35</sup> HARTMANN (FN 34), N 7 ; KUONEN (FN 11), n° 1496.

<sup>36</sup> HARTMANN (FN 34), N 9 s.

formation dépendent du degré de reconnaissance et de pertinence des faits connus de manière unilatérale par l’une des parties. Inversement, il n’y a pas d’obligation de fournir des informations si l’on peut supposer de bonne foi que l’autre partie sera en mesure d’apprécier correctement les faits de son propre point de vue. Ceci est d’autant plus vrai si la contrepartie est sophistiquée et/ou représentée. L’obligation accrue de renseigner doit être assumée s’il existe un écart d’information structurel entre les parties en raison de l’expertise ou de la position particulière d’une des parties ou si l’une des parties dispose d’un pouvoir de négociation nettement supérieure à l’autre<sup>44</sup>. Nous y reviendrons lors de l’analyse du Rapport de Base (cf. *infra* II.2).

### c. Théorie de l’absorption

La doctrine reste divisée sur la question de savoir si le rapport de protection uniforme – selon lequel sont soumises au même régime les relations entre parties qui reposent sur un rapport spécial de confiance et de fidélité, qu’elles surviennent avant la passation du contrat, durant son application ou après son extinction<sup>45</sup> – a une destinée légale propre et continue, même pendant que le contrat déploie ses effets ou si les différents devoirs de comportement sont transformés en devoirs contractuels durant cette phase.

Le Tribunal fédéral a adopté la théorie de « l’absorption relative »<sup>46</sup> et considère que lorsque le contrat est conclu, la violation d’un devoir de comportement s’appréhende selon les règles de la responsabilité contractuelle<sup>47</sup>, sous réserve de deux exceptions :

- L’exception légale de l’art. 31 al. 3 CO, qui permet à celui sous l’emprise de dol ou de crainte fondée

d’obtenir des dommages-intérêts malgré la ratification du contrat. Il s’agit donc une exception à la théorie de l’absorption, puisque la prétention en dommages-intérêts est fondée sur la responsabilité précontractuelle<sup>48</sup>, indépendamment du contrat<sup>49</sup>.

- L’exception jurisprudentielle qui prescrit que lorsqu’un contrat a été conclu, mais n’a produit aucun effet juridique, la responsabilité précontractuelle peut trouver application<sup>50</sup>.

En suivant cette approche, la violation des devoirs d’information ne peut tomber sous le coup de la responsabilité pour la confiance ou de la responsabilité précontractuelle que si elle intervient en dehors d’une relation contractuelle.

Toutefois, plusieurs auteurs critiquent l’approche du Tribunal fédéral considérant qu’en cas de concours d’actions, il n’y aurait de place pour la théorie de l’absorption. Ces derniers estiment que les responsabilités contractuelle et précontractuelle sanctionnent en principe des comportements différents et peuvent dès lors coexister<sup>51</sup>.

En définitive, il convient de retenir que la théorie de l’absorption doit être qualifiée d’erratique. Tout en démontrant une relative appétence pour cette théorie, le Tribunal fédéral, qui s’en est d’ailleurs plusieurs fois distancé<sup>52</sup>, ne s’est pas prononcé de manière définitive sur la question<sup>53</sup>.

Cela étant, nous adhérons à la théorie de l’absorption et proposons donc d’analyser ci-après la violation des devoirs d’information sous l’angle de la responsabilité contractuelle (cf. *infra* III.2), la Relation de Vente étant un contexte contractuel. En outre, nous considérons que si le contrat de vente n’est pas conclu, la dissimulation d’une information au niveau des pourparlers ne devrait en principe pas donner lieu à une *culpa in contrahendo*. En effet, si la rupture des pourparlers émane de l’acheteur, nous estimons que celui-ci a, ce faisant, rectifié son erreur d’avoir engagé des négociations ; si elle émane du vendeur il est probable que celui-ci se base sur un autre

se trouve dans un conflit d’intérêts » (TF 4A\_593/2015 du 13 décembre 2016, consid. 7.2). Dans l’hypothèse d’un contrat de mandat entre une banque et son client, celle-ci a l’obligation, au cours des négociations, d’informer son futur client sur les risques concernant les investissements envisagés, leurs coûts ainsi que les honoraires de la banque. De même, un devoir accru d’information incombe à la banque lorsque les investissements envisagés sont hautement spéculatifs et risqués. Le client inexpérimenté doit être renseigné et doit pouvoir comprendre les risques qu’il encourt (ATF 119 II 333, in SJ 1994 130 ; TF 4A\_90/2011 du 22 juin 2011 ; DANIEL A. GUGGENHEIM/ANATH GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire Suisse, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2014, N 812.). L’art. 11 al. 1 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LVBM ; RS 594.1) instaurait une responsabilité précontractuelle pour les négociants (GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 196). Il découle de cette disposition un devoir d’information sur « les risques inhérents à l’instrument financier qui fait l’objet de la transaction ». Cette obligation d’informer doit être exercée spontanément et de manière continue, soit à chaque fois qu’une nouvelle transaction est envisagée par le client (GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 46). Les normes de la loi fédérale sur les services financiers (LSFin ; RS 950.1) sont désormais pertinentes en matière d’obligation d’information.

<sup>44</sup> MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR, SZW 2017, 509 ss.

<sup>45</sup> Arrêt du TF du 8 juin 1998, in SJ I 1999 113.

<sup>46</sup> KUONEN (FN 11), n° 1784 ss.

<sup>47</sup> TF 4C\_82/2005 du 4 août 2005, consid. 7.1 ; KUONEN (FN 11), n° 1785 ; KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Berne 1984, § 101, 382 ; BK-WEBER, OR 97 N 93.

<sup>48</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 41 ss.

<sup>49</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C\_447/1997 du 8 juin 1998, consid. 3a ; KUONEN (FN 11), n° 1786 ; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 31 N 22 ; pour l’exclusion de la prétention en dommages-intérêts en cas de ratification du contrat : MAX KELLER/CHRISTIAN SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Basel 1984, p.166 s. ; VON TUHR/PETER (FN 23), p. 340 ss.

<sup>50</sup> TF 4C\_447/1997 du 8 juin 1998, consid. 3a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 23), N 970 ; KUONEN (FN 11), n° 1787.

<sup>51</sup> KUONEN (FN 11), n°1788 ss ; OLIVIER RISKE, La responsabilité précontractuelle dans le processus d’uniformisation du droit privé européen, Perspectives pour l’ordre juridique suisse – Analyse historique, comparative et prospective, CN – Collection neuchâteloise, 2016, n° 1245 ss.

<sup>52</sup> TF 4C.237/1999 du 4 janvier 2000, c. 2b ; TF 4C.20/2005 du 21 février 2006, c. 4.2.3 ; TF 5C\_45/2004 du 9 juillet 2004, c. 2.2.

<sup>53</sup> RISKE (FN 51), n° 1249.

élément essentiel que l'information dissimulée pour fonder sa décision.

### 1.3 Absence de devoir d'information dans la Relation de Vente

Il ressort des développements qui précèdent que la Relation de Vente n'impose, en tant que telle, pas d'obligation d'information particulière à l'acheteur. Le contraire serait d'ailleurs parfaitement incompatible avec le principe même de la vente qui veut qu'un acheteur bien informé, ou mieux placé sur le marché, puisse réaliser une plus-value sur l'objet de la vente lorsqu'il en a la possibilité.

Seuls les devoirs précontractuels peuvent imposer à un acheteur de divulguer une Information Caractérisée au vendeur, ceci pour autant qu'un rapport de confiance particulier existe. Comme nous le verrons, le rapport de confiance prend son ancrage dans le Rapport de Base. C'est en raison de son existence que l'acheteur peut être obligé envers le vendeur de lui divulguer l'Information Caractérisée.

## 2. Rapport de base

### 2.1 Généralités

Comme indiqué en introduction, nous entendons par Rapport de Base une relation existant entre les parties à la Relation de Vente. Cette relation doit être juridique, peu importe sa source. Un Rapport de Base peut donc provenir d'une relation contractuelle (contrat de mandat, contrat de travail, contrat de bail, etc.) ou découler de normes légales spécifiques (droit des sociétés ou droit de la famille par exemple). Défini comme tel, le Rapport de Base vise une multitude de relations juridiques qu'il est impossible d'individualiser et d'identifier concrètement. Toutes ces relations n'impliquent, d'une manière générale, aucune obligation particulière d'information et n'interfèrent en principe pas avec la Relation de Vente.

Toutefois, suivant l'intensité du Rapport de Base, celui-ci peut impliquer certains devoirs accrus pour les parties, notamment d'information. Il convient donc d'analyser la nature du Rapport de Base, sa récurrence, le degré de qualification des parties et leur niveau de connaissances, ainsi que tout autre élément factuel caractéristique de la relation afin de déterminer si un Rapport de Base est d'une intensité telle qu'il implique des devoirs au-delà dudit rapport. En outre, nous considérons que, suivant les cas, l'influence du Rapport de Base sur la Relation de Vente dépend également de la connexité entre l'objet de la vente et le Rapport de Base. L'analyse doit par conséquent être effectuée au cas par cas, en procédant à un examen factuel – presque émotionnel – de la situation.

Faute de pouvoir être exhaustif et précis dans la définition du Rapport de Base, nous nous proposons d'étudier quelques pistes de réflexion en nous concentrant sur les

relations contractuelles (cf. *infra* II.2.2) et sur le droit des sociétés (cf. *infra* II.2.3).

