

IDé

Institut Droit et Economie
Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Mélanges en l'honneur de Festschrift für Walter A. Stoffel

avec un accent
sur la société simple

mit Betonung auf die
einfache Gesellschaft

Marc Amstutz/Isabelle Chabloz/
Michel Heinzmann/Inge Hochreutener
(édit./Hrsg.)

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Growth Publisher Law, Bern 2014

ISBN 978-3-906235-03-5 (Growth Publisher Law)

Vertriebskooperation mit Schulthess Juristische Medien AG

ISBN 978-3-72555-7146-8 (Schulthess Juristische Medien AG)

www.growthpublisher-law.ch

www.schulthess.com

Actio pro socio : une approche procédurale

Isabelle Chabloz/Michel Heinzmann***

Table des matières

- I. Introduction
 - II. L'origine de l'actio pro socio et des controverses à son sujet
 - III. Les controverses doctrinales
 - A. L'actio pro socio comme droit propre de l'associé découlant du contrat de société
 - 1. La présentation
 - 2. Les critiques
 - B. L'actio pro socio comme droit de conduire le procès découlant du statut d'associé
 - 1. La présentation
 - 2. Les critiques
 - C. L'actio pro socio contraire au droit, sauf exception
 - 1. La présentation
 - a) Le concept
 - b) L'action sociale comme règle
 - c) L'actio pro socio comme exception
 - 2. Les critiques
 - D. L'analyse
 - IV. L'actio pro socio d'un point de vue procédural
 - A. La distinction entre l'action et le droit substantiel
 - 1. Une conception peinant à s'établir en Suisse ?
 - 2. Une preuve de l'existence du droit d'action : la Prozessstandschaft
 - B. La droit d'action de l'associé : un pour tous ?
 - 1. Le problème
 - 2. La solution proposée
 - a) L'exigence d'une base légale
 - b) L'actio pro socio comme cas de Prozessstandschaft modo legislatoris
 - V. Quelques conséquences procédurales
 - A. Pas de subsidiarité de l'actio pro socio
 - B. La litispendance et l'autorité de la chose jugée
 - C. La pluralité de demandeurs
 - D. Le régime des exceptions et des objections
 - VI. Conclusion
- Bibliographie

* Professeure associée à UniDistance.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg. Les auteurs remercient très chaleureusement Mme Delphine Disler, MLaw, pour la mise au point du texte.

I. Introduction

La responsabilité dans le droit de la société anonyme est l'un des nombreux sujets de prédilection de WALTER A. STOFFEL.¹ Une action importante dans ce contexte, au moins en théorie, est l'action sociale oblique de l'art. 756 CO qui permet aux actionnaires de faire valoir le dommage causé à la société par ses organes dirigeants. La jurisprudence du Tribunal fédéral,² en accord avec l'opinion de la doctrine quasi unanime,³ admet maintenant que le droit de l'actionnaire est un droit de faire valoir en son nom le dommage de la société (*Prozessstandschaft*). Cela est conforme au rôle de contrôle dévolu aux actionnaires par les théories sur la corporate governance.⁴ Si la question de la nature de l'action de l'art. 756 CO semble donc être résolue en droit de la SA, tel est loin d'être le cas pour l'*actio pro socio* qui permet aux associés d'une société simple de réclamer à titre individuel les prestations promises dans le contrat de société ou d'intenter une action en responsabilité en raison de la violation de ce contrat.⁵

Dans un arrêt relativement récent, le tribunal de commerce du canton de Zurich a indiqué qu'il est admis que par le biais de l'*actio pro socio* chaque associé d'une société simple a le droit d'obliger ses coassociés à exécuter leurs prestations vis-à-vis de la société.⁶ Il a ajouté qu'il faut voir dans l'*actio pro socio* un droit de l'associé-demandeur d'agir en son propre nom pour le compte de la société (*Prozessstandschaft*).⁷ Quant au Tribunal fédéral, il reconnaît l'existence de cette action et précise qu'elle ne peut pas être étendue par analogie pour faire valoir des prétentions de la société à l'égard de tiers.⁸

Si avant l'introduction du régime de la propriété commune dans le droit de la société simple, il était relativement clair que l'*actio pro socio* était un droit d'action propre de l'associé d'agir pour son propre compte, les controverses doctrinales se multiplient depuis l'adoption du régime de la propriété commune (II). Ces controverses (III) concernent d'une part la question de la nature de l'*actio pro socio* (droit d'action pro-

1 Voir p. ex. pour les publications les plus récentes : STOFFEL, Mündigkeit der Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit im Aktienrecht: Abschied vom direkten Gläubigerschaden, in : KUNZ/HERREN/COTTIER/MATTEOTTI (édit.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren*, Bâle 2009, p. 21–38 ; LE MÊME, La solidarité différenciée en matière de responsabilité des organes en droit des SA, in : WERRO (édit.), *La pluralité des responsables*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007, Université de Fribourg, Berne 2009, p. 105–126 ou encore le fameux ouvrage qu'il a coédité : *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates/La responsabilité des administrateurs*, Zurich 1994.

2 ATF 132 III 342, c. 4.3.

3 Voir p. ex., CHABLOZ, § 794 et les réf. citées.

4 CHABLOZ, § 968 ss.

5 Concernant les prétentions en responsabilité, voir p. ex. TAORMINA, N 188 SS.

6 HG 120103 du 16.10.2012, c. 4.4.

7 *Ibid.*

8 TF 11.8.2010 4A_275/2010, c. 5.

pre d'agir pour son compte ou *Prozessstandschaft*) et, d'autre part, la relation entre l'*actio pro socio* et l'action sociale (priorité de l'action sociale ou non). Sur la base d'une approche procédurale (IV), cet article démontre que l'*actio pro socio* est un cas de *Prozessstandschaft* modo legislatoris et que, comme l'action de l'art. 756 CO, cette action existe parallèlement à l'action sociale. La nature de l'*actio pro socio* n'est pas une question purement théorique, puisqu'elle a des conséquences directes sur plusieurs questions procédurales, dont certaines seront abordées dans la dernière partie (V).

II. L'origine de l'*actio pro socio* et des controverses à son sujet

Le droit de la société simple dans sa version actuelle repose sur deux fondements différents. D'une part, il a été influencé par la *societae* du droit romain (basée sur la copropriété), d'autre part, par le concept de la main commune du droit germanique.

Dans le CO de 1881, la société simple était une relation purement contractuelle⁹ et le régime patrimonial applicable était celui de la copropriété. Ce régime était influencé par la société civile du droit français, inspirée de la *societae* du droit romain.¹⁰ Cela explique, au moins en partie, que la société simple se trouve sous le titre deuxième du CO consacré aux diverses espèces de contrats et non dans la troisième partie traitant des sociétés commerciales et de la coopérative. Le problème du régime de la copropriété est qu'il permettait aux créanciers personnels des associés de mettre la main sur la part de copropriété des associés durant l'existence de la société, au détriment des créanciers sociaux.¹¹

Lors de la révision de 1911, un patrimoine social a été introduit sous la forme d'une propriété en commun (art. 544 al. 1 CO),¹² sur le modèle de la société ordinaire du Code civil allemand du 18 août 1896 (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts*). La conséquence est que durant l'existence de la société les parts des associés sont, sauf convention contraire,¹³ confondues et que, par conséquent, les créanciers personnels des associés ne peuvent faire valoir un droit que sur la part de liquidation (art. 544 al. 2 CO). De cette manière, le patrimoine de la société est séparé de celui des associés, sans qu'il soit nécessaire de conférer la personnalité juridique à la société simple.

9 FELLMANN/MÜLLER, BK Vorb. art. 530–551 N 138; MÜLLER, N 117.

10 VOGELSANG, p. 23 s. et p. 27.

11 *Id.*, p. 28. Voir également BO CN 1909, p. 719, qui se réfère explicitement à ce problème.

12 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 3 mars 1905, concernant le projet de loi destiné à compléter le projet CCS, FF 1905 II 1 ss, p. 38 et surtout son supplément du 1er juin 1909, FF 1909 III 747 ss, p. 777.

13 Le contrat de société peut prévoir que le régime de la copropriété s'applique.

Lorsque le régime de la copropriété s'applique, il n'existe pas de patrimoine social séparé et les associés sont tenus d'effectuer leurs prestations en faveur des autres associés. Par conséquent, lorsqu'un associé n'effectue pas sa prestation, chacun des autres associés a un droit propre d'agir en justice, par le biais de l'*actio pro socio*. Avec l'introduction de la propriété en main commune, cette conception est mise à mal puisque l'associé doit sa prestation à la société (à la main commune) et non plus à ses coassociés. Sur cette base, la doctrine récente admet unanimement le droit de la société de réclamer la prestation, par le biais de l'action sociale (*Gesellschaftsklage*).¹⁴ Elle reconnaît également, conformément à la jurisprudence du TF,¹⁵ que l'*actio pro socio* continue à pouvoir être exercée pour le compte de la société, mais peine en revanche à la fonder dogmatiquement et à établir son lien avec l'action sociale.

