

Zulässigkeit unter Berücksichtigung des besondern Charakters der A.-G. ein strenger Masstab angelegt werden muss. Insbesondere ist die Klage nicht dazu da, der Minderheit zu ermöglichen, jedesmal zum Richter zu laufen, wenn sie nicht gleicher Meinung ist wie die Mehrheit, die schliesslich nach dem im Aktienrecht herrschenden Mehrheitsprinzip doch die Herrschaft über die Geschicke der Gesellschaft in der Hand behalten muss. Die Klage hat vielmehr nur subsidiären Charakter. Sie steht also in der Regel nur dort zur Verfügung, wo weder Statuten noch Gesetz der Minderheit Schutz zu gewähren vermögen. Damit soll indessen nicht gesagt sein, dass die Auflösungsklage überhaupt formell unzulässig sei, wenn nicht vorher eine erfolglose Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach Art. 706 OR angebracht worden ist, sondern lediglich, dass die Auflösungsklage immer dann als unbegründet abgewiesen werden muss, wenn der damit angestrebte Zweck, die Beseitigung des dem Auflösungsbegehren zu Grunde liegenden Misstandes, mit einer Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen ebenfalls erreicht werden kann. Ist dies der Fall, so besteht in der Regel kein Anlass, die Gesellschaft zu vernichten. Es fehlt der schlüssige Nachweis dafür, dass der Gesellschaft die innere Existenzberechtigung bereits fehlt.

Aus den Regeln von Treu und Glauben, von denen die Auflösungsklage beherrscht ist, folgt im weiteren, dass dem Minderheitsaktionär kein Klagerecht zusteht, soweit er selber an der nachträglich beanstandeten Handlung teilgenommen hat oder sie widerspruchslos hat geschehen lassen, selbstverständlich unter dem Vorbehalt, dass er dabei nicht unter dem Einfluss eines rechtserheblichen Willensmangels gestanden hat.

38. Arrêt de la I^{re} Section civile du 12 novembre 1941
dans la cause **Société anonyme Grandmousin, Bochaty et C^{ie},**
en liquidation concordataire contre X, Y et Z.

Responsabilité des administrateurs d'une société anonyme (art. 673 CO a). *Décharge donnée par l'assemblée des actionnaires.*

1. Sauf stipulation contraire, le concordat par abandon d'actif d'une société anonyme fait passer aux créanciers l'action de l'art. 673 CO a, même si elle ne figurait pas à l'inventaire des biens, droits et créances cédés.
2. La décharge donnée aux administrateurs et contrôleurs par une assemblée générale extraordinaire convoquée d'urgence pour exposer aux actionnaires l'effondrement de l'entreprise à la suite d'actes frauduleux du directeur ne met pas les administrateurs et contrôleurs à l'abri de l'action civile en responsabilité à raison de leurs gestion et contrôle.

Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder einer A.-G. Art. 673 aOR. *Déchargeerteilung durch die Aktionärversammlung.*

1. Mangels gegenteiliger Abrede geht bei einem Nachlassvertrag mit Abtretung aller Aktiven einer A.-G. der Verantwortlichkeitsanspruch aus Art. 673 aOR selbst dann auf die Gläubiger über, wenn er im Inventar der abgetretenen Vermögenswerte nicht aufgeführt ist.
2. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle können sich gegenüber einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklage wegen ihrer Geschäftsführung und Kontrolle nicht auf die Décharge berufen, die ihnen durch eine ausserordentliche Generalversammlung erteilt worden ist, welche einberufen wurde, um den Aktionären den Zusammenbruch des Unternehmens infolge betrügerischer Handlungen des Direktors zur Kenntnis zu bringen.

Responsabilità degli amministratori di una società anonima (art. 673 v CO). *Discarico dato dall'assemblea degli azionisti.*

1. Salvo patto contrario, il concordato con abbandono dell'attivo di una società anonima trasferisce ai creditori l'azione dell'art. 673 v CO anche se essa non figurava nell'inventario dei beni, diritti e crediti ceduti.
2. Il discarico dato agli amministratori e ai revisori da un'assemblea generale straordinaria convocata d'urgenza per annunciare agli azionisti la rovina della società in seguito ad atti fraudolenti del direttore non mette gli amministratori e i revisori al riparo dell'azione di responsabilità.