### 2.2 Rapport de Base découlant d'une relation contractuelle

Comme indiqué ci-dessus, la nature du Rapport de Base peut prendre la forme d'une relation contractuelle. Nous pensons ici à des rapports juridiques trouvant leur source dans un contrat et qui impliquent, pour une ou toutes les parties, une obligation de loyauté et de sauvegarde des intérêts de/des (l')autre(s) partie(s).

Par exemple, dans le cadre de rapports de travail, l'imbrication du Rapport de Base dans la Relation de Vente dépendra de l'intensité des rapports de travail entre l'employeur et l'employé. Concrètement, nous considérons que le rapport entre un employé au bas de l'échelle d'une multinationale et le directeur général de cette entreprise, malgré la présence d'un lien de subordination et d'un devoir mutuel de loyauté, n'est pas suffisamment intense pour constituer un Rapport de Base capable d'influencer une Relation de Vente. En revanche, le rapport de subordination entre le patron d'une PME et son employé direct pourrait, au vu de l'intensité des liens créés par les rapports de travail et la confiance mutuelle qu'ils instaurent, influencer une Relation de Vente et impliquer une obligation d'information accrue pour l'acheteur.

Prenons un autre exemple, celui de l'avocat qui achète une voiture à son mandant. Comme pour tout mandat, celui confié à l'avocat impose à ce dernier d'agir avec diligence et fidélité. Cette dernière obligation se définit « comme l'obligation qui impose à son débiteur de favoriser les intérêts d'un tiers bénéficiaire, le cas échéant en faisant passer ses propres intérêts après ceux dudit bénéficiaire »<sup>54</sup>. De par cette obligation, qui instaure une intensité intrinsèque à la relation mandataire-mandant, il nous paraît évident que le Rapport de Base entre l'avocat et son mandant influence la Relation de Vente lorsque l'objet de celle-ci touche de près ou de loin à l'objet du mandat (p.ex. l'avocat a obtenu des informations sur la voiture dans l'exécution de son mandat). Il conviendra toutefois d'être plus nuancé lorsque l'objet de la vente et le mandat n'ont aucun lien entre eux. Il s'agira alors de délimiter l'étendue du mandat (mandat général pour la gestion des affaires au sens large vs. mandat portant sur une affaire déterminée) afin de déterminer si le lien entre l'objet de la vente et le Rapport de Base est suffisamment intense pour que celui-ci déteigne sur la Relation de Vente.

Ces deux exemples triviaux mettent en évidence la nécessité de procéder à un examen spécifique et factuel de la situation en présence et d'analyser tant le Rapport de Base que son lien de connexité avec l'objet de la vente

<sup>54</sup> ATF 138 V 235, c. 4.2.2.

afin de déterminer si celui-là peut avoir une influence sur la Relation de Vente.

Récemment, le tribunal de commerce du canton de Zurich a concrétisé le concept d’imbrication d’un Rapport de Base, découlant d’un contrat de bail, dans une Relation de Vente en invalidant partiellement un contrat de vente portant sur la remise d’un fonds de commerce<sup>55</sup>. Dans cette affaire, le vendeur et l’acheteur étaient liés depuis quelques années par un contrat de bail portant sur des locaux commerciaux, le premier comme sous-locataire, le second comme locataire-bailleur. Après de longues négociations, le vendeur a décidé de ne pas poursuivre la sous-location et de vendre le fonds de commerce à l’acheteur. L’acheteur a alors résilié le bail principal avec le propriétaire des locaux, renonçant par là même à exercer une option de prolongation du bail, dont le vendeur ignorait l’existence, ce pourquoi il a été indemnisé par le propriétaire à hauteur de CHF 5’300’000. En apprenant l’existence de l’option de prolongation du bail et le montant de l’indemnité perçu par l’acheteur du fait de sa renonciation, le vendeur a contesté le contrat de vente du fonds de commerce pour tromperie intentionnelle au sens de l’art. 28 CO.

Le tribunal zurichois a retenu que, selon les déclarations unanimes des parties, leur relation d’affaires avait déjà duré neuf ans au moment des négociations portant sur la vente du fonds de commerce. Dans le contexte de cette relation à long terme, le vendeur avait réalisé des investissements importants dans l’aménagement des locaux commerciaux, lesquels permettaient que ceux-ci puissent être utilisés comme boutique dans un lieu exclusif conformément à leur but, ce qui était également dans l’intérêt du propriétaire.

Aussi, l’acheteur avait manifestement et intentionnellement dissimulé au vendeur les négociations qu’il menait en parallèle avec le propriétaire concernant la renonciation à l’option de prolongation du bail et son indemnisation. Or, en vertu de la confiance établie entre les parties au gré de leur relation contractuelle de longue durée et de la nature de cette relation, laquelle dépassait le cadre de la sous-location du fait de la dépendance du vendeur à l’acheteur, le tribunal a considéré que le contrat de vente ne pouvait être appréhendé indépendamment du contrat de sous-location et des relations commerciales entre les parties. Par conséquent, étant donné l’incidence de l’information dissimulée sur un élément essentiel du contrat de vente, soit le prix, l’acheteur aurait dû la divulguer au vendeur dans le cadre des négociations précontractuelles. Le tribunal a ainsi invalidé partiellement le contrat de vente et augmenté le prix de vente pour tenir compte de l’indemnisation de l’acheteur par le propriétaire des locaux.

Par cet arrêt, le tribunal de commerce du canton de Zurich matérialise parfaitement la notion de Rapport de Base et l’incidence de celui-ci sur la Relation de Vente. En effet, prise individuellement, la Relation de Vente n’imposerait en tant que telle aucune obligation d’information à l’acheteur s’agissant des négociations parallèles avec le propriétaire. C’est bien en raison de l’existence du Rapport de Base préexistant, lequel était d’une intensité suffisante pour établir une relation de confiance et une obligation mutuelle qualifiée d’agir de bonne foi, qu’est née l’obligation d’information de l’acheteur.

### 2.3 Rapport de Base découlant du droit des sociétés

En tant qu’organes de gouvernance, les administrateurs et membres de la direction d’une société ont l’obligation d’exercer leurs attributions avec diligence<sup>56</sup> et de manière fidèle ainsi que de veiller activement aux intérêts<sup>57</sup> de la

<sup>56</sup> Pour apprécier la diligence nécessaire dont l’administrateur doit faire preuve, la jurisprudence et la doctrine se basent sur une notion objective : un administrateur doit se comporter comme un homme raisonnable, placé dans les mêmes circonstances. Dès lors, faire preuve de la même diligence que dans ses propres affaires est insuffisant (ATF 139 III 24, consid. 3.2 ; ATF 122 III 195, consid. 3a ; ATF 113 II 52 consid. 3a ; TF 4A\_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 7.1.1 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 CO N 5 ; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 13 N 575 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 CO, n° 8 ; LINO HÄNNI, La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme, Thèse Neuchâtel 2017, n° 45 et n° 49 ; MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN/MARC BAUEN, Le conseil d’administration, Genève/Bâle/Zurich 2017, n° 190 et n° 198). Selon la doctrine, l’administrateur diligent doit être qualifié pour exercer les fonctions intransmissibles et inaliénables du conseil d’administration et doit disposer du temps nécessaire à l’exécution de ses fonctions (RASHID BAHAR, Le rôle du conseil d’administration lors des fusions et acquisitions : une approche systématique, Genève/Bâle/Zurich 2004, p. 86 s. ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, n° 193). Les compétences requises d’un administrateur varient suivant le type et l’importance de la société, toutefois celui-ci doit impérativement avoir une maîtrise suffisante de la gestion d’entreprise afin de pouvoir prendre toutes les décisions nécessaires au bon fonctionnement de la société (BAHAR, p. 87 ; BSK OR-II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 3). En revanche, l’administrateur n’est en charge que de la haute direction et surveillance de la société ; lorsqu’il n’a pas la fonction de directeur ou de manager, ce dernier n’a pas besoin d’avoir des compétences spécifiques quant à la gestion quotidienne de la société. L’administrateur n’a pas besoin d’être omniscient, mais doit avoir un esprit critique. En revanche, un administrateur ayant des compétences ou des connaissances supplémentaires et pointues dans un domaine particulier aura un devoir de diligence plus accru que ses analogues. Sa diligence va s’apprécier selon ses compétences propres (BAHAR, p. 88–89).

<sup>57</sup> Deux visions s’opposent lorsqu’il s’agit de définir « l’intérêt » de la société : (i) certains considèrent que l’intérêt de la société est uniquement composé des intérêts financiers des actionnaires (*Shareholder value*), (ii) d’autres pensent que d’autres intérêts, tels ceux des créanciers, des employés ou des clients, doivent être pris en compte (*Stakeholder value*) (BSK OR-II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 1a ; HARALD BÄRTSCHI, §8 Aktiengesellschaft, in : Jung/Kunz/Bärtschi, Gesellschaftsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2016, § 8 N 302 ; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Zurich/Basel 2020, § 4 p. 24 ; MATHIEU BLANC, Corporate Purpose and Board of Directors, Means and Ends of Corporate Governance, RSDA 2020 p. 236). La conception *Stakeholder value* a dominé jusqu’aux années 1980, puis celle *Shareholder value* a pris le des-

<sup>55</sup> Jugement du tribunal de commerce du canton de Zurich du 16 février 2017.

société et de ses actionnaires tout en les traitant de manière égale<sup>58</sup>. Le respect de ces obligations, qui trouvent leur source à l'art. 717 CO, n'est pas problématique aussi longtemps que les intérêts de l'administrateur et ceux de la société convergent<sup>59</sup>. Tel n'est plus le cas lorsque l'administrateur se trouve en situation de conflit d'intérêt.