III. Les controverses doctrinales

A. L'*actio pro socio* comme droit propre de l'associé découlant du contrat de société

1. La présentation

Selon la conception dominante en Suisse, l'*actio pro socio* trouve son fondement dans le contrat de société.¹⁶ Lors de la conclusion du contrat de société, les associés s'obligent mutuellement à faire un apport à la société en vue d'atteindre le but social (art. 530, 531 al. 1 et 544 al. 1 CO).¹⁷ Avec l'*actio pro socio*, l'associé demande en justice que son coassocié remplisse la promesse contractuelle qu'il lui a faite.¹⁸ L'*actio pro socio* découle donc des suites normales de la conclusion d'un contrat. Une particularité résulte néanmoins du fait que l'associé ne demande pas l'exécution du contrat en sa faveur, mais en faveur de la société (stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO).¹⁹

Le fait de rattacher l'*actio pro socio* au droit des contrats plutôt qu'au droit des sociétés conduit logiquement à considérer que celle-ci n'est pas subsidiaire, mais qu'elle existe parallèlement à l'action de la société, tant durant l'existence de la société

14 Parmi d'autres : JOB, p. 92 ss ; HANDSCHIN/VONZUN, ZK art. 531 N 165 ss ; KRATZ, p. 18 s. ; TSCHUDI, p. 84 ; VON STEIGER, p. 377 s. ; TAORMINA, N 296 ss.

15 TF 11.8.2010 4A_275/2010, c. 5.

16 JOB, p. 98 ; HARTMANN, p. 399 ss ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 N 35 ; RUEDIN, N 798 s. ; TSCHUDI, p. 88 ; VON STEIGER, p. 377 ss.

17 HARTMANN, p. 400 ; VON STEIGER, p. 377.

18 Dans ce sens, HARTMANN, p. 400.

19 *Ibid.*

que durant sa liquidation.²⁰ Une partie minoritaire de la doctrine considère néanmoins que l'*actio pro socio* ne peut être intentée que lorsque l'action sociale n'est pas introduite, soit au motif que la société n'est pas en mesure ou soit qu'elle renonce à l'introduire.²¹ Un auteur considère même qu'elle ne peut être introduite que dans des cas exceptionnels (*infra* C).

Au surplus, comme selon cette conception l'*actio pro socio* permet de faire valoir la créance découlant du contrat de société, il s'agit d'un droit d'action propre découlant du contrat et non pas d'une *Prozessstandschaft*.²² Par conséquent, le défendeur peut uniquement opposer au demandeur les exceptions qu'il a à son encontre, et éventuellement les exceptions qu'il a à l'égard de la société concernant l'existence et l'exigibilité de la créance.²³ Au surplus, la décision n'a autorité de la chose jugée que pour les parties et non pas pour la société.²⁴ Enfin, lorsque l'*actio pro socio* est pendante, l'exception de litispendance ne peut pas être opposée si un autre associé ou la société elle-même ouvre action.²⁵

2. Les critiques

Outre les problèmes et désavantages pratiques engendrés par le droit d'action propre, celui-ci ne tient pas suffisamment compte du fait que la prétention que l'associé fait valoir est une prétention qui appartient à la société (*supra* II).²⁶ La seule manière de fonder l'action sociale est, selon cette conception, de considérer que les prestations des associés constituent une stipulation pour autrui.²⁷ Il est cependant très difficile de fonder un rapport de valeur (*Valutaverhältnis*) entre l'associé (le stipulant) et la main commune (le tiers) et de voir dans le fait qu'un associé (le promettant) effectue sa prestation, une donation de l'associé stipulant à la main commune (le tiers).²⁸ En effet, la créance est une créance de la main commune et non une créance appartenant à titre personnel au coassocié.²⁹ Par conséquent, l'associé ne peut pas exercer un droit

20 HARTMANN, 409 s. ; KRATZ, p. 22 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 41 ; VON STEIGER, p. 379 s.

21 JOB, p. 92 ss ; TSCHUDI, p. 95. HANDSCHIN/VONZUN, ZK art. 531 N 184 ss considèrent qu'elle est subsidiaire, sauf en cas de liquidation lorsque la prétention réclamée ne sert pas à couvrir les pertes, mais à régler les relations internes entre associés.

22 HANDSCHIN/VONZUN, ZK art. 530 N 306 et 531 N 177 ss ; HARTMANN, p. 412 ; JOB, p. 38 ; KRATZ, p. 20 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 N 35 ; TSCHUDI, p. 89.

23 HANDSCHIN/VONZUN, ZK art. 531 N 197 ; HARTMANN, p. 414 ss ; VON STEIGER, p. 379.

24 HANDSCHIN/VONZUN, ZK art. 531 N 195 s. ; HARTMANN, p. 416.

25 HARTMANN, p. 417.

26 Pour la doctrine allemande : SCHANBACHER, p. 25 et les auteurs cités N 78.

27 HADDING, p. 44 s.

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

d'action propre, mais uniquement agir en son nom, mais pour le compte de la société (*Prozessstandschaft*).³⁰ Partant, certains auteurs ont cherché un nouveau fondement à l'*actio pro socio* (B), voire l'ont déclarée contraire au droit sauf exception (C).

B. L'*actio pro socio* comme droit de conduire le procès découlant du statut d'associé

1. La présentation

Selon FELLMANN/MÜLLER, l'*actio pro socio* remplit dans les sociétés de personnes, le même rôle que les droits des minoritaires dans les sociétés de capitaux.³¹ Selon eux, l'*actio pro socio* confère à l'associé le droit d'agir en son propre nom pour le compte de la main commune (*Prozessstandschaft*) et non directement pour son propre compte. Ces auteurs ne fondent pas leur point de vue de manière dogmatique mais se contentent d'affirmer qu'il s'agit de la seule solution acceptable pour des motifs pratiques.³² En effet, selon eux cette conception est la seule permettant, premièrement, d'étendre l'autorité de la chose jugée de la décision rendue sur l'*actio pro socio* à tous les associés et, deuxièmement, d'opposer à l'associé d'éventuels remises ou report d'exigibilité.³³

Selon cette conception, l'*actio pro socio* est subsidiaire à l'action sociale et ne peut être intentée que si l'action sociale n'est pas exercée (quel qu'en soit le motif) ou qu'elle ne peut l'être.³⁴ L'*actio* ne sera recevable que si l'associé fait valoir qu'il est nécessaire qu'il s'ingère dans la gestion de la société. S'agissant, selon ces auteurs, d'un droit des minoritaires, le juge ne devrait pas être trop exigeant en ce qui concerne le degré de preuve exigé.³⁵ Enfin, comme le demandeur n'est pas titulaire de la créance, il ne pourra pas, selon eux, accorder un délai de paiement, renoncer à la créance ou conclure une transaction.³⁶ Quant au défendeur, il pourra opposer à l'action les exceptions et objections qu'il a concernant la créance.³⁷

30 GRUNEWALD, p. 12 ss ; ULMER/SCHÄFER, § 705 N 208 ; WIEDEMANN, p. 461.

31 FELLMANN/MÜLLER, BK art. 530 N 636.

32 *Id.* N 639.

33 *Id.* N 640.

34 *Id.* N 641.

35 *Id.* N 641 s.

36 *Id.* N 643.