A. — La Société en nom collectif Grandmousin, Bochaty & C^{ie}, fabrique de socques, à Martigny, a fait faillite en 1923. A la fin de la même année, plusieurs clients et fournisseurs, qui s'intéressaient à cette industrie, fondèrent une société en commandite par actions transformée bientôt en société anonyme.

L'administration était confiée à M. M., comptable de l'ancienne société en nom collectif. L'assemblée générale du 3 février 1925 lui adjoignit X et Y pour « suivre de plus près la marche des affaires ».

L'assemblée générale du 27 mars 1928 chargea de l'administration un conseil de deux membres : MM. X et Y. Le conseil nomma M. directeur.

Au début de 1936, une banque attira l'attention des administrateurs sur le nombre de traites tirées par la société qui revenaient impayées. Mis en éveil, les administrateurs firent établir un nouvel inventaire. On découvrit que le directeur avait commis des fraudes avec la complicité d'un comptable.

A la suite des aveux obtenus, les administrateurs firent contrôler la comptabilité et convoquèrent d'urgence, le 8 février 1936, une assemblée générale extraordinaire pour le 15 février. Le dimanche soir 9 février, ayant découvert que les chiffres avoués successivement par le directeur étaient encore inférieurs à la réalité, l'administration convoqua par télégramme l'assemblée générale extraordinaire pour le 11 février.

A cette assemblée, le président X exposa verbalement la situation. Les « travaux hâtifs » d'inventaire et de contrôle de la comptabilité, déclara-t-il, montrent que « le déficit net de la société anonyme atteint 539 000 fr., en chiffre rond ; le passif s'élève à 780 100 fr., actions et obligations comprises, contre un actif de 240 764 fr., valeur des immeubles comprise ». Un actionnaire interpella le directeur présent sur la manière dont il avait géré la société anonyme « pour la mettre dans une telle situation » : « Non seulement les actionnaires perdent leur capital, mais tous les ouvriers et employés sont mis à la rue ». Il ajouta que, personnellement, il était prêt à déposer une plainte pénale. Puis il émit l'avis que « les administrateurs et les vérificateurs ne pouvaient être tenus des conséquences de cette situation ». Et il proposa de leur donner décharge. Cette proposition fut acceptée à l'una-

nimité moins les voix des administrateurs et du directeur qui s'abstinrent. L'administrateur Y déclara que depuis dimanche 9 février deux comptables avaient « travaillé sans relâche pour mettre à jour la comptabilité ». Ils estiment que « tout est à refaire ». L'administrateur insista sur la gravité de la situation : « Le public a le droit de dire qu'il a été trompé ». Pleins pouvoirs furent donnés aux administrateurs pour prendre toutes mesures utiles, notamment pour déclarer la faillite ou proposer un concordat.

Une nouvelle assemblée extraordinaire eut lieu le lendemain 12 février. Tous les actionnaires y assistaient. Ils adoptèrent à l'unanimité le procès-verbal de l'assemblée du 11. La situation fut examinée derechef, ainsi que la question de la plainte pénale.

Le conseil d'administration demanda le bénéfice de l'art. 657, al. 3 CO ancien, l'insolvabilité de la société étant manifeste. La faillite fut ajournée, la commission de curatelle mit sur pied un concordat par abandon d'actif que l'autorité compétente homologua le 21 août 1936.

Les administrateurs portèrent plainte pénale contre le directeur et le comptable. Tous deux furent condamnés en 1937 pour faux en écritures privées. Etant donnée leur insolvabilité, la société ne put rien récupérer du dommage subi.

Au cours de la liquidation, un actionnaire et créancier important de la société demanda que l'action en responsabilité contre les administrateurs et contrôleurs en vertu de l'art. 673 CO a. fût inscrite à l'actif de la masse concordataire. La Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral, saisie de la question, jugea par arrêt du 17 février 1938 que ladite action était « comprise dans l'actif cédé » et que les liquidateurs paraissaient « avoir qualité pour exercer cette action » et, le cas échéant, pour la céder aux créanciers qui le demanderaient (art. 260 LP ; RO 64 III 21).