Par exemple, lorsqu'un actionnaire désire vendre tout ou une partie des parts d'une société cible à un administrateur de cette société ou à une autre société, dont certains organes sont également organes de la société cible, se pose la question du devoir de cet acheteur de divulguer au vendeur une Information Caractérisée. En effet, dans cette configuration, l'acheteur peut avoir accès à une Information Caractérisée sur la société cible du fait de la double fonction de l'un de ses organes ou parce qu'il est organe lui-même.

Le fait qu'un organe de la société acheteuse occupe également une fonction d'organe dans la société cible ou que l'acheteur lui-même soit organe est problématique. La position d'organe de l'acheteur dans la société cible constitue le Rapport de Base, lequel confère à l'acheteur certaines obligations envers le vendeur (qui est – rappelons-le – actionnaire de la société cible). En effet, les devoirs de diligence et de fidélité d'un administrateur imposent à celui-ci de veiller aux intérêts de la société ce qui implique notamment, *in fine*, à maximiser le profit des actionnaires de la société<sup>60</sup>. Il doit en outre traiter les actionnaires sur un pied d'égalité. En cas de conflit de loyauté, l'administrateur doit prendre des mesures pour le gérer, sans quoi il expose sa responsabilité. En ne divulguant pas à l'actionnaire-vendeur une Information Caractérisée, l'organe-acheteur viole ses obligations fiduciaires. Comme nous l'avons vu, le Rapport de Base peut, selon les circonstances, également obliger l'acheteur au titre du Rapport de Vente de sorte que l'ache-

teur pourrait être tenu d'indemniser le vendeur pour la non-divulgateion de l'Information Caractérisée.

A ce jour, la jurisprudence est encore frileuse pour reconnaître une obligation d'information de l'acheteur dans le cadre d'une vente d'une société. Dans un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> juillet 1975<sup>61</sup>, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois s'est penchée sur le cas d'un administrateur unique d'une entreprise industrielle, qui détenait 80 % du capital social, lequel avait proposé à un ancien administrateur, propriétaire des 20 % restants du capital, de lui céder ce solde au prix qu'il estimerait convenable. L'administrateur unique avait revendu peu après de la totalité du capital à un tiers, pour un prix sensiblement plus élevé. La Cour vaudoise a retenu que le vendeur, qui disposait des bilans des années précédentes, était en mesure, vu ses connaissances professionnelles, d'extrapoler du bilan la valeur réelle des actions. Il aurait en outre pu se renseigner en cas de doute, ce qu'il n'a pas fait. L'acheteur n'avait donc pas abusé de sa situation d'administrateur unique pour influencer la conclusion du contrat ou ses modalités. L'arrêt ne dit pas si l'acheteur avait, au moment de la conclusion du contrat avec le vendeur, déjà conclu le contrat avec le tiers portant sur la revente. Nous pensons que cet élément devrait être déterminant. En effet, l'acheteur, qui n'a pas encore conclu le contrat de revente, prend le risque que la revente ne soit pas exécutée alors que le vendeur encaisse immédiatement le bénéfice de la vente sans prendre ce risque. Cet élément central pourrait dans certains cas justifier que l'acheteur ne dévoile pas au vendeur l'opportunité d'une revente, ceci d'autant plus si elle est très incertaine.

Le cas du rachat d'actions propres par une société non cotée est un parallèle intéressant. Cette situation est un exemple patent de cas de conflit de loyauté, en l'espèce entre la maximisation des intérêts des actionnaires restants au capital-actions de la société et ceux des actionnaires vendeurs. En effet, si la société rachète les actions à un prix réduit (i.e. en dessous de la valeur de marché), elle réalise une plus-value bénéficiant indirectement aux actionnaires restants, au détriment des actionnaires vendeurs. Ce cas est proche de celui où l'administrateur maximise ses intérêts (ou ceux de tiers) au détriment de ceux de l'actionnaire vendeur. Ce parallèle nous semble pertinent dans la mesure où il est difficilement concevable qu'un acte interdit à la société – pour cause de conflit de loyauté – puisse être réalisé impunément par un administrateur agissant seul. Ceci est d'autant plus vrai que l'intérêt favorisé par l'administrateur en question n'est pas celui des actionnaires restants mais son propre intérêt ou celui de tiers. Le conflit de loyauté de la société dans le cadre d'un rachat d'actions propres est particulièrement flagrant lorsque que la société est en possession d'une In-

sus. A notre avis, même s'il est aujourd'hui essentiel de ne pas uniquement considérer une société comme une machine à profits pour les actionnaires et qu'il est donc nécessaire de prendre en compte d'autres intérêts, notamment ceux des travailleurs, il faut toutefois se rappeler que ce sont les actionnaires qui investissent et prennent des risques pour développer une société. Il est donc primordial de préserver au mieux leurs intérêts afin de rendre les entreprises attractives pour les investisseurs et permettre le développement de nouveaux marchés et de nouvelles technologies. Une vision intégrant les deux conceptions précitées doit être ainsi favorisée, tout en mettant un accent particulier sur l'intérêt des actionnaires. En effet, selon nous, l'intérêt de la société comprend, entre autre, l'intérêt des actionnaires à vendre leur part au meilleur prix possible. Il est par conséquent nécessaire que la société poursuive également le but de maximiser le profit des actionnaires (ZK-HOMBURGER, Art. 717 OR N 776).

<sup>58</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 56), § 13 N 599.

<sup>59</sup> MICHEL JACCARD/JEAN-BAPTISTE EMERY, Le management dans un processus de MBO – Enjeux, conflits d'intérêts et particularités contractuelles, l'expert comptable suisse, Zurich 85/2011, p. 458.

<sup>60</sup> Le législateur n'a pas inclus les actionnaires et les créanciers de la sphère des personnes et intérêts protégés par l'art. 717 al. 1 CO. Toutefois, il est reconnu que ces « parties prenantes » de la société bénéficient indirectement des obligations qui incombent aux organes (CR CO I-PETER/CAVADINI, art. 717 CO n° 3).

<sup>61</sup> Canton de Vaud, Tribunal cantonal Cour civil 1<sup>er</sup> juillet 1975 ; SJZ 72/1976, 360.

formation Caractérisée, par exemple l'imminence d'une offre publique d'acquisition<sup>62</sup>. Du moment que la société a la connaissance exclusive d'un événement qui peut avoir une influence matérielle sur la valeur de ses actions, elle doit (i) soit l'annoncer aux actionnaires vendeurs, (ii) soit différer le rachat de ses actions (« *disclose or abstain* »)<sup>63</sup>. Ceci vise à protéger les actionnaires vendeurs par rapport à ceux restants qui bénéficieraient indirectement d'un prix de rachat trop faible. En interdisant aux personnes bénéficiant d'une Information Caractérisée, en particulier celles du cercle « interne » de la société, soit le conseil d'administration, de se prévaloir de leur avantage ou de transmettre l'information à un tiers, le droit des sociétés privées reconnaît sa propre règle contre le délit d'initié<sup>64</sup>.

Dans un autre arrêt plus récent<sup>65</sup>, le Tribunal fédéral a confirmé une décision de la Cour de Justice de Genève, laquelle refusait à un actionnaire-vendeur le droit de réclamer la différence entre le prix auquel l'acheteur – la société en l'espèce, qui rachetait ses propres actions – avait acheté les actions et le prix auquel elle les avait revendues ultérieurement. Pour fonder sa décision, le Tribunal fédéral a retenu que l'intention de la société de revendre les actions rapidement à un tiers était connue de l'actionnaire-vendeur au moment de la vente, bien que celui-ci n'ait pas eu directement connaissance des négociations avec l'acquéreur. En effet, pour des raisons fiscales, l'actionnaire-vendeur avait demandé que les actions soient revendues directement et, alors qu'il était représenté par un avocat, celui-ci n'avait pas requis de plus amples informations sur les modalités de la revente. En outre, l'actionnaire-vendeur était lié par une clause de son contrat de travail selon laquelle, à la fin des rapports de travail, il devait céder au conseil d'administration les actions qu'il détenait à un prix fixé par l'assemblée générale. Enfin, notre Haute Cour a considéré qu'il n'avait pas été démontré que l'offre de la société acquéreuse avait été for-

mulée avant la cession des titres de l'actionnaire-vendeur. A nouveau, les circonstances de la revente sont centrales. En effet, une revente déjà conclue doit être distinguée d'une opportunité de revente, qui est dans la nature des choses. En d'autres termes, qu'un acheteur puisse revendre la chose à court terme avec une plus-value est inhérent au concept de la vente et obliger l'acheteur de révéler toute opportunité serait étranger à notre droit.

Dans les deux arrêts précités, les tribunaux n'ont pas examiné les éventuelles violations des devoirs incombant à l'acheteur-organe de la société cible, notamment le fait que l'actionnaire-vendeur ait été maintenu dans l'ignorance de négociations avec un futur acquéreur. Selon nous, il aurait été dogmatiquement plus correct de procéder à l'analyse suivante : (i) déterminer la présence ou absence d'Information Caractérisée, (ii) établir les obligations de l'organe au titre du Rapport de Base, et (iii) juger de l'obligation de l'acheteur de divulguer l'Information Caractéristique au titre du Rapport de Vente.