37 *Ibid.*

2. Les critiques

La conception de droit allemand consistant à voir dans l'*actio pro socio* un droit des minoritaires visait essentiellement à étendre son application aux sociétés de capitaux, puisque pour ces sociétés, l'*actio pro socio* ne peut découler d'un contrat. En effet, ce n'est qu'assez récemment qu'une disposition a été introduite dans le droit allemand permettant à certaines conditions aux actionnaires minoritaires d'attaquer les dirigeants en responsabilité.³⁸ Le droit suisse connaît lui une telle action à l'art. 756 CO qui permet à chaque actionnaire d'intenter une action en responsabilité contre les membres du conseil d'administration et de la direction.³⁹ Une importation de ce concept du droit allemand est certes envisageable, mais elle doit être dogmatiquement mieux fondée. En effet, dès que le contrat de société ne sert plus de base à l'*actio pro socio*, il est difficile de limiter son application uniquement aux prestations entre associés.⁴⁰ Pourquoi un associé devrait-il pouvoir s'ingérer dans la gestion lorsqu'il s'agit de faire valoir les prétentions des associés, mais non pas lorsqu'il s'agit de réclamer l'exécution d'un contrat conclu avec un tiers? Or, en accord avec la jurisprudence du TF,⁴¹ FELLMANN/MÜLLER excluent toute application de l'*actio pro socio* pour faire valoir une prétention à l'égard de tiers.⁴²

C. L'*actio pro socio* contraire au droit, sauf exception

1. La présentation

a) Le concept

Selon une conception tout à fait minoritaire, seule la main commune peut faire valoir les prétentions internes à la société, au moyen de l'action sociale (*Gesellschaftsklage*).⁴³ Ce n'est qu'exceptionnellement lorsque l'*actio pro socio* ne contrevient pas au mécanisme décisionnel qu'elle peut être exercée.⁴⁴

38 Voir § 148-149 AktG introduits par l'UMAG en 2005. A ce propos, voir p. ex., CHABLOZ, § 495 ss.

39 Voir p. ex., CHABLOZ, § 791 ss.

40 De cet avis, BARNERT, p. 87.

41 TF 11.8.2010 4A_275/2010, c. 5.

42 FELLMANN/MÜLLER, BK art. 530 N 6.

43 TAORMINA, N 295 ss.

44 TAORMINA, N 366 ss.

b) L'action sociale comme règle

La doctrine suisse admet que les prétentions sociales peuvent être réclamées par le biais de l'action sociale.⁴⁵ La question est en revanche controversée de savoir si une décision sociale est nécessaire ou non. La majorité de la doctrine l'admet, en considérant, soit qu'il s'agit d'une décision fondamentale (*Grundlagengeschäft*) qui tombe sous le coup de l'art. 534 CO,⁴⁶ soit qu'il s'agit d'un acte juridique extraordinaire (*aussergewöhnliche Rechtshandlung*) au sens de l'art. 535 al. 3 CO,⁴⁷ nécessitant le consentement unanime de tous les associés. TAORMINA défend la première opinion, mais distingue selon que la société est en liquidation ou non. Hors liquidation, la décision d'intenter l'action sociale est, selon lui, une décision fondamentale qui nécessite l'unanimité ou la majorité prévue par le contrat.⁴⁸ Durant la phase de liquidation, il est d'avis qu'il s'agit d'un acte d'administration courant qui ne nécessite plus de décision sociale.⁴⁹

Selon TAORMINA, hors liquidation, l'*actio pro socio* est contraire au régime légal, car elle permet à un seul associé de faire valoir une prétention alors que le régime légal impose une décision sociale.⁵⁰ Cet auteur admet néanmoins, certaines exceptions.

c) L'*actio pro socio* comme exception

Selon TAORMINA, une *actio pro socio* est exceptionnellement possible hors liquidation lorsqu'en raison de circonstances exceptionnelles, elle ne contrevient pas au mécanisme décisionnel de la société.⁵¹ Tel est le cas, lorsque les associés ont convenu dans le contrat de société des situations dans lesquelles une *actio pro socio* peut être intentée.⁵² Une autre circonstance dans laquelle l'*actio pro socio* est admissible est celle dans laquelle la société se trouve dans l'impossibilité de prendre une décision,⁵³ en particulier parce qu'elle n'a que deux associés ou alors lorsque la décision de ne pas intenter l'action sociale est viciée.⁵⁴ Durant la liquidation, l'*actio pro socio* peut être intentée puisqu'aucune décision sociale n'est requise.⁵⁵

45 Parmi d'autres : JOB, p. 92 ss ; HANDSCHIN/VONZUN, ZK art. 531 N 165 ss ; KRATZ, p. 18 s. ; TSCHUDI, p. 84 ; VON STEIGER, p. 377 s. ; TAORMINA, N 296 ss.

46 TAORMINA, N 150 et 314 ss.

47 JOB, p. 105 ; TSCHUDI, p. 94 s. ; HANDSCHIN/VONZUN, ZK art. 531 N 160.

48 TAORMINA, N 318 ss.

49 *Id.* N 320.

50 TAORMINA, N 363.

51 *Id.* N 364.

52 *Id.* N 366.

53 *Id.* N 371 ss.

54 *Id.* N 375 ss.

55 *Id.* N 377 s.

Selon cet auteur, l'*actio pro socio* n'est pas un droit d'action propre découlant du contrat, mais un droit de l'associé d'agir en son propre nom, mais pour le compte de la société dans des circonstances exceptionnelles (*Prozessstandschaft*).⁵⁶ Il ne s'agit donc pas selon lui d'un droit d'agir prévu conventionnellement (*gewillkürte Prozessstandschaft*), mais d'un droit d'agir résultant de circonstances exceptionnelles.

2. Les critiques

L'analyse de TAORMINA confère une place trop importante à l'organisation interne de la société. Selon cet auteur, les associés forment une société dotée d'une organisation et ils se doivent de respecter cette organisation. Par conséquent, sauf circonstances exceptionnelles, les associés ne peuvent pas exercer l'*actio pro socio*. Cet auteur ne prend cependant pas position sur le fondement de l'*actio pro socio*, se contentant d'indiquer que celle-ci est licite dans certains cas exceptionnels. Pour comprendre le raisonnement de TAORMINA, il faut se référer à HADDING, dont il s'est fortement inspiré. Selon HADDING, l'*actio pro socio* est un droit de co-gestion attribué à l'associé lorsque dans certaines circonstances exceptionnelles le processus décisionnel ne fonctionne pas.⁵⁷ Selon cet auteur, il s'agit d'un moyen complémentaire et subsidiaire pour atteindre le but social, lorsque le système organisationnel ne fonctionne plus.⁵⁸

Le principal problème de cette conception est qu'elle n'a de sens que si l'on reconnaît à la société simple la personnalité juridique et donc la légitimation active. En effet, lorsque le juge doit se prononcer sur l'admission ou le rejet de l'*actio pro socio*, il doit premièrement se demander si la personne qui agit ou pour le compte de laquelle le demandeur agit a la légitimation active. Or, si l'on ne reconnaît pas la personnalité juridique à la société simple, la légitimation active appartient aux associés en tant que Consorts matériels nécessaires aussi bien dans que hors liquidation (*infra* IV.B.1). Ainsi, si certains associés refusent de prendre part au procès, le juge devra rejeter l'action, indépendamment de la question de savoir si une décision sociale a été valablement prise ou non. TAORMINA n'hésite pas à franchir le pas et à considérer, en s'ins-

⁵⁶ *Id.* N 380.

⁵⁷ HADDING, p. 57 ss.

⁵⁸ *Id.* p. 58.

pirant du droit allemand,⁵⁹ que la société simple a la personnalité juridique.⁶⁰ Ce, contre l'avis unanime de la doctrine suisse.⁶¹

Une autre question est celle de savoir si l'administrateur ou un associé a éventuellement le droit de conduire le procès en son nom, mais pour le compte de tous les associés (*Prozessstandschaft*). Or, comme TAORMINA ne se prononce pas sur le fondement de l'*actio pro socio*, il n'explique pas non plus pourquoi elle n'est pas un droit d'action propre, mais uniquement une *Prozessstandschaft*. Il se contente d'indiquer que ce sont les circonstances qui confèrent ce droit à l'associé et non pas une convention.

D. L'analyse

Une analyse fondée sur le droit de la société simple uniquement est dans l'impossibilité d'apporter une solution dogmatiquement cohérente. En effet, soit on se fonde sur le concept du droit romain et on admet que les prestations sont dues aux associés et que donc eux seuls peuvent les faire valoir par le biais de l'*actio pro socio*.⁶² Soit, on se fonde sur le concept du droit allemand et l'on admet que la communauté des associés est créancière des prestations des associés et que c'est donc elle qui a la légitimation active.⁶³

La théorie visant à fonder à la fois une créance de l'associé et de la société en considérant que le contrat de société contient une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 CO) en faveur de la main commune ne convainc pas. En effet, si par exemple A s'engage à apporter un bien en propriété à la société, A ne s'engage pas en tant que promettant envers B et C (stipulants) à faire une prestation à la main commune (le tiers). Au contraire, il s'engage directement à effectuer une prestation à la main commune et c'est elle qui est directement titulaire de la créance. A ne pourra ainsi se libérer qu'en transférant la propriété du bien à la main commune, à savoir à A, B et C et non pas en la transférant à l'un des associés de son choix. On ne peut pas non plus fonder un rapport de valeur entre B, C et la main commune dans le sens où on

59 Le Bundesgerichtshof a reconnu la personnalité juridique à la société ordinaire du code civil allemand dans un arrêt de 2001, BGH, NJW 2001, 1056 = ZIP 2001, 330 = BB 2001, 374. A propos de cet arrêt et de ses conséquences, voir p. ex., FELLMANN/MÜLLER, BK Vorb. art. 530–551, N 111 ss,

60 TAORMINA, N 94 ss.

61 Parmi d'autres, FELLMANN/MÜLLER, BK Vorb. art. 530–551 N 74 ss, en particulier N 143 ss; HANDSCHIN, BSK art. 530 N 6; HANDSCHIN/VONZUN, ZK art. 530 N 102 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 15, VON STEIGER, p. 446.