B. — Par mémoire introductif d'instance du 25 octobre 1938, la Commission de liquidation du concordat par abandon d'actif de la société anonyme, agissant au nom de la masse, intenta contre les administrateurs X et Y ainsi que contre le contrôleur Z l'action en responsabilité prévue à l'art. 673 CO a. Elle leur réclama solidairement devant le Tribunal cantonal valaisan paiement de la somme de 240 000 fr. avec intérêt à 5 % dès le 21 août 1936, pour négligences graves dans l'accomplissement de leurs fonctions.

Les défendeurs ont conclu à libération des fins de la demande.

Par jugement du 8 juillet, le Tribunal cantonal a rejeté la demande et condamné la demanderesse aux frais du procès.

La demanderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre le jugement du 8 juillet 1941 et a repris les conclusions formulées dans l'instance cantonale.

Les intimés ont conclu au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire à la juridiction cantonale.

Extrait des motifs :

1. — La demanderesse se fonde sur des faits antérieurs au 1^{er} juillet 1937. L'ancien code des obligations est donc applicable. La Commission de liquidation concordataire entend exercer l'action en responsabilité prévue à l'art. 673 CO a. Sans lui contester en principe la qualité pour agir en vertu de cette disposition, les défendeurs estiment que, s'agissant des intérêts des créanciers sociaux, non des actionnaires, leur responsabilité doit, par analogie avec l'art. 674 CO a., être limitée au dommage qu'ils auraient commis intentionnellement, faute que la demanderesse ne leur impute point et qui est d'ailleurs inexistante (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 8 mai 1929 dans la cause *Crédit mutuel ouvrier de La Chaux-de-Fonds c. Juvet et consorts*).

Cette question n'est pas résolue directement dans l'arrêt Grandmousin, Bochaty & C^{ie} S. A. de la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral, du 17 février 1938, invoqué par la demanderesse et le Tribunal cantonal. Sans se prononcer sur les conditions et les limites de l'action, le Tribunal fédéral (RO 64 III 19), a jugé, contrairement à deux arrêts antérieurs (RO 48 III 71 ; 60 III 99), qu'en cas de concordat par abandon d'actif d'une société anonyme, l'actif cédé aux créanciers comprenait, sauf stipulation contraire, tous les biens, droits et créances de la société et par conséquent aussi l'action fondée sur l'art. 673 CO a., même si elle ne figurait pas à l'inventaire, ce qui paraissait conférer aux liquidateurs qualité pour exercer cette action ou pour la céder à des créanciers en vertu de l'art. 260 LP. La suite des considérants (p. 21 i. f. et 22) montre toutefois que la Chambre ne voit pas de motif pour ne pas étendre à tous les concordats par abandon d'actif le principe de l'art. 37 de l'ordonnance du Tribunal fédéral du 11 avril 1935 concernant la procédure de concordat pour les banques, principe suivant lequel l'action sociale en responsabilité (art. 673 CO) fait partie de plano et sans restriction de l'actif abandonné aux créanciers de la banque. En effet, comme l'arrêt le relève, des actions de ce genre fondées sur l'ancien CO peuvent encore être exercées et rien ne justifierait une limitation qui ferait échapper les administrateurs aux conséquences de leur responsabilité. La Chambre ne voit une difficulté éventuelle que pour la cession à des créanciers isolés. Mais cette question ne se pose pas en l'espèce, puisque c'est la masse elle-même qui exerce l'action contractuelle de la société. Un arrêt plus récent de la 1^{re} Section civile (RO 65 II 2 et sv.) constate le changement de jurisprudence de la Chambre des poursuites et, sans donner expressement la préférence à l'une ou à l'autre, met la dernière au premier plan et n'hésite pas à admettre la faculté d'agir selon l'art. 673 conférée par une clause du concordat à la commission de liquidation. Or, comme l'arrêt de 1938