### 3. Synthèse

Nous avons vu que la violation d'un Rapport de Base, créant un rapport de confiance particulier entre le vendeur et l'acheteur du fait de son intensité et de son lien connexité avec la Relation de Vente peut matérialiser une obligation précontractuelle pour l'acheteur de divulguer l'Information Caractéristique. Par le biais de la théorie de l'absorption, il est en outre possible qu'une violation contractuelle résulte de la violation du Rapport de Base.

Le vendeur peut ainsi se retourner contre l'acheteur, et contre l'organe le cas échéant, aux titres du Rapport de Base, de la Relation de Vente et de la responsabilité délictuelle. Nous allons examiner ces chefs de responsabilité.

Concernant l'action fondée sur le Rapport de Base, nous nous concentrerons sur celle de l'art. 754 CO et plus particulièrement sur l'exemple de la vente d'une société cible à une autre société dont l'un des organes est également organe de la société cible (cf. *supra* II.2.3). Ces développements seront également applicables au cas de l'organe achetant directement la participation d'un actionnaire.

## III. Chefs de responsabilité

### 1. Rapport de Base

#### 1.1 Introduction

Au vu de la multitude de sources juridiques qui peuvent donner naissance à un Rapport de Base, il nous est impossible d'identifier toutes les actions offertes au vendeur pour agir en violation du Rapport de Base. Dans la majorité des cas, il s'agira d'actions en responsabilité contractuelle mais des actions en responsabilité délictuelle.

<sup>62</sup> PETER BÖCKLI, *Insiderstrafrecht und Verantwortung des Verwaltungsrates*, Zurich 1989, N 102–105 ; CHRISTOPH B. BÜHLER/DANIEL HÄRING, *Die Selbstgeschaffene Insiderinformation – Transaktionen aufgrund eigener Planung im Lichte des Insiderhandelsverbots*, GesKR 2009, p. 459 s.

<sup>63</sup> PETER BÖCKLI, *Neuf règles de « Best Practice » pour le rachat de ses actions par une société non cotée*, Cedidac/Nr. 45, 2001, p. 88.

<sup>64</sup> BÖCKLI, « Best practice » (FN 63), p. 88 ; ROGER GRONER, *Erwerb eigener Aktien*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, 68/2003, p. 220. Lorsqu'une société rachète ses propres actions en raison d'un plan ou d'une décision stratégique, il était, sous l'empire de l'ancien droit réprimant le délit d'initié, commun d'appliquer la maxime selon laquelle personne ne peut être son propre initié, voir : TF 1A\_110/2002 du 26 novembre 2002, consid. 4.4 ; ATF 118 Ib 448, 456 ; PETER FORSTMOSER, *Insiderstrafrecht*, Société anonyme suisse, revue de droit commercial et économique 1988/122, p. 132. Cette ligne de défense ne devrait plus être applicable aujourd'hui pour plusieurs raisons : (i) ce principe a perdu de l'importance au fil du temps et (ii) le droit a changé : l'art. 161 CP relatif au délit d'initié a été abrogé du code pénal et transféré dans la loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) et son champ d'application a été étendu.

<sup>65</sup> TF 4C.159/2006 du 13 juillet 2006.

tuelle ou certaines actions spéciales prévues par la loi pourront entrer en jeu suivant le fondement juridique du Rapport de Base.

## 1.2 Responsabilité de l'organe dans l'administration et la gestion (754 CO)

### a. Introduction

L'art. 754 al. 1 CO instaure une responsabilité délictuelle de l'organe du fait de sa gestion. Selon cet article, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs<sup>66</sup>. Si un administrateur ne respecte pas un des devoirs qui lui incombent, cela peut causer un préjudice à la société et entraîner des actions en responsabilité contre celui-ci<sup>67</sup>. Les prétentions de cette disposition légale sont propres au droit des sociétés et les chefs de responsabilité de cette action sont typiques du droit des sociétés.

Nous analyserons en premier lieu les questions de légitimation avant de traiter des conditions de la responsabilité.

### b. Légitimation

#### ba. Légitimité active : dommage direct

La légitimation active de l'action en responsabilité ancrée à l'art. 754 al. 1 CO est compliquée à déterminer et tant la doctrine et la jurisprudence<sup>68</sup> considèrent que la réglementation légale en cette matière est en partie peu claire, lacunaire et même, sur certains points, contradictoire<sup>69</sup>. Le Tribunal fédéral a en effet procédé à plusieurs revirements de jurisprudence en la matière<sup>70</sup> avant d'admettre qu'il convient de se baser sur le critère du patrimoine lésé par l'acte illicite afin de déterminer la légitimité active<sup>71</sup>. Il convient ainsi de distinguer le dommage direct de l'actionnaire, le dommage indirect de l'actionnaire (dommage direct de la société) et le dommage touchant directement à la foi l'actionnaire et la société. Nous ne traiterons volontairement ni de l'action pour le dommage subi par la société ni de celle du créancier, car celles-ci ne sont pas pertinentes dans le contexte de cette contribu-

tion, puisqu'en règle générale seul l'actionnaire subira un dommage en raison de la dissimulation de l'Information Caractérisée.

Lorsque seul l'actionnaire subit un dommage direct, celui-ci peut agir à titre individuel contre l'organe responsable selon les règles ordinaires de la responsabilité civile, sans limitations, que la société ait été mise en faillite ou non<sup>72</sup>. Il dispose ainsi toujours de la légitimation active dans l'action en responsabilité, charge pour lui de démontrer que les conditions de l'action sont remplies, notamment qu'une norme du droit des sociétés a été conçue pour le protéger (*Schutznormtheorie*). Dans ce cadre, nous sommes d'avis que, contrairement à ce qui prévaut en cas de faillite de la société<sup>73</sup>, la norme de protection ne doit pas servir exclusivement à protéger les intérêts de l'actionnaire, un caractère de « protection » uniquement suffit.

L'actionnaire aura la qualité pour agir du moment qu'il était l'actionnaire de la société au moment de la survenance du fait dommageable. Ainsi, un actionnaire qui vendrait ses actions, et qui donc ne serait plus actionnaire au moment d'intenter l'action en responsabilité, gardera sa qualité pour agir<sup>74</sup>. Dans le cadre de l'action individuelle, l'actionnaire agira pour son compte et bénéficiera directement de la réparation du dommage.

<sup>66</sup> TF 4A\_484/2016 du 1<sup>er</sup> février 2017, consid. 2.1.1 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 754 CO, n° 53.

<sup>67</sup> BSK OR-II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 1 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 725 CO, n° 3 s.

<sup>68</sup> ATF 117 II 432, consid. 1b/bb.

<sup>69</sup> CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 CO n°54.

<sup>70</sup> ATF 127 III 374, consid. 3b ; ATF 125 III 86, consid. 3 ; ATF 122 III 176, consid. 7.

<sup>71</sup> ATF 132 III 564, consid. 3.2.3 (concernant la qualité pour agir dans le cadre d'une société en faillite) ; Cet arrêt a depuis été confirmé : cf. ATF 136 III 148 ; ATF 141 III 112 ; ATF 142 III 23 ; Voir aussi BSK OR-II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 17 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 3), p. 339 s. ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 853.

<sup>72</sup> CC&Co Annotés, 10<sup>ème</sup> éd., commentaire de l'art. 757 CO ; CR CO II-CORBOZ/AURY GIRARDIN, art. 754 CO n° 63 ; OLIVIER BAUM/HANS CASPAR VON DER CRONE, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, p. 238 ; ATF 142 III 564 ; ATF 141 III 121 ; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés, Berne 2015, p. 662 N 577 ; BARBARA KLETT, Die Legitimation bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, die neue Wende in der Rechtsprechung, REAS 2016, p. 58 ; DOMINIQUE MÜLLER/HANNES KIESER, Keine Aktivlegitimation der Masse zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen für ausschliessliche Gläubigerschäden, GesKR 2016, p. 114 ; TF 4C\_122/2006 du 27 juin 2006, consid. 3.2.1.

<sup>73</sup> Dans le cadre de la faillite, la légitimation active du créancier et de l'actionnaire est restreinte lorsque non seulement ce dernier mais aussi la société subissent un dommage. Une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les actionnaires ou les créanciers doit être invoquée. Cette restriction n'est pas applicable hors faillite de la société. Les normes du droit de la société anonyme conçues exclusivement pour protéger les actionnaires sont extrêmement rares et la jurisprudence n'en cite qu'un simple exemple, soit les règles sur la répartition de l'actif dans la liquidation. Selon la jurisprudence, tant les règles sur la constitution effective du capital social que celles prévoyant l'obligation d'aviser le juge en cas de surendettement de la société n'ont pas été conçues dans le seul intérêt des actionnaires ou créanciers, mais également dans l'intérêt de la société elle-même. La violation de ces règles ne suffit ainsi pas à fonder une responsabilité pour le dommage direct des créanciers ou actionnaires si la société subit également un dommage : ATF 132 III 564, consid. 3.2.2 ; ATF 131 III 306, consid. 3.1.1 ; ATF 141 III 112 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 CO n° 67 ; OLIVIER BAUM/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 3/2016, p. 290 ; TF 4A\_623/2017 du 24 août 2018, c. 4.3.3.