62 Vision défendue par le Tribunal fédéral dans un ancien arrêt de 1898, ATF 24 II 731, cité dans l'ATF 134 III 643, c. 5.5.3. Voir également VOGELSANG, p. 119.

63 Dans un ATF 37 II 35, c. 3, le TF a affirmé que le commanditaire doit la commandite à la société et non pas à l'associé qui ne peut la réclamer à titre individuel.

ne peut pas considérer que la prestation de A est une libéralité ou un prêt de B et C à la société. Par conséquent, la légitimation active appartient à A, B et C et il n'est donc pas correct de considérer que l'*actio pro socio* est un droit d'action propre des associés.

IV. L'*actio pro socio* d'un point de vue procédural

Force est donc de constater que l'*actio pro socio* ne trouve pas de fondement dans le droit (matériel) de la société simple. Et pourtant – comme nous l'avons vu – elle existe bel et bien. D'un point de vue procédural, ne faut-il pas simplement considérer l'*actio pro socio* comme la faculté appartenant à tout associé de procéder en justice afin de faire valoir une prétention appartenant à tous les associés ?

A. La distinction entre l'action et le droit substantiel

1. Une conception peinant à s'établir en Suisse ?

Au 19^e siècle, le civiliste français CHARLES DEMOLOMBE a proposé la définition suivante de l'action : « L'action [...], c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix ».⁶⁴ Cette conception selon laquelle l'action fait partie du droit substantiel est considérée comme dépassée depuis fort longtemps en France,⁶⁵ même si l'on s'accorde aujourd'hui sur le fait qu'il existe un lien entre l'action et le droit substantiel, car celui qui agit en justice doit alléguer la titularité d'un tel droit.⁶⁶ La distinction entre l'action et le droit substantiel est également admise en Italie.⁶⁷ Il en va de même en Allemagne et en Autriche où la doctrine souligne l'importance de différencier entre la *Prozessführungsbefugnis* et la *Sachlegitimation*.⁶⁸

64 DEMOLOMBE, N 338.

65 Voir notamment les travaux de VIZIOZ, p. 147 s. et MOTULSKY, p. 215 s.

66 CADIET, N 785.

67 En Italie, le fameux procéduraliste GIUSEPPE CHIVOENDA retenait, en 1923 déjà, que « [l']azione non è una cosa sola coll'obbligazione, non è il mezzo per attuare l'obbligazione, non è l'obbligazione nella sua tendenza all'attuazione, né un effetto dell'obbligazione né è un elemento né una funzione del diritto soggettivo : ma un diritto distinto ed autonomo, che nasce e può estinguersi indipendentemente dall'obbligazione [...] » (CHIVOENDA, p. 47). La conception d'une existence distincte de l'action par rapport au droit de fond est unanimement reconnue par les juristes transalpins (MANDRIOLI, p. 62 ss).

68 Pour le droit allemand voir p. ex. BORK, Vorb. § 50 N 19. En ce qui concerne le droit autrichien voir p. ex. RECHBERGER/SIMOTTA, N 304.

En Suisse, le Tribunal fédéral semblait – du moins dans le passé – préconiser la conception classique de CHARLES DEMOLOMBE. Rejetant les thèses d'ADOLF WACH et de KONRAD HELLWIG sur le *Rechtsschutzanspruch*,⁶⁹ les juges fédéraux ont conclu, dans un arrêt de 1941, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre un droit d'action de nature publique et le droit matériel faisant l'objet de la demande.⁷⁰ Cette approche apparemment réactionnaire du Tribunal fédéral s'explique probablement par le fait que la procédure civile relevait alors de la compétence des cantons alors que le droit matériel était unifié au niveau national. Refuser l'existence d'un droit d'action indépendant du droit matériel permettait de couper court à toute possibilité de torpiller l'unification du droit matériel par le biais de règles procédurales cantonales.⁷¹ Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire d'analyser la question plus en profondeur, car depuis le 1er janvier 2011, la procédure civile relève elle aussi du droit fédéral.

2. Une preuve de l'existence du droit d'action : la *Prozessstandschaft*

A y regarder de plus près, la jurisprudence de notre Haute Cour n'est pas aussi catégorique qu'elle pourrait paraître à la lecture de l'arrêt qui vient d'être évoqué. En effet, depuis belle lurette, les juges fédéraux admettent l'existence de cas dans lesquels une personne autre que le (prétendu) titulaire du droit substantiel est autorisée à faire valoir ce droit en justice. Le cas emblématique de ce qu'on appelle la *Prozessstandschaft* en allemand est la cession de droit prévue à l'art. 260 LP. Il ne s'agit en réalité pas d'une cession au sens des art. 164 ss CO, mais uniquement d'une cession du droit d'agir.⁷² La masse en faillite demeure titulaire du droit substantiel. Le ou les créanciers cessionnaires sont simplement autorisés à faire valoir en leur nom une prétention qui ne leur appartient pas. Notre Haute Cour reconnaît depuis fort longtemps que dans ce cas le droit d'agir en justice est détaché du droit substantiel.⁷³ Autrement dit, pour reprendre la terminologie utilisée en France, on distingue entre l'action et le droit substantiel. L'art. 260 LP n'est pas le seul exemple de

69 WACH, p. 22 ss; HELLWIG, p. 121 ss. Notons tout de même que le concept du *Rechtsschutzanspruch* demeure contesté parmi les juristes allemands (voir BREHM, Vorb. § 1 N 239 ss). Cette contestation ne semble toutefois pas concerner la distinction entre l'action et le droit substantiel elle-même, mais bien plus le fait que la théorie du *Rechtsschutzanspruch* veut octroyer à la partie le droit à une décision qui lui est favorable (« *ein subjektives Recht der Partei auf eine ihr günstige Entscheidung* » [BREHM, Vorb. § 1 N 239]).

70 ATF 67 II 70, c. 2. Dans ce même arrêt, ainsi que dans deux arrêts subséquents (ATF 118 II 479, c. 2.f et 118 II 521, c. 3.c) notre Haute Cour a qualifié de « *doktrinaire Überspannung* » le concept du *Rechtsschutzanspruch* développé par WACH et HELLWIG, ce qui lui a valu les foudres de BERTI, RSPC 1/2005, p. 67 ss.

71 Voir not. ATF 118 II 479, ATF 104 la 479 et ATF 93 II 367. Dans ce sens également BOHNET, défenses, p. 202.

72 Parmi d'autres STOFFEL/CHABLOZ, § 11 N 115.

73 ATF 43 III 164, c. 1, qui fait référence à des arrêts encore plus anciens. Pour un arrêt récent, voir ATF 139 III 391, c. 5.1 avec de nombreuses références à d'autres arrêts.

Prozessstandschaft. La législation suisse pullule de cas dans lesquels le droit d'agir est dissocié du droit matériel. On peut citer les exemples suivants :

- l'exécuteur testamentaire, car « il résulte de sa situation légale (art. 518 CC en relation avec l'art. 596 al. 1 CC) qu'il doit sauvegarder les droits successoraux en son propre nom » ;⁷⁴
- le coauteur qui peut intenter en son propre nom action, mais pour le compte de tous les coauteurs en vertu de l'art. 7 al. 3 LDA ;⁷⁵
- le détenteur de l'autorité parentale qui peut actionner ou être actionné en ce qui concerne les contributions d'entretien de l'enfant ;⁷⁶
- les associations et organisations qui peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres d'un groupe de personnes dont elles défendent les intérêts en vertu de l'art. 89 CPC.⁷⁷

Il ne s'agit pas ici de présenter une liste exhaustive des cas dans lesquels un droit d'agir distinct du droit substantiel a été reconnu. Il suffit de constater qu'en réalité le droit suisse n'est pas vraiment en retard par rapport au droit des pays qui nous entourent, car admettre la *Prozessstandschaft* c'est aussi reconnaître le concept d'action.⁷⁸

74 ATF 116 II 131, c. 3a.

75 ATF 129 III 715, c. 3.I avec réf.

76 ATF 136 III 365, c. 2.2 avec réf.

77 Une partie de la doctrine estime qu'il ne s'agit pas d'un cas de *Prozessstandschaft* (SPÜHLER BSK-ZPO art. 89 N 13 ; JEANDIN, CPC art. 89 N 15). Comme BOHNET, défenses, p. 293, nous ne partageons pas cette façon de voir, qui s'explique probablement par le fait que les auteurs cités rattachent le droit d'agir des associations au droit matériel (voir p. ex. SPÜHLER, BSK-ZPO art. 89 N 9). Ce qui est déterminant pour reconnaître la *Prozessstandschaft*, c'est le fait que le demandeur est habilité à faire valoir en son nom un droit dont il n'est pas titulaire. C'est précisément le cas de l'association qui se fonde sur l'art. 89 CPC, car elle invoque la violation d'un droit de la personnalité appartenant aux membres du groupe dont elle défend les intérêts. Par ailleurs, l'argument selon lequel il n'y aurait pas de *Prozessstandschaft* parce que l'action des organisations existe indépendamment des actions individuelles des membres du groupe (dans ce sens SPÜHLER, BSK-ZPO art. 89 N 13) constitue un sophisme. En effet, cette considération relève des conséquences procédurales de la *Prozessstandschaft* et non pas de son existence (*infra* V).