(RO 64 III 21) le fait justement observer, on ne saurait voir un motif suffisant d'exclusion dans le seul fait qu'un droit déterminé n'est pas indiqué à l'inventaire des biens sociaux d'un concordat par lequel une société abandonne tout son actif à ses créanciers. L'étendue plus ou moins grande de la cession ne peut dépendre du hasard d'inscriptions, sauf si le concordat énumère limitativement les éléments d'actif cédés. Dans le cas particulier, il n'en est pas ainsi. La circulaire de la commission de curatelle du 18 juin 1936 proposant aux créanciers sociaux un concordat par abandon d'actif dit seulement que « la bonne foi des administrateurs et contrôleurs est hors de cause » ; elle n'exclut pas leur négligence ni, par conséquent, l'action contractuelle prévue à l'art. 673 CO a. On doit donc admettre que la qualité pour intenter cette action a passé à la Masse, sinon expressément, du moins implicitement, avec les autres biens, droits et créances formant l'actif abandonné. La responsabilité des défendeurs sera engagée s'il est établi qu'ils ont violé, ne fût-ce que par négligence, les devoirs de leur charge et si un dommage en est résulté pour la société (voir aussi RO 21 p. 561, consid. 8), à moins qu'ils ne soient couverts d'emblée par la décharge qu'ils invoquent.

Il y a dès lors lieu d'examiner préalablement la valeur de l'exception soulevée.

2. — ... Le Tribunal cantonal met les défendeurs au bénéfice de la décharge votée le 11 février 1936 et confirmée le lendemain. Il s'appuie sur les procès-verbaux des deux assemblées, ainsi que sur les dépositions des actionnaires entendus comme témoins, et, citant les principes jurisprudentiels du Tribunal fédéral, dit que la décharge a été donnée aux administrateurs et au reviseur de comptes « en toute connaissance de cause et de propos délibéré » : les actionnaires, conscients que les défendeurs avaient été « victimes d'abus de confiance » et considérant aussi qu'X et Y étaient « les plus atteints par la débâcle », leur ont manifesté par ce vote unanime « leur confiance et les

ont libérés totalement de leur responsabilité », les mettant ainsi à l'abri de l'action en dommages-intérêts de l'art. 673 CO a.

Le Tribunal fédéral ne peut se rallier à cette manière de voir. La juridiction cantonale se méprend sur la nature des assemblées de février et sur la portée des décisions prises. Les premiers juges raisonnent comme s'il s'agissait d'une décharge donnée lors d'une assemblée générale ordinaire annuelle convoquée régulièrement à la fin d'un exercice, avec l'indication de l'ordre du jour et communication des documents et rapports prévus par la loi et les statuts (art. 644 et sv. CO a.). C'est seulement lorsque ces prescriptions sont observées que la décharge peut produire les effets libératoires d'une décision prise dans des circonstances et à des conditions normales.

Or celles de l'assemblée du 11 février ne l'étaient nullement. On venait de découvrir des fraudes de la plus grande gravité et d'en entrevoir les conséquences désastreuses. Immédiatement, l'administration met en œuvre des comptables et convoque d'urgence une assemblée extraordinaire. Le délai, d'abord de quelques jours, est réduit à quelques heures. En toute hâte les actionnaires se réunissent. Il s'agit pour eux d'aviser aux mesures les plus pressantes. Des explications orales sont données d'après le résultat de travaux hâtifs de contrôle : la comptabilité et les inventaires ont été truqués et falsifiés, « tout est à refaire » ; il y a une cavalerie d'effets fictifs ; le capital social est englouti ; les ouvriers et les employés sont mis à la rue ; le public a le droit de dire qu'il a été trompé. La menace d'une grave affaire pénale se dessine. Il faut la circonscrire d'emblée et mettre hors de cause administrateurs et vérificateurs. C'est alors qu'un actionnaire propose de leur donner décharge et emporte un vote unanime, auquel le seul actionnaire absent adhère après avoir entendu des explications données par téléphone.

Tout cela montre de la précipitation et dénote une atmosphère anormale provoquée par la soudaineté de la

situation catastrophique révélée aux actionnaires. La décharge accordée aux défendeurs ne saurait donc avoir le sens et la portée d'une décharge ordinaire. Elle n'est en aucune façon ce que l'arrêt 65 II 15 *in fine* appelle une « reconnaissance de dette négative », par laquelle une créance considérée comme incertaine par les parties et contestée par le débiteur est réputée inexistante. Elle n'implique pas davantage