<sup>74</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 56), § 18 N 240 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 5 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 855.

bb. Légitimité passive : la notion d'organe

Les membres du conseil d'administration peuvent encourir une responsabilité civile en qualité d'organe chargé de la gestion de la société<sup>75</sup>. Cette action peut être intentée contre une personne qui exerce une fonction dirigeante et décisionnelle, soit un administrateur, un directeur, ou encore un liquidateur<sup>76</sup>. L'action ne peut être intentée contre l'organe comme tel, mais contre les personnes physiques ayant qualité d'organe<sup>77</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, la notion d'organe ne recouvre pas forcément la notion de l'art. 55 al. 2 CC (cf. *infra* III.2.1)<sup>78</sup>. Cet avis est désapprouvé par une partie de la doctrine qui souhaiterait une notion uniforme de l'organe<sup>79</sup>. Nous sommes également de cet avis.

La doctrine distingue l'organe au sens formel, au sens matériel et l'organe de fait<sup>80</sup>. Les administrateurs élus par l'assemblée générale et inscrits au registre du commerce constituent un organe au sens formel, soit un organe défini par la loi ou les statuts. Un administrateur qui n'exerce pas ses fonctions et n'a, dans les faits, aucun pouvoir décisionnel (administrateur de paille ou prête-nom) ne peut se soustraire à sa responsabilité<sup>81</sup>. Un administrateur reste responsable jusqu'à sa démission ou sa révocation, soit la fin de son influence sur les décisions de la société<sup>82</sup>.

La notion d'organe au sens matériel comprend les personnes qui exercent des fonctions dirigeantes, soit qui sont chargées de l'administration ou de la gestion<sup>83</sup> et qui sont « liées organiquement à la société »<sup>84</sup>. Le directeur, l'actionnaire principal lorsqu'il occupe des fonctions d'organe, la société mère d'un groupe si elle influence de manière déterminante la filiale, l'administrateur qui représente une personne morale<sup>85</sup>, ainsi que le liquidateur et le curateur (art. 725a al.2 CO) sont tous des organes au

sens matériel<sup>86</sup>. En revanche, la responsabilité d'un fondé de procuration en tant qu'organe est controversée<sup>87</sup>.

Un organe de fait, soit une personne, physique ou morale<sup>88</sup>, qui exerce ces pouvoirs dans les faits, peut aussi être recherché en responsabilité au sens de l'art. 754 CO. Pour avoir la qualité d'organe de fait, la personne doit avoir des compétences durables pour prendre des décisions, lesquelles excèdent l'accomplissement des tâches quotidiennes, même si ses compétences ne découlent pas d'un acte interne à la société<sup>89</sup>. Cette notion a pour but de rendre responsable celui « qui tire les ficelles en coulisses, en se servant de paravents ou d'un homme de paille »<sup>90</sup>. Le défaut de pouvoir de signature ou d'inscription au registre du commerce n'est pas déterminant<sup>91</sup>.

La société acheteuse pourrait ainsi être tenue responsable du dommage du vendeur au titre de l'art. 754 CO si celle-ci devait être considérée comme un organe de fait. Cette action entrerait en concurrence avec l'action au titre de la Relation de Vente (cf. *infra* III.2.1), qui devrait en règle générale être privilégiée en raison de la prescription et de la présomption de la faute.

### c. Acte illicite

S'agissant de la condition relative à l'acte illicite, nous renvoyons aux développements de la partie concernant le Rapport de Base découlant du droit des sociétés (cf. *supra* II.2.3).

Nous relevons néanmoins que l'acte illicite est donné dès lors que l'administrateur a « manqué » à son devoir, manquement qui peut provenir d'une action ou d'une omission. En cas d'omission fautive, il faudra analyser le cours hypothétique des événements, soit ce qui se serait passé si l'administrateur avait agi avec la diligence requise<sup>92</sup>. A noter également que la violation du devoir de diligence est suffisante pour créer un manquement à un devoir au sens de l'art. 754 CO, même en cas de dommage direct à l'actionnaire (pour autant que la norme vise à protéger l'actionnaire), alors que la simple violation d'un devoir

<sup>75</sup> ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 823.

<sup>76</sup> ATF 132 II 464, consid. 4.2.; TF 4A\_102/2015 du 4 septembre 2015, consid. 3.3 ; MEYER-HAYOZ/FORSTMOSER, (FN 72), N 576a ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 CO n° 1.

<sup>77</sup> BAHAR (FN 56), p. 95 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 818.

<sup>78</sup> ATF 117 II 570, consid. 3, JdT 1993 I p. 80.

<sup>79</sup> CR CC I-XOUDIS, art. 54–55 CC N 21.

<sup>80</sup> BSK OR-II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 4 ; MEYER-HAYOZ/FORSTMOSER, (FN 72), N 576 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 3), p. 352 s. ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 830 ss.

<sup>81</sup> TF 4A\_373/2015 du 26 janvier 2016, consid. 3.2.2, SJ 2016 U 440.; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 831.

<sup>82</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 56), § 18 N 110 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 832.

<sup>83</sup> ATF 117 II 570, JdT 1993 I 80, consid. 3 ; BSK OR-II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5 ss ; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 56), § 18 N 109 ss ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 3), p. 353.

<sup>84</sup> ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 834 ; Aussi ATF 128 III 92, consid. 3a.

<sup>85</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 3), p. 353 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 846 ss.

<sup>86</sup> BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 32 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), N 850 ; Pour le liquidateur : Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 4.

<sup>87</sup> ATF 117 II 432 (fondé de procuration considéré comme organe) ; ATF 128 II 29 (fondé de procuration ne doit être considéré comme organe qu'à titre exceptionnel) ; ATF 136 III 14, consid. 2.4 ; MEYER-HAYOZ/FORSTMOSER, (FN 72), N 576a ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), n° 849 (sont d'avis que le fondé de procuration peut être un organe).

<sup>88</sup> ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), n° 835.

<sup>89</sup> TF 4A\_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 4.2.3 ; TF 4A\_530/2014 du 17 avril 2015, consid. 1.2.2 ; BSK OR-II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 8 ss ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 CO n° 6 ss ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 3), p. 353 et p. 369 s ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), n° 835 s.

<sup>90</sup> CR CO II-CORBOZ, art. 754 CO n° 8 ; Voir aussi MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 3), p. 353.

<sup>91</sup> ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), n° 835.

<sup>92</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 3), p. 371 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), n° 880.

n'est pas suffisante pour créer une responsabilité délictuelle selon l'art. 41 CO (cf. *infra* III.3.2).

#### d. Faute

Pour que la responsabilité soit fondée, il est nécessaire que la violation du devoir en question ait été commise de manière fautive. A noter qu'une faute légère est suffisante et que tant l'intention que la négligence sont réprimées<sup>93</sup>. Pour apprécier la notion de faute, il s'agit de comparer les agissements de la personne fautive avec la manière dont une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, aurait agi<sup>94</sup>.

La question du fardeau de la preuve est controversée dans le cadre de l'action individuelle de l'actionnaire. En effet, dans la mesure où il n'existe normalement pas de rapport contractuel entre l'administrateur et l'actionnaire, et que l'action est donc de nature délictuelle, la doctrine considère que la faute devra être prouvée par la partie demanderesse<sup>95</sup>.

#### e. Dommage

Le dommage est une notion patrimoniale, qui n'englobe pas un pur désavantage immatériel. Le tort moral et les dommages non patrimoniaux ne sont donc pas réparables sous l'égide de l'art. 754 CO<sup>96</sup>. Le dommage comprend aussi bien le dommage effectif que le gain manqué<sup>97</sup>.

#### f. Causalité

En ce qui concerne la causalité naturelle, il convient de savoir si la dissimulation de l'Information Caractérisée est la condition *sine qua non* du dommage. En d'autres termes, est-ce que l'actionnaire-vendeur aurait refusé de vendre ses actions au prix convenu en connaissance de l'Information Caractérisée ou aurait-il exigé un droit de suite sur la plus-value future pour une certaine période suivant la vente, telles sont les questions à examiner.

S'agissant de la causalité adéquate, il devra être établi que selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, la dissimulation de l'Information Caractérisée ait été propre à causer une non-augmentation des actifs de l'actionnaire-vendeur. Dans l'arrêt susmentionné (cf. *supra* II.2.3), la Cour de Justice genevoise a retenu (et le Tribunal fédéral a confirmé) que la causalité entre la violation d'un devoir et la survenance du dommage faisait défaut car l'actionnaire-vendeur (i) avait demandé au conseil d'administration de revendre ses actions rapi-

dement à un tiers et (ii) devait en tous les cas revendre ses actions à la société à la fin de leurs rapports de travail pour un prix fixé par l'assemblée générale. S'agissant du premier argument de notre Haute Cour, il nous semble qu'en demandant la revente rapide des actions à un tiers, l'actionnaire-vendeur demandait implicitement que la revente soit faite au meilleur prix possible, pour qu'il puisse en bénéficier. Par conséquent, il nous semble que s'il avait su que la société avait trouvé un acheteur tiers pour un prix plus élevé, il aurait exigé de pouvoir profiter de ce meilleur prix. Il nous semble que le conseil d'administration n'a pas fait tout ce qui était dans son pouvoir pour défendre les intérêts de son actionnaire en négociant le meilleur prix possible avec lui-même, soit la société acquéreuse, et aurait ainsi pu violer son devoir de fidélité. Concernant le second argument, il n'est pas fait mention dans l'arrêt cité d'un prix fixe. Or, si tel était bien le cas, alors il apparaît cohérent que le tribunal ait estimé que le rapport de causalité eut fait défaut, car cet actionnaire n'aurait jamais pu obtenir de plus-value par rapport au prix fixe. Il en sera vraisemblablement de même lorsque l'acheteur bénéficie d'une option d'achat à un prix fixe sur les titres du vendeur.