78 En Suisse, de plus en plus d'auteurs se rallient à cette théorie. Parmi la doctrine plus ancienne voir notamment à KUMMER, p. 11 ss et à HABSCHEID, p. 3 ss et en ce qui concerne les publications plus récentes voir en particulier BERTI, *passim*, ainsi que BOHNET, défenses, p. 200 ss.

B. Le droit d'action de l'associé : un pour tous ?

1. Le problème

Avec l'introduction du régime de la propriété commune (*supra* II), la société simple est devenue, d'un point de vue procédural, une consorité matérielle nécessaire, comme le sont les communautés de droit civil. Ainsi selon le TF : « [E]n tant qu'ils sont titulaires en main commune d'une créance, les associés forment entre eux une consorité nécessaire [...]. Il en résulte qu'ils ne peuvent faire valoir la créance que tous ensemble ; il s'agit là d'une question de droit matériel, et non de procédure [...]. Si les associés n'agissent pas tous ensemble, ceux qui ont introduit l'action n'ont pas la légitimation active, ce qui doit entraîner le rejet de la demande, et non son irrecevabilité [...]. »⁷⁹ Le Tribunal fédéral admet une exception lorsque l'action est dirigée contre un coassocié.⁸⁰ Dans ce cas-là, il suffit que tous les associés soient parties à l'action, peu importe qu'ils fassent valoir leurs droits à titre de demandeur ou de défendeur.⁸¹

Ainsi, dans une société simple composée de trois associés, si l'un des associés ne fournit par son apport, les deux autres associés devront en principe agir ensemble pour faire valoir ce droit en justice. Si l'un des deux associés agit seul, en prétendant être l'unique titulaire du droit, la demande sera rejetée. Mais qu'en est-il si l'associé intente l'action pour une prétention dont il reconnaît qu'elle appartient en main commune aux associés ? A moins de considérer que l'associé agit en tant que *Prozessstandschafter*, elle devra être déclarée irrecevable. En définitive, reconnaître l'*actio pro socio*, c'est admettre un cas supplémentaire de *Prozessstandschaft*. Reste à savoir quel est son fondement.

On pourrait être tenté de fonder la *Prozessstandschaft* de l'associé sur le contrat de société et de lui reconnaître une nature conventionnelle. Cette façon de voir se heurte cependant à la jurisprudence du Tribunal fédéral : « *Die Befugnis, den Prozess in eigenem Namen als Partei anstelle des materiell Berechtigten zu führen (sog. gewillkürte*

79 ATF 137 III 455, c. 3.5. Voir aussi ATF 138 III 512, c. 4.3 et 136 III 431, c. 3.3. ainsi que TF 14.10.1996 4C. 190/1996, c. 3c et TF 29.4.2010 4A_79/2010, c. 2.1.

80 ATF 119 Ia 342, c. 2a.

81 *Ibid.*

Prozessstandschaft), kann rechtsgeschäftlich nicht übertragen werden.»⁸² Ce n'est que si le droit substantiel est cédé que le droit d'action peut passer d'une personne à l'autre.⁸³ Bien que cette façon de voir est sans doute imprégnée de l'idée (à notre avis erronée) selon laquelle le droit d'action fait partie intégrante du droit substantiel, nous partageons l'avis de notre Haute Cour. Si l'on comprend l'action comme un droit subjectif processuel qu'une partie fait valoir à l'encontre de l'autorité judiciaire,⁸⁴ on ne saurait admettre qu'il puisse faire l'objet d'une cession.⁸⁵ En effet, le droit procédural (qui relève du droit public) est en principe de nature impérative et ce n'est que dans les cas prévus par la loi qu'une dérogation est possible. Dans le contexte qui nous intéresse, force est de constater que le CPC ne prévoit pas la cession du droit d'agir d'une manière générale. Certes, dans des constellations tout à fait particulières, un tel transfert est possible. Ainsi, l'art. 79 al. 1 let. b CPC offre la possibilité au dénoncé de procéder à la place de la partie dénonçante – qui reste titulaire du droit⁸⁶ – si celle-ci y consent et l'art. 83 al. 4 CPC permet une substitution de partie si la partie adverse donne son accord.⁸⁷ Il s'agit cependant de cas exceptionnels dont on ne saurait déduire un principe général, mais qui au contraire confirment la règle selon laquelle la cession du droit d'agir n'est pas admissible en droit suisse.⁸⁸

2. La solution proposée

a) L'exigence d'une base légale

Selon notre Haute Cour, la dissociation entre le droit d'agir et le droit substantiel exige une base légale : « [E]ine Person [ist] nur in Fällen befugt, den Prozess anstelle

82 ATF 137 III 293 c. 3.2 avec de nombreuses références. La doctrine majoritaire est du même avis : WIEGAND, p. 131 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, §13 N 26 ; ZÜRCHER, ZPO Komm. art. 59 N 68. *Contra* : BERGER/GÜNGERICH, Prozessführungsbefugnis, p. 133 ss ; LES MÊMES, Zivilprozessrecht, N 351 ss qui, se référant au fameux arrêt « Le Corbusier » (ATF 113 II 190) et s'inspirant du droit allemand, proposent de reconnaître le concept de la *gewillkürte Prozessstandschaft* et qui semblent avoir convaincu DOMEJ, KuKo-ZPO art. 67 N 29.

83 En dépit de l'autonomie de l'action, il y a un lien nécessaire entre celle-ci et le droit substantiel (CADIET, N 785). CRISANTO MANDRIOLI parle d'accrochage (« *aggancio* ») de l'action au droit substantiel (MANDRIOLI, p. 65).

84 BERTI, p. 73 avec référence à HELLWIG.

85 Du même avis, WIEGAND, p. 131, avec référence à la jurisprudence du *Oberster Gerichtshof* (OHG) autrichien.

86 Il s'agit d'un cas de *Prozessstandschaft* (arrêt 4A_397/2008, c. 1.1.2 [non publié à l'ATF 135 III 185] ; Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841 ss, p. 6897.

87 Cette substitution volontaire (*schlichter* ou *gewillkürter Parteiwechsel*) permet de corriger une demande dirigée ou émanant d'une partie qui n'est pas la bonne (JEANDIN, CPC art. 83 N 33 avec réf. à l'ATF 118 la 129, c. 2). Contrairement à ce que laisse entendre le texte de la loi, il ne suffit pas que la partie adverse donne son accord. Toutes les parties au procès doivent consentir à la substitution de partie (GRABER/FREI, BSK-ZPO art. 83 N 31).

88 Ni d'ailleurs en droit autrichien et italien. Au contraire, le droit allemand l'admet.

des Berechtigten in eigenem Namen zu führen, in denen dies gesetzlich vorgesehen ist (sog. Prozessstandschaft) [...] ».⁸⁹ Or les règles sur la société simple ne contiennent pas de disposition permettant de conclure à l'existence d'un droit d'action dissocié du droit substantiel appartenant en commun aux associés (*supra* III. B et C).