Il convient de souligner que les circonstances de chaque cas d'espèce sont très importantes. En effet, comme mentionné précédemment (cf. *supra* II.2), la connexité de l'acte de revente peut jouer un rôle considérable. Ceci a également une incidence sur la définition de l'Information Caractérisée. Une information surannée, par exemple des pourparlers très préliminaires avec le tiers ou avortés, ne peut pas être considérée comme une Information Caractérisée. La même conclusion peut être tirée au titre de l'analyse de la causalité. Un autre cas de figure très fréquent, qui pourrait interrompre le lien de causalité, est la prise en compte par le vendeur du « risque ». Le vendeur ne demande pas sciemment plus d'informations ou demande plus d'informations, qu'il se voit refuser, et vend néanmoins. Dans un tel cas de figure, nous pourrions considérer que le lien de causalité est rompu.

#### g. Synthèse

Au vu des développements ci-dessus, il est envisageable pour le vendeur d'actionner en responsabilité l'organe (*i.e.* soit l'administrateur « personne physique », soit la société acheteuse si l'administrateur est un organe formel ou un organe de fait de celle-ci) qui ne lui a pas divulgué l'Information Caractérisée, s'il arrive à prouver (i) que l'organe a commis un acte illicite, (ii) qu'une faute est imputable à l'organe, (iii) qu'il a subi un dommage, et (iv) que l'acte illicite a naturellement et adéquatement causé le dommage.

## 2. Relation de Vente

Comme indiqué ci-dessus (cf. *supra* II.1.2c), nous ne traiterons pas des conditions d'une responsabilité pré-

<sup>93</sup> TF 4A\_484/2016 du 1<sup>er</sup> février 2017, consid. 2.1.1 ; TF 4A\_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 4 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 32 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 CO n° 36 à 38 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 3), p. 341 s. ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 56), n° 826 et N 882.

<sup>94</sup> ATF113 II 56 ; MEYER-HAYOZ/FORSTMOSER, (FN 72), N 578b.

<sup>95</sup> CR CO II-CORBOZ, art. 754 n° 39.

<sup>96</sup> HÄNNI (FN 56), n° 215.

<sup>97</sup> BSK OR II-Gericke/Waller, Art 754 N 13.

contractuelle. En vertu de la théorie de l’absorption, nous considérons en effet que les obligations précontractuelles sont absorbées par les obligations contractuelles à partir de la conclusion du contrat. Ainsi, bien que le devoir d’information trouve sa source dans les devoirs précontractuels, nous analyserons sa violation à l’aune des principes de la responsabilité contractuelle.

## 2.1 Légitimation

La légitimation active ne pose pas de difficulté, elle appartient au vendeur, en tant que personne physique ou morale lésée.

De même, la légitimité passive n’est pas problématique lorsque l’acheteur est une personne physique. La question de la légitimité passive est toutefois plus délicate lorsque l’acheteur se trouve être une société. En effet, la violation des devoirs d’information est nécessairement commise par un organe de la société acheteuse et non par la société acheteuse elle-même, à moins que cette dernière ne soit organe de fait de la société cible. Il convient donc d’examiner si le comportement fautif de l’organe peut être imputé à la société acheteuse.

Selon l’art. 54 CC, une personne morale qui dispose de l’exercice des droits civils dispose par là même de la capacité délictuelle. Cette notion se définit comme « la capacité de répondre du préjudice causé par des actions contraires au droit et imputable à sa faute »<sup>98</sup>. Dans la mesure où une personne morale n’existe que par les agissements des personnes physiques qui la représentent (art. 55 al. 1 CC), les actes juridiques – soit les actes générateurs d’obligations, les actes de dispositions, les actes sociaux, les droits formateurs et les droits de gestion<sup>99</sup> – et « autres faits » – soit les actes illicites (art. 41 CO), les actes relevant de l’inexécution ou de la mauvaise exécution d’une obligation (art. 97 et 100 CO) ou de la *culpa in contrahendo* – d’un organe de la société engageant directement la personne morale et sont donc réputés avoir été commis par celle-ci (art. 55 al. 2 CC)<sup>100</sup>. La personne morale doit aussi répondre des actes contraires au droit de ses auxiliaire et travailleurs (art. 55 et 101 CO).

Ces dispositions générales sont complétées par des articles spécifiques concernant la représentation de la personne morale en cause. Pour la société anonyme, les articles 718 ss CO sont applicables. La représentation pour la conclusion d’actes juridiques est réglée à l’art. 718 CO, la « responsabilité » délictuelle de la société à l’art. 722 CO et la responsabilité personnelle des personnes qui gèrent la société à l’art. 754 CO.

La représentation pour la conclusion d’actes juridiques, au sens de l’art. 718 CO, repose en cas de limitation des pouvoirs internes de ceux-ci, sur la bonne foi du tiers (art. 718a al. 2 CO) alors que la « responsabilité » délictuelle de la SA, au sens de l’art. 722 CO, se base sur le comportement de l’organe agissant fonctionnellement dans le cadre général de ses attributions d’organe<sup>101</sup>. Au titre de cette dernière disposition, cas d’application de l’art. 55 al. 2 CC pour la société anonyme, la société répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter. Les personnes dont les actes peuvent engager la responsabilité de la société anonyme sont non seulement les organes au sens formel – membres du conseil d’administration, directeurs – mais également les organes au sens matériel, c’est-à-dire les personnes qui ont la compétence de prendre des décisions indépendantes et qui participent ainsi effectivement à la gestion des affaires sociales<sup>102</sup>. Il n’est donc pas nécessaire que l’organe en cause ait le pouvoir, formel, de représenter la société ; il suffit que l’acte entre, par un rapport fonctionnel, dans le cadre général des attributions de l’organe<sup>103</sup>.

Dans ce cadre, la jurisprudence considère que si la société est contractuellement engagée à l’égard du tiers par un acte juridique de son organe, il n’est pas nécessaire d’examiner si les conditions de sa responsabilité délictuelle au sens de l’art. 722 CO seraient également remplies.

Dans le cas d’espèce, la Relation de Vente est l’acte juridique contractuel, qui devra être analysé au titre de l’art. 718 CO. En revanche, la violation du Rapport de Base ne peut être imputée à la société acheteuse qu’au titre de l’art. 722 CO, car il s’agit d’un acte illicite de l’organe<sup>104</sup>. S’il est ainsi établi que le Rapport de Base a été violé par la dissimulation d’une Information Caractérisée et que cette violation peut être imputée à la société acheteuse au titre de l’art. 722 CO, alors le vendeur pourra rechercher la société acheteuse en responsabilité au titre de la Relation de Vente.

## 2.2 Violation du contrat

S’agissant de la condition relative à la violation du contrat, nous renvoyons à la synthèse concernant l’effet de la violation du Rapport de Base sur la Relation de Vente (cf. *supra* II.3).

## 2.3 Faute

Les développements concernant la faute en matière de responsabilité selon l’art. 754 CO s’appliquent (cf. *supra*

<sup>98</sup> CR CC-I-XOUDIS, art. 54–55 CC n° 3.

<sup>99</sup> JEAN-TRISTAN MICHEL, Les cadres supérieurs en droit du travail suisse en particulier au sein de la société anonyme, CEDIDAC 98, 2016, p. 70.

<sup>100</sup> TF 2C\_377/2014 du 26 mai 2015, consid. 9.3 ; CR CC-I-XOUDIS, art. 54–55 CC N 16 ; MICHEL (FN 99), p. 69.

<sup>101</sup> TF 4A\_455/2018 du 9 octobre 2019, consid. 6.2.1.

<sup>102</sup> TF 4A\_455/2018 du 9 octobre 2019, consid. 6.1.

<sup>103</sup> ATF 121 III 176, consid. 4 ; TF 4A\_4271/2009 du 3 août 2009, consid. 2.1.

<sup>104</sup> ATF 121 III 176, consid. 4a.

III.1.2d). Cependant, contrairement à ce qui prévaut en matière délictuelle, la faute du débiteur est présumée dans le régime de la responsabilité contractuelle. Il appartiendra donc à l'acheteur d'apporter la preuve qu'il n'a commis aucune faute, soit que la violation de son obligation n'était ni intentionnelle ni négligente<sup>105</sup>.

## 2.4 Dommage

Les développements concernant le dommage en matière de responsabilité selon 754 CO s'appliquent (cf. *supra* III.1.2e).

## 2.5 Causalité

Les développements concernant la causalité en matière de responsabilité selon 754 CO s'appliquent (cf. *supra* III.1.2f).

## 3. Responsabilité délictuelle

Outre la voie de la responsabilité pour violation du Rapport de Base (cf. *supra* III.1) et celle de la responsabilité contractuelle pour violation de la Relation de Vente (cf. *supra* III.2), le vendeur peut également agir en responsabilité délictuelle pour dol (cf. *infra* III.3.1) ou pour responsabilité résultant d'un acte illicite (cf. *infra* III.3.2).