Les propos du Tribunal fédéral doivent cependant être nuancés. L'exigence d'une base légale ne s'entend pas « à l'italienne », à savoir en ce sens qu'une *Prozessstandschaft* n'est possible que dans les cas expressément prévus par la loi.⁹⁰ Au contraire, les juges de Mon Repos se sont montrés fort créatifs dans le passé. Le droit d'agir des organisations dans le domaine de la protection de la personnalité en est un exemple tout à fait emblématique. Certes, l'action (!) des associations est désormais réglée à l'art. 89 CPC, mais il ne s'agit en réalité que de la codification d'une création prétorienne.⁹¹ C'est en effet dans un arrêt de 1947 que notre Haute Cour a reconnu aux associations professionnelles le droit d'agir en justice en leur propre nom mais pour le compte de leurs membres. Elle l'a fait – et c'est cela qui nous intéresse particulièrement ici – en étant consciente de l'absence d'une disposition légale expresse prévoyant la dissociation entre le droit substantiel et le droit d'agir : « *Darüber, ob der Verband [...] im eigenen Namen zur Erhebung einer Klage aus Art. 28 ZGB befugt sei, gibt der Wortlaut des Gesetzes keinen Aufschluss, und es lässt sich auch durch dessen Auslegung kein solcher gewinnen* ». ⁹² Pour résoudre le problème, les juges de Mon Repos n'ont pas hésité à conclure à l'existence d'une lacune qu'il convenait de combler par le biais de l'art. 1 al. 2 CC.⁹³

b) L'actio pro socio comme cas de *Prozessstandschaft modo legislatoris*

En reconnaissant l'existence de l'*actio pro socio*, le Tribunal fédéral admet, en définitive, un nouveau cas de *Prozessstandschaft* qui n'est pas explicitement prévu par la loi. A l'instar de ce qu'il a fait en 1947, il a comblé une lacune, mais une différence importante subsiste : alors qu'en matière de qualité pour agir des organisations, le comblement de lacune s'est fait avec une motivation circonstanciée, tel n'a pas été le

89 TF 9.2.2007 4C.351/2006 avec référence à l'ATF 129 III 715, c. 3.3. C'est également l'approche retenue par nos voisins allemands (BORK, Vorb. § 50 N 20) et autrichiens (RECHBERGER/SIMOTTA, N 299). Quant aux droits français et italien, ils connaissent même des dispositions explicites à ce sujet. Selon l'art. 31 code de procédure civile français « [l']action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé » et l'art. 81 *codice di procedura civile* (note marginale : « *sostituzione processuale* »), prévoit que « *[f]uori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui* ».

90 Voir l'art. 81 *codice di procedura civile* cité ci-dessus qui parle de « *casi espressamente previsti* ».

91 Parmi d'autres WEBER, KuKo-ZPO art. 89 N 1.

92 ATF 73 II 65, c. 1.

93 ATF 73 II 65, c. 1 à 3.

cas dans la jurisprudence relative à l'*actio pro socio*. L'arrêt 4A_275/2010 du 11 août 2011 admet certes son existence, mais on cherche vainement une explication quant à son fondement juridique.

A notre avis, il existe bel et bien une lacune dans la loi, qu'il s'agissait pour notre Haute Cour de combler. En effet, lorsque le régime de la copropriété s'appliquait d'office à la société simple (*supra* II), chaque associé disposait du droit de demander en justice le respect du contrat de société, par le biais de l'*actio pro socio*. Ainsi, selon la jurisprudence datant de cette époque, les rapports des associés entre eux ne donnaient pas naissance à des droits et obligations des associés vis-à-vis de la société, mais bien à des droits et obligations des associés les uns vis-à-vis des autres.⁹⁴ Or pour éviter que les créanciers individuels saisissent la part de copropriété de l'associé au détriment des créanciers sociaux, le législateur a introduit le régime de la propriété commune, sans mesurer toutefois toutes les implications de ce changement.⁹⁵ Il ne ressort en tous les cas pas des travaux préparatoires qu'il ait voulu par cette modification abolir l'*actio pro socio*.⁹⁶ La systématique de la loi plaide elle aussi en faveur d'une lacune de la loi. En effet, dans les sociétés disposant de la personnalité juridique, en particulier dans les sociétés anonymes, le législateur a, dans les rapports internes, conféré à l'actionnaire individuel un droit légal (art. 756 CO, voir aussi les renvois aux art. 827 et 917 al. 2 CO) d'agir en responsabilité pour le dommage causé à la société (action sociale oblique).⁹⁷ Une telle disposition était nécessaire du fait que le dommage de l'actionnaire n'est pas un dommage immédiat (diminution ou non augmentation de son patrimoine), mais un dommage médiate (diminution ou non augmentation de la valeur de ses actions).⁹⁸ La problématique est donc la même : l'*actio pro socio*, comme l'action sociale oblique, permet à chaque associé d'agir à titre individuel pour faire valoir dans les rapports internes la prestation due à la communauté, respectivement le dommage qui lui a été causé. Or, pourquoi reconnaître un tel droit d'action à l'actionnaire et l'exclure pour l'associé, alors même que cette action trouve son origine dans le droit de la société simple ? Enfin, il ne faut pas oublier que sans l'*actio pro socio*, les associés auraient l'obligation d'agir comme Consorts matériels nécessaires même dans les rapports internes. Par conséquent, s'ils n'arrivaient à s'entendre ni sur l'ouverture d'une action en justice (pour des motifs légitimes ou non), ni sur la cession de la créance litigieuse, il ne serait pas possible pour l'associé indivi-

94 ATF 24 II 734, c. 3.

95 Du même avis, FELLMANN/MÜLLER, BK Vorb. art. 530–551 N 139 ; MÜLLER, N 118.

96 Voir le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 3 mars 1905, concernant le projet de loi destiné à compléter le projet CCS, FF 1905 II I ss, p. 38 et surtout son supplément du 1er juin 1909, FF 1909 III 747 ss, p. 777. Voir également BO CN 1909, p. 719.

97 Selon les principes de la responsabilité, seul un dommage immédiat peut en principe être invoqué et non un dommage médiate.

98 A ce propos, voir p. ex. CHABLOZ, § 734.

duel, même durant la liquidation,⁹⁹ d'agir en responsabilité contre un coassocié qui n'aurait pas respecté ses obligations.¹⁰⁰

En présence d'une lacune proprement dite, il appartient au juge de légiférer sur la base de l'art. 1 al. 2 CC, ce qu'il a implicitement fait en admettant l'existence de l'*actio pro socio* dans une société simple soumise au régime de la propriété commune. Il a ainsi séparé le droit d'action du droit substantiel et a développé une *Prozessstandschaft*.

V. Quelques conséquences procédurales

Reconnaître l'existence de l'*actio pro socio* comme *Prozessstandschaft*, c'est soulever un grand nombre de questions procédurales. Il serait toutefois démesuré de vouloir être exhaustif à ce sujet dans le cadre de la présente contribution. Nous nous proposons par conséquent de n'évoquer qu'un certain nombre d'aspects qui nous paraissent particulièrement importants.

A. Pas de subsidiarité de l'*actio pro socio*

La première question est celle de savoir si l'*actio pro socio* existe parallèlement au droit d'agir de la consorité nécessaire formée par les associés ou si elle est subsidiaire à celle-ci.¹⁰¹ Etant donné que la loi ne règlemente pas explicitement l'*actio pro socio*, elle ne répond évidemment pas non plus à la question de son éventuelle subsidiarité. Dès lors, il faut ici aussi être créatif et développer une règle sur la base de l'art. 1 al. 2 CC. A la lumière des réflexions que nous avons précédemment faites, on peut être tenté de s'inspirer de l'action des organisations. Ceci aurait pour conséquence d'admettre la coexistence de ces actions, la jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 89 CPC partant du principe que l'action des organisations n'empêche pas aux membres du groupe d'introduire simultanément ou subséquentement une action individuelle.¹⁰² Toutefois, d'autres cas de *Prozessstandschaft* n'admettent pas cette coexistence d'actions. Ainsi, en matière de cession selon l'art. 260 LP, le droit d'action de la masse passe à ou aux actionnaires cessionnaires. Ceci n'est en réalité guère surprenant étant

99 Même TAORMINA qui est d'avis que l'*actio pro socio* est contraire au système décisionnel de la société (*supra* III. C) l'admet dans la phase de la liquidation de la société.

100 Voir l'ATF 137 III 455, c. 3 concernant une action en responsabilité intentée après la liquidation de la société simple par un associé individuel contre un tiers.

101 La doctrine est partagée sur ce point : Contrairement à HARTMANN, p. 409, FELLMANN/MÜLLER, BK-OR VI art. 530 N 641 et HANDSCHIN/VONZUN, ZK-OR art. 531 N 184 ss estiment que l'*actio pro socio* est subsidiaire.

102 MARKUS, BK-ZPO art. 89 N 14 avec réf.

donné qu'une telle cession requiert préalablement une renonciation de la masse de faire valoir la prétention concernée.¹⁰³

Pour répondre à la question soulevée, il faut à notre avis s'inspirer de la *Prozessstandschaft* qui est fonctionnellement la plus proche de l'*actio pro socio*. Il s'agit – on l'aura compris – ni de l'action des organisations prévu à l'art. 89 CPC, ni de la cession du droit d'agir de l'art. 260 LP, mais de l'action sociale oblique de l'art. 756 CO qui permet aux actionnaires de faire valoir en leur propre nom un dommage subi par la société anonyme (*supra* IV.b).¹⁰⁴ Cette possibilité est offerte aux actionnaires afin de pallier aux potentiels conflits d'intérêts qui risquent d'empêcher la société d'introduire une action, car il appartient en principe au conseil d'administration de prendre une telle décision. Or celui-ci ne sera en général pas trop enthousiaste à agir contre l'un des siens.¹⁰⁵ Autrement dit, le droit d'action offert à l'actionnaire a pour but de suppléer à l'inactivité potentielle de la société. L'*actio pro socio* remplit la même fonction : elle permet à l'associé de faire valoir en justice une prétention appartenant à l'ensemble des associés qui pourraient ne pas se mettre d'accord d'agir contre l'un des leurs, notamment en raison de conflits d'intérêts.¹⁰⁶ L'analogie que nous proposons a pour conséquence que l'*actio pro socio* ne saurait être considérée comme subsidiaire à l'action des consorts nécessaires. En effet, le droit d'agir de l'actionnaire prévu à l'art. 756 al. 1 CO existe à côté de celui de la société.¹⁰⁷

B. La litispendance et l'autorité de la chose jugée

En vertu de l'art. 64 al. 1 let. a CPC, la litispendance a pour effet que la même cause, opposant les mêmes parties, ne peut être portée en justice devant une autre autorité.¹⁰⁸ On pourrait déduire de cette règle que l'*actio pro socio* intentée par un associé n'empêcherait pas un autre associé d'intenter en parallèle une deuxième *actio pro socio* pour la même prétention. En effet, il s'agit formellement de deux parties différentes de sorte que l'autorité saisie en deuxième lieu ne devrait pas déclarer cette deuxième action irrecevable en application de l'art. 59 al. 2 let. d CPC. Cette interprétation (formaliste) n'est pas convaincante. A l'instar de ce qui prévaut dans le

103 STOFFEL/CHABLOZ, § 11 N 116.

104 Pour plus de détails voir CHABLOZ, § 791 ss qui souligne que notre Haute Cour s'est ralliée à la doctrine majoritaire en qualifiant l'action sociale oblique de *Prozessstandschaft* dans l'ATF 132 III 342, c. 4.3. Cette approche a été récemment confirmée dans l'arrêt 6B_680/2013 du 6 novembre 2013, c. 3.2.

105 CHABLOZ, § 777.

106 Par exemple parce que certains associés ont des liens familiaux étroits.

107 Parmi tous, CORBOZ, CR-CO art. 756 N 10.

108 Le texte de la loi est imprécis : la même affaire ne peut non seulement pas être portée devant une autre autorité, mais elle ne peut pas non plus être portée devant la même autorité (TF 22.8.2013 4A_141/2013, c. 2.2.1.).

cadre de l'art. 756 al. 1 CPC,¹⁰⁹ il faut, à notre sens, admettre que la litispendance a été créée à l'égard des consorts nécessaires, d'une part, et à l'égard des autres associés pouvant potentiellement intenter une *actio pro socio* d'autre part. Autrement dit, le terme « parties » utilisé à l'art. 64 al. 1 let. a CPC ne doit pas être compris au sens formel lorsqu'on est en présence d'une *Prozessstandschaft*. C'est la titularité du droit, la légitimation active, qui est déterminante pour savoir qui est « partie » au procès au sens de ladite disposition. Par conséquent, la première *actio pro socio* crée la litispendance et toute *actio pro socio* successive devra être déclarée irrecevable en application de l'art. 59 al. 2 let. d CPC une fois que le premier juge sera entré en matière sur le fond.¹¹⁰

Ces réflexions s'appliquent *mutatis mutandis* à l'autorité de la chose jugée, principe selon lequel les parties ne peuvent plus remettre en cause l'objet du litige tranché dans un premier procès en intentant une nouvelle procédure.¹¹¹ Peu importe qu'il n'y ait pas identité formelle des parties. Comme pour les actionnaires dans le cadre de l'art. 756 al. 1 CO, le jugement obtenu par un associé déploie ses effets également envers les associés n'ayant pas participé à la procédure.¹¹² Il en va, à notre sens, de même pour une éventuelle transaction ou un désistement d'action, ceux-ci étant assimilés à un jugement entré en force en vertu de l'art. 241 al. 2 CPC.¹¹³ Etant donné que l'associé ne dispose « que » du droit d'agir sans être titulaire du droit substantiel, on peut se demander s'il peut disposer de l'objet du litige. A notre sens, la *Prozessstandschaft* ne saurait forcer le demandeur à mener le procès, coûte que coûte, jusqu'au bout. Comprendre l'*actio pro socio* de cette manière serait d'ailleurs contraire à la conception-même de la procédure civile suisse qui accorde une place importante à la résolution amiable des litiges.¹¹⁴ C'est pourquoi nous estimons qu'à l'instar de ce que notre Haute Cour a retenu dans le cadre de l'art. 260 LP, l'associé demandeur peut conclure une transaction judiciaire ou procéder à un désistement d'action.¹¹⁵

C. La pluralité de demandeurs

Il est possible que plusieurs associés souhaitent intenter ensemble une *actio pro socio*. La question se pose alors de savoir comment leurs démarches doivent être

¹⁰⁹ Voir CHABLOZ, § 794 avec réf.

¹¹⁰ BOHNET, CPC art. 59 N 55. Dans l'intervalle, tout tribunal saisi ultérieurement pourra suspendre la procédure en application de l'art. 126 CPC.

¹¹¹ Sur la notion de l'autorité de la chose jugée voir le récent ATF 139 III 126.

¹¹² Voir CHABLOZ, § 921 s. avec de nombreuses références. Les associés doivent toutefois avoir la possibilité d'intervenir dans le procès comme nous allons le voir (*infra* V.3).

¹¹³ Art. 241 al. 2 CPC.

¹¹⁴ « Concilier d'abord, juger ensuite » Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, p. 6936).

¹¹⁵ ATF 138 III 628, c. 5.3.2.

coordonnées. Les associés ne forment pas une consorité simple selon l'art. 71 CPC, car ils ne font pas valoir des prétentions distinctes résultant de faits ou de fondements juridiques semblables. En effet, en tant que *Prozessstandschaftler*, ils font valoir une prétention appartenant à la société simple. Il s'agit donc toujours de la même prétention, raison pour laquelle les associés forment, le cas échéant, une consorité nécessaire. Toutefois, à l'instar de la jurisprudence que le Tribunal fédéral a développée pour l'art. 260 LP, il convient d'admettre une consorité nécessaire improprement dite.¹¹⁶ En effet, les associés n'ont aucune obligation d'agir en justice. Il s'agit d'une simple faculté, mais s'ils font usage de celle-ci, ils doivent agir ensemble. Cette obligation de coordination ne signifie toutefois pas que leurs comportements doivent être exempts de toute contradiction. Les associés peuvent faire valoir des allégations indépendantes et se faire représenter par leur propre avocat.¹¹⁷ Un associé peut même renoncer à poursuivre le procès à condition que le ou les autres associés demandeurs ne subissent pas une perte de leur droit.¹¹⁸ En revanche, vu qu'ils font valoir la même prétention et que, par conséquent, le tribunal devra rendre une décision identique pour tous les associés, ces derniers doivent se mettre d'accord en ce qui concerne l'objet du litige. Ainsi, une transaction ou le désistement d'action requièrent une décision commune de tous les associés demandeurs.

Pour former une consorité, les associés doivent intenter le procès en commun. Or, il se peut qu'un associé veuille se joindre à une *actio pro socio* déjà pendante. Il pourra le faire par le biais d'une intervention accessoire indépendante, dont l'admissibilité est toutefois contestée en doctrine.¹¹⁹ S'il est vrai que le CPC n'évoque que l'intervention accessoire dépendante,¹²⁰ il n'en demeure pas moins que la nécessité de l'intervention accessoire indépendante s'impose à partir du moment où l'on reconnaît le concept de la consorité matérielle improprement dite. C'est, en effet, la seule manière permettant à l'associé intervenant de faire valoir, sans restriction, ses moyens d'attaque et de défense dans le procès, ce qui est nécessaire en raison du fait que le jugement aura – comme nous l'avons vu – autorité de la chose jugée envers lui également et qu'il ne pourra notamment pas invoquer l'*exceptio male gesti processus* prévue à l'art. 77 CPC.¹²¹

116 ATF 121 III 488, c. 2, JdT 1997 II 147, c. 2.

117 *Ibid.*

118 ATF 121 III 488, c. 2, JdT 1997 II 147, c. 2e.

119 En faveur de l'intervention accessoire indépendante : DOMEJ, KuKo-ZPO art. 74 N 2 ; GRABER/FREI, BSK-ZPO art. 77 N 19 ; CHABLOZ, § 924 ; GASSER/RICKLI, art. 74 N 3. *Contra* : ZUBER/GROSS, BK-ZPO art. 74 N 10 ; STAHELIN/SCHWEIZER, ZPO Komm. art. 74 N 8 ; TAKEI, ZPO Komm. art. 79 N 5.

120 Selon l'art. 76 al. 2 CPC, les actes de l'intervenant ne sont pas considérés s'ils contredisent les déterminations de la partie principale (parmi d'autres HALDY, CPC art. 76 N 3).