### 3.1 Dol (art. 28 CO)

#### a. Définition et conditions

L'art. 28 CO vise à empêcher que des parties ne soient liées par un contrat conclu sous l'emprise d'un vice du consentement. L'auteur d'un dol, au sens de l'art. 28 CO, crée ou exploite l'erreur de l'autre partie, induisant cette dernière à conclure le contrat. Peu importe que l'erreur soit essentielle ou non, le dol doit simplement avoir été causal sur la volonté de conclure<sup>106</sup>.

La victime du dol doit être exposée au dol lors de la conclusion du contrat<sup>107</sup>. Par ailleurs, l'art. 28 CO est une disposition impérative et inconditionnelle, auquel nul ne peut déroger<sup>108</sup>. Il convient également de mentionner que l'art. 31 CO instaure un délai de péremption d'un an au lésé pour faire valoir ses droits<sup>109</sup>. Ce délai commence à courir dès que le dupe a connaissance de son erreur et de la présence d'une tromperie intentionnelle

de la part de son cocontractant. De simples doutes sont insuffisants<sup>110</sup>.

Les conditions de réalisation du dol sont (i) un acte consistant à affirmer des faits faux, à dissimuler des faits vrais ou à entretenir une erreur par dissimulation<sup>111</sup>, alors que l'auteur avait une obligation juridique de renseigner<sup>112</sup>, (ii) l'acte doit être intentionnel<sup>113</sup>, le dol éventuel étant suffisant<sup>114</sup> (iii) l'acte doit être illicite<sup>115</sup>, (iv) l'acte doit provoquer une situation d'erreur chez le cocontractant<sup>116</sup> et (v) un rapport de causalité entre la tromperie et la conclusion du contrat doit exister<sup>117</sup>. Il appartient au dupe de prouver que ces conditions sont réalisées<sup>118</sup>.

En dissimulant volontairement une Information Caractérisée au vendeur, alors qu'un Rapport de Base lui imposait une obligation juridique de le renseigner, l'acheteur peut se rendre coupable d'un dol.

#### b. Conséquences du dol

Selon l'art. 31 al. 1 CO, le dupe peut soit invalider le contrat dans un délai d'un an par simple déclaration<sup>119</sup> (cf. *infra* III.3.1ba), soit ratifier le contrat (cf. *infra* III.3.1bb).

##### ba. Invalidation du contrat

L'invalidation du contrat lui retire ses effets *ex tunc*: il s'agit donc de revenir au moment où les vices de volonté se sont produits, soit avant la conclusion du contrat<sup>120</sup>, afin de replacer les parties dans la situation qui aurait été la leur si le contrat n'avait pas été conclu. Selon la doctrine dominante, les actes de disposition deviennent caducs puisque l'invalidation prive le transfert de propriété d'une cause<sup>121</sup> et la situation antérieure peut être reconstituée par le moyen d'une action en revendication ou, pour les prestations obligationnelles, d'une action en enrichissement illégitime<sup>122</sup>. L'invalidation n'est soumise

<sup>105</sup> TF 4C.89/2005 du 13 juillet 2005, consid. 3.3.1 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 CO n° 54.

<sup>106</sup> ATF 129 III 320, consid. 6.3 ; CR OR I-SCHMIDLIN, art. 28 CO n° 1.

<sup>107</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 CO n° 2.

<sup>108</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 CO n° 4.

<sup>109</sup> TF 4A\_173/2010 du 22 juin 2010, consid. 3.3 ; TF 4C\_383/2001 du 11 avril 2002, consid. 1f ; TF 4C\_257/2000 du 22 novembre 2000, consid. 2b ; SCHWENZER (FN 23), N 39.15.

<sup>110</sup> TF 4C.383/2001 du 11 avril 2002, consid. 1f ; SCHWENZER (FN 23), N 39.15.

<sup>111</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 CO n° 5 ss.

<sup>112</sup> TF 4A\_70/2007 du 22 mai 2007, consid. 5.1.1 ; SCHWENZER (FN 23), N 38.06.

<sup>113</sup> TF 4A\_593/2012 du 14 janvier 2013, consid. 4 ; TF 4A\_270/2010 du 21 janvier 2011, consid. 5.1 ; TF 4A\_70/2007 du 22 mai 2007, consid. 5.1.1.

<sup>114</sup> ATF 136 III 528, consid. 3.4.2 ; ATF 132 II 161, consid. 4.1 ; SCHWENZER (FN 23), N 38.08.

<sup>115</sup> TF 4A\_494/2011 du 1er novembre 2011, consid. 2.2.2 ; SCHWENZER (FN 23), N 38.09.

<sup>116</sup> TF 4A\_270/2010 du 21 janvier 2011, consid. 5.1.

<sup>117</sup> TF 4C.253/2003 du 22 janvier 2004, consid. 2.1 ; SCHWENZER (FN 23), N 38.10.

<sup>118</sup> ATF 129 III 620, consid. 6.3 ; TF 4C.253/2003 du 22 janvier 2004, consid. 2.1 ; TF 4A\_494/2011 du 1er novembre 2011, consid. 2.2.1

<sup>119</sup> ATF 98 II 96, JdT 1973 I 178.

<sup>120</sup> CR CO I-SCHMIDLIN art. 31 CO n° 21.

<sup>121</sup> CR CO I-SCHMIDLIN art. 31 CO n° 23.

<sup>122</sup> CR CO I-SCHMIDLIN art. 31 CO n° 22.

à aucune forme particulière, quand bien même le contrat visé serait soumis à une forme spéciale<sup>123</sup>.

En cas d’invalidation, au même titre que dans le cadre de l’art. 26 CO, le dupe peut essentiellement prétendre à des dommages-intérêts négatifs<sup>124</sup> dans la mesure où son dommage découle directement de l’invalidation du contrat pour cause de dol<sup>125</sup>. Cependant, selon les circonstances, une application correspondante de l’art. 26 al. 2 CO, selon lequel « le juge peut, si l’équité l’exige, allouer des dommages-intérêts plus considérables à la partie lésée », peut être envisagée<sup>126</sup>. Bien qu’il soit possible de prendre en compte des éléments allant au-delà de l’intérêt négatif, il faut se limiter au bénéfice que le co-contractant aurait pu réaliser en cas d’exécution normale du contrat<sup>127</sup>. Il faut donc comprendre que le juge peut alors accorder à la partie lésée des dommages-intérêts allant jusqu’au gain manqué direct (intérêt positif), dans la mesure où celui-ci excède la perte éprouvée et le gain manqué avec des tiers. Ces dommages-intérêts, qui reposent sur l’équité, n’ont à l’évidence pas de fondement dogmatique. Le juge fera usage de son pouvoir d’appréciation (CC 4) et devra prendre en compte toutes les circonstances du cas d’espèce. L’octroi du gain manqué direct est généralement justifiée lorsque les circonstances sont telles que la mesure usuelle des dommages-intérêts heurte le sentiment de justice eu égard à la situation de la partie lésée ou lorsque la faute revêt une gravité particulière<sup>128</sup>. Il convient toutefois de relever que l’application de l’art. 26 al. 2 CO n’a, à notre connaissance, jamais pu être observée dans la jurisprudence<sup>129</sup>. Il semble dès lors difficile de pouvoir obtenir des dommages-intérêts positifs lors de l’invalidation d’un contrat pour dol.

#### bb. Ratification du contrat

S’agissant de la ratification du contrat, celle-ci peut intervenir soit par l’écoulement du délai d’invalidation de 1 an dont dispose le dupe (31 al. 1 CO), soit au moyen d’actes explicites<sup>130</sup>. Dans ce deuxième cas, la ratification doit se faire par une déclaration soumise à réception, sans condition de forme particulière<sup>131</sup>. Il est également possible de ratifier un contrat entaché de dol par actes concluants<sup>132</sup>. La ratification du contrat *ex lege*, soit celle qui intervient automatiquement après l’écoulement du délai de 1 an, ne connaît ni interruption, ni suspension de délai puisque celui-ci est péremptoire<sup>133</sup>.

Si le contrat est ratifié, les dommages-intérêts de l’art. 31 al. 3 CO consistent en « la différence entre ce que la victime a obtenu par le contrat vicié et ce qu’elle aurait pu obtenir si le contrat n’avait pas été vicié »<sup>134</sup>. Cette évaluation ne suit pas le schéma classique des intérêts positifs et négatifs mais résulte d’une comparaison entre le contrat tel qu’il a été conclu sous l’emprise du dol et tel qu’il aurait été conclu sans celui-ci<sup>135</sup>. On cherche ici à rétablir « la situation intacte, sans influence du vice de volonté »<sup>136</sup>. Ce principe est bien illustré par l’arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité (cf. *supra* II.2.2)<sup>137</sup>. En effet, en invalidant partiellement le contrat de vente qui liait les parties et en augmentant le prix de la vente afin de tenir compte de l’indemnisation de l’acheteur par le propriétaire des locaux, le tribunal a octroyé au vendeur des dommages-intérêts positifs et tenté d’établir une situation plus proche de celle qui aurait probablement prévalu si le contrat avait été conclu sans la tromperie de l’acheteur.

Cette solution nous semble particulièrement intéressante pour le cas de l’actionnaire-vendeur victime d’un dol dans le cadre de la vente de ses actions à un organe lui ayant caché une Information Caractérisée. En effet, le vendeur pourra éventuellement obtenir la différence entre le prix qu’il aurait pu obtenir s’il avait eu connaissance de l’Information Caractérisée et le prix qu’il a réellement obtenu, tout en ratifiant le contrat de vente.