121 Dans ce sens DOMEJ, KuKo-ZPO art. 76 N 12 ; CHABLOZ, § 924 *if.*

D. Le régime des exceptions et des objections

Enfin, ce n'est pas parce que la partie défenderesse n'est pas confrontée à une consorité nécessaire formée par (tous) ses co-associés dans le cadre du procès qu'elle devrait être désavantagée en ce qui concerne les moyens de défense qui sont à sa disposition. Elle ne doit cependant pas non plus être avantagée. Étant donné que le ou les associés agissent en tant que *Prozessstandschafter*, le régime des exceptions et des objections demeure inchangé. En effet, comme cela est le cas dans le cadre de l'art. 260 LP, l'associé défendeur peut faire valoir les exceptions et objections qu'il aurait envers les Consorts nécessaires.¹²² Par contre, il ne peut notamment pas exciper avec succès l'exception de la compensation en se basant sur une créance qu'il prétend avoir envers l'associé demandeur. En revanche, une créance que le défendeur a contre la société simple, à savoir contre l'ensemble des associés, peut être compensée dans le cadre du procès.

VI. Conclusion

Avec l'adoption du régime de la propriété commune dans le droit de la société simple, l'*actio pro socio*, considérée comme droit propre de l'associé d'agir en justice dans les rapports internes, a perdu son fondement contractuel. Son existence reste pourtant unanimement reconnue en droit suisse. C'est maintenant dans le droit procédural qu'il faut puiser pour trouver une explication dogmatique à cette figure juridique. L'*actio pro socio* doit ainsi être considérée comme une *Prozessstandschaft* créée par la jurisprudence pour combler une lacune de la loi. Or, pour combler cette lacune, une application analogique de l'art. 756 CO s'impose tout naturellement. Ainsi, aussi bien en droit de la société anonyme qu'en droit de la société simple, le droit d'action propre des associés, respectivement des actionnaires, d'agir dans les rapports internes a évolué vers une *Prozessstandschaft*, mais pour des motifs très différents.

D'un point de vue procédural, admettre une *Prozessstandschaft* présuppose que l'on reconnaisse le principe selon lequel le droit substantiel et le droit d'agir doivent être distingués, celui-ci n'étant pas simplement un élément de celui-là. Reconnaitre ce que la doctrine française appelle tout simplement « l'action » n'est pas de l'art pour l'art. Nous avons vu, avec l'exemple de l'*actio pro socio*, que cette conception peut avoir des conséquences pratiques importantes. Il y a probablement encore beaucoup d'autres domaines dans lesquels la distinction entre le droit substantiel et le droit d'agir est susceptible d'être fructifiée. L'un d'entre eux pourrait être celui des litiges

¹²² ATF 106 II 141, c. 3c.

de masse. Le sujet est non seulement (de nouveau) d'actualité,¹²³ mais également cher à WALTER A. STOFFEL qui s'en occupe depuis fort longtemps.¹²⁴ Puisse la présente contribution donner quelques idées à notre jubilaire !

Bibliographie

- BARNERT T., Die Gesellschafterklage im dualistischen System des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2003.
- BERGER B./GÜNGERICH A., Zivilprozessrecht, Berne 2008 (cité : BERGER/GÜNGERICH, Zivilprozessrecht).
- BERGER B./GÜNGERICH A., Die Prozessführungsbefugnis des Lizenznehmers, recht 2003, p. 133–145 (cité : BERGER/GÜNGERICH, Prozessführungsbefugnis).
- BERTI S. V., Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und « doktrinaire Entspannung » - ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch, in : RSPC 1/2005, p. 67–77.
- BOHNET F., Commentaire du CPC art. 59, Bâle 2011 (cité : BOHNET, CPC art. 59).
- BOHNET F., Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II, p. 187–322 (cité : BOHNET, défenses).
- BORK R., Kommentar zur ZPO-D § 50, 22^e éd., Tübingen 2004.
- BREHM W., Kommentar zur ZPO-D §1, 22^e éd., Tübingen 2004.
- CADIET L., Droit judiciaire privé, 3^e éd., Paris 2000.
- CHABLOZ I., Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance, Genève/Zurich/Bâle 2012.
- CHIOVENDA G., Principii di diritto processuale civile, 3^e éd., Naples 1923.
- CORBOZ B., CR-CO II art. 756, Bâle 2008.
- DEMOLOMBE C., Cours de Code Napoléon, tome IX, Paris 1855-1866.
- DOMEJ T., KuKo-ZPO art. 67, 2^e éd., Bâle 2014.
- FELLMANN W./MÜLLER K., BK-OR art. 530–544, Berne 2006.
- FORSTMOSER P., Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^e éd., Zurich 1987.
- GASSER D./RICKLI B., Schweizerische Zivilprozessordnung, Zurich/St-Gall 2010.

123 Voir Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 intitulé „Exercice des droits collectifs en Suisse : état des lieux et perspectives“.

124 Voir p. ex. STOFFEL, p. 497 ss. Encore récemment, à savoir à l'occasion des 15^e *Turkish-Swiss Jurist Days* qui se sont déroulés à Istanbul les 25 et 26 avril 2014, WALTER A. STOFFEL a une fois de plus plaidé avec conviction pour une réflexion ouverte et décontractée dans ce domaine.

- GRABER M./FREI N. J., BSK-ZPO art. 83, 2^e éd., Bâle 2013.
- GRUNEWALD B., Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, Tübingen 1990.
- HABSCHEID W. J., Droit judiciaire privé suisse, Genève 1975.
- HADDING W., *Actio pro socio*, Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandansprüchen aus des Gesellschaftsverhältnis, Marburg 1966.
- HALDY J., Commentaire du CPC art. 76, Bâle 2011.
- HANDSCHIN L./VONZUN R., ZK-OR art. 530 et 531, 4^e éd., Zurich 2009.
- HARTMANN S., Zur *actio pro socio* im Recht der Personengesellschaften, in: RDS 2005, p. 397–418.
- HELLWIG K., Anspruch und Klagerecht, 2^e éd., Leipzig 1910.
- JEANDIN N., Commentaire du CPC art. 89, Bâle 2011.
- JOB H., Ansprüche unter Kollektivgesellschaftern, thèse, Winterthur 1952.
- KRATZ B., Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der einfachen Gesellschaft, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht – Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, p. 13–29.
- KUMMER M., Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Berne 1954.
- MANDRIOLI C., Diritto Processuale Civile, tome I, 19^e éd., Turin 2007.
- MARKUS A. R., BK-ZPO art. 89, Berne 2012.
- MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11^e éd., Berne 2012.
- MOTULSKY W. H., Le droit subjectif et l'action en justice, Archives de philosophie du droit, Sirey 1964.
- MÜLLER K., Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft, thèse, Zurich/Bâle/Genève, 2003.
- RECHBERGER W. H./SIMOTTA D.-A., Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren, 8^e éd., Vienne 2010.
- RUEDIN R., Droit des sociétés, Berne 1999.
- SCHANBACHER D., *Actio pro socio* – zur Dogmatik der Gesellschafterklage, Aktiengesellschaft, 1/1999, p. 21–28.
- SPÜHLER K., BSK-ZPO art. 89, 2^e éd., Bâle 2013.
- SPÜHLER K./DOLGE A./GEHRI M. A., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9^e éd., Berne 2010.
- STAHELIN E. /SCHWEIZER S., ZPO Komm. art. 74, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

- STAEHELIN A./STAEHELIN D./GROLIMUND P., *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.
- STOFFEL W., L'image du plaideur : du demandeur individuel aux intérêts de groupe, in: *L'image de l'homme en droit*, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du Centenaire de l'Université de Fribourg, Fribourg 1990, p. 497–516.
- STOFFEL W. A./CHABLOZ I., *Voies d'exécution*, 2^e éd., Berne 2010.
- TAKEI N. D., *ZPO Komm.* art. 79, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.
- TAORMINA A., *Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung*, thèse, Fribourg 2003.
- TSCHUDI F., *Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechts*, thèse, Zurich 1956.
- ULMER P./SCHÄFER C., in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tome 5, 6^e éd., Munich 2013.
- VIZIOZ H., *Etudes de procédure*, Bordeaux 1956.
- VOGELSANG A. E., *Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse*, thèse, Montreux 1931.
- VON STEIGER W., *Gesellschaftsrecht*, in : *Schweizerisches Privatrecht VIII/1*, Bâle 1976.
- WACH A., *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig 1885.
- WEBER P., *KuKo-ZPO art. 89*, 2^e éd., Bâle 2014.
- WIEDEMANN H., *Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*, Tome II, Munich 2004.
- WIEGAND W., *Die Einziehungsermächtigung im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht*, in : *RSDA* 2007, p. 119 ss.
- ZUBER R./GROSS B., *BK-ZPO I art. 74*, Berne 2012.
- ZÜRCHER A., *ZPO Komm.* art. 59, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