Enfin, à côté du dommage contractuel, le dol peut également créer un dommage délictuel selon l’art. 41 CO. Dans ce cas, l’acte délictuel ne concerne pas la conclusion du contrat mais touche le devoir général sanctionné par l’art. 41 CO de ne pas causer de dommage à autrui<sup>138</sup>.

### 3.2 Responsabilité résultant d’actes illicites (41 CO)

#### a. Définition et conditions

La responsabilité délictuelle a pour but de compenser un préjudice causé à une personne en la remettant dans la situation qui aurait été la sienne si l’acte illicite ne s’était pas produit<sup>139</sup>. L’art. 41 CO sanctionne la responsabilité aquilienne<sup>140</sup> et institue une clause générale de responsabilité pour faute<sup>141</sup>. Dans le cas d’une action en responsabilité au sens de l’art. 41 CO, l’administrateur ou di-

<sup>123</sup> ATF 132 II 165, consid. 2.2.

<sup>124</sup> BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 31 N 23.

<sup>125</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 45; BK-SCHMIDLIN, OR 31 N 83.

<sup>126</sup> BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 31 N 23.

<sup>127</sup> KOLLER (FN 23), N 14.229.

<sup>128</sup> KUONEN (FN 11), n° 1986.

<sup>129</sup> BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 26 N 8.

<sup>130</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 34.

<sup>131</sup> BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 31 N 17.

<sup>132</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 36.

<sup>133</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 38.

<sup>134</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 46.

<sup>135</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 46.

<sup>136</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 47.

<sup>137</sup> Jugement du tribunal de commerce du canton de Zurich du 16 février 2017.

<sup>138</sup> CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 CO n° 49.

<sup>139</sup> CR CO II-WERRO, Intro. Art. 41–61 CO n° 2 ; FRANZ WERRO, Le dommage : l’état d’une notion plurielle, in : Werro/Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile, Berne 2013, p. 3.

<sup>140</sup> ATF 133 III 323, consid. 5.1 ; CR CO II-WERRO, Intro. Art. 41–61 CO n° 32.

<sup>141</sup> CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 6 ; SCHWENZER (FN 23), N 50.02.

recteur fautif est recherché en tant qu'individu, et non en tant que membre d'une société. En cas de concours avec une éventuelle responsabilité contractuelle, le lésé peut choisir le régime qui lui est le plus favorable. De manière générale, le lésé aura avantage à privilégier la responsabilité contractuelle car les délais de prescriptions de l'art. 127 CO sont plus longs<sup>142</sup> et la faute est présumée.

A l'instar de la responsabilité de l'organe dans l'administration et la gestion (cf. *supra* III.1.2), les conditions de la responsabilité délictuelle générale de l'art. 41 CO sont (i) un acte illicite, (ii) un dommage, (iii) une faute et (iv) un rapport de causalité naturelle et adéquate entre cet acte et le dommage<sup>143</sup>.

Les notions de dommage et de causalité de l'art. 41 CO sont également identiques à celles de la responsabilité contractuelle<sup>144</sup> (cf. *supra* III.2.4 et III.2.5). A noter que la perte de chance n'est pas un poste de dommage réparable par la responsabilité délictuelle<sup>145</sup>. La preuve du dommage subi incombe à la partie lésée<sup>146</sup>.

Le dommage doit être le fruit d'un acte illicite. Selon la théorie objective de l'illicéité, l'auteur fautif doit avoir violé un droit absolu du lésé, soit une norme protégeant un droit de la personnalité, un droit réel ou de la propriété intellectuelle (illicéité de résultat) ou doit avoir violé une norme de comportement « destinée à protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé » (illicéité de comportement)<sup>147</sup>. Un acte dommageable portant uniquement atteinte à des droits purement économiques, soit qui ne porte pas préjudice à l'intégrité d'une personne ou n'endommage pas, ne détruit pas ou ne cause pas la perte d'une chose, ne viole pas un droit absolu du lésé et devra alors être protégé par une norme de comportement spéciale afin constituer une responsabilité délictuelle<sup>148</sup>. Une telle norme de comportement peut résulter de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, notamment du droit privé, pénal ou administratif. Ces normes peuvent être écrites ou non écrites et provenir de droit fédéral ou cantonal<sup>149</sup>. Par ailleurs, une responsabilité civile du fait d'une omission de l'auteur n'est possible que si l'auteur avait un devoir d'agir, en vertu d'une position de garant

à l'encontre du lésé<sup>150</sup>. C'est au lésé d'apporter la preuve que l'auteur a violé une norme de comportement qui le protégeait<sup>151</sup>.

Seul un auteur qui commet une faute, soit « un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique »<sup>152</sup>, peut être responsable au sens de l'art. 41 CO, peu importe qu'il agisse intentionnellement ou par négligence<sup>153</sup>. Le degré de faute n'est pas pris en compte pour la reconnaissance d'une responsabilité civile de l'art. 41 CO, mais peut être déterminant pour la fixation de l'indemnité<sup>154</sup>.

La prescription de l'art. 60 CO s'applique à la responsabilité délictuelle : le lésé dispose de 1 an à compter du jour où il a connaissance du dommage et de l'identité de l'auteur de l'acte illicite et au plus de 10 ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit pour intenter l'action de l'art. 41 CO.

## b. Conséquence de l'acte illicite

Lorsque le lésé parvient à établir que les quatre conditions susmentionnées sont réalisées, il peut réclamer une compensation du préjudice subi destinée à le remettre dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était jamais produit. Pour ce faire, il convient de fixer l'étendue du dommage subi, ainsi que le mode de réparation et l'indemnité que le lésé sera en mesure de réclamer en réparation du dommage subi.

En vertu de l'art. 42 al. 1 CO, la preuve du montant du dommage subi doit être apportée par le lésé, sous réserve du cas où celui-là ne peut être établi. Dans un tel cas, le juge détermine le montant exact du dommage en équité en tenant compte du cours ordinaire des choses et des mesures prises par le lésé (al. 2).

Dans tous les cas, il appartient au juge de déterminer d'office et selon son appréciation le mode de la réparation. Outre le mode ordinaire de la réparation en espèces – soit le versement d'une somme d'argent sous forme de prestation unique ou périodique destinée à couvrir les frais requis pour réparer le dommage – une réparation en nature est également envisageable<sup>155</sup>. Si le responsable est tenu de réparer le dommage établi conformément à l'art. 42 CO dans son intégralité, l'étendue de l'indemnité sera toutefois fixée par le juge en fonction des circonstances et de la gravité de la faute<sup>156</sup>.

<sup>142</sup> CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 3.

<sup>143</sup> ATF 132 III 122, consid. 4.1 ; TF 4A\_74/2016 du 9 septembre 2016, consid. 2.2 ; CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 6.

<sup>144</sup> TF 4A\_41/2016 du 20 juin 2016, consid. 3.6.

<sup>145</sup> ATF 133 III 462, consid. 4.3 ; CR CO II-WERRO, art. 41 CO n° 16 ss ; WERRO (FN 139), p. 12 ss.

<sup>146</sup> ATF 127 III 543, consid. 2b ; TF 4A\_513/2010 du 30 août 2011, consid. 7.4.1.

<sup>147</sup> TF 4A\_261/2015 du 30 octobre 2015, consid. 4.2 ; Voir aussi ATF 133 III 323, consid. 5.1 ; ATF 132 III 122, consid. 4.1 ATF 129 IV 322, consid. 2.2.2 ; CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 20, n° 75 (pour l'illicéité de résultat) et n° 76 (pour l'illicéité de comportement) ; MIGUEL SOGO, Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Zurich 2015, p. 339.

<sup>148</sup> ATF 133 III 323, consid. 5.1.

<sup>149</sup> ATF 133 III 323, consid. 5.1 ; ATF 129 IV 322, consid. 2.1 ; TF 4A\_428/2014 du 21 janvier 2015, consid. 6.2 ; CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 20.

<sup>150</sup> ATF 126 III 113, consid. 2a ; CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 77.

<sup>151</sup> TF 4A\_173/2010 du 22 juin 2010, consid. 4.2.

<sup>152</sup> CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 56.

<sup>153</sup> BENOÎT CHAPPUIS, La responsabilité civile de l'entreprise, in : Chappuis/Winiger (éd.), Responsabilité civile – responsabilité pénale, Journée de la responsabilité civile, Genève 2018, p. 90 ; CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 56.

<sup>154</sup> CR CO I-WERRO, art. 41 CO n° 68.

<sup>155</sup> CR CO I-WERRO, art. 43 CO n° 9.

<sup>156</sup> CR CO I-WERRO, art. 43 CO n° 15.

#### IV. Conclusion

Si notre droit impose clairement un devoir d'information au vendeur dans le cadre d'une Relation de Vente, la jurisprudence récente laisse désormais penser qu'un tel devoir pourrait également incomber à l'acheteur dans des situations bien spécifiques.

Dans cette contribution, nous démontrons qu'en présence d'un Rapport de Base d'une certaine intensité et d'une connexité suffisante avec l'objet de la vente, l'acheteur peut se voir imposer une obligation d'information lorsqu'il détient une Information Caractérisée, soit, notamment, toute information « privilégiée » et « pertinente » relativement au prix de vente.

Un *caveat* s'impose toutefois, car admettre trop légèrement une telle obligation de l'acheteur aurait pour conséquence de voir l'acheteur devenir le tuteur du vendeur, ce qui n'est ni l'esprit ni la lettre de notre droit. A nouveau, seules des circonstances très spécifiques devraient permettre d'arriver à une telle conclusion.

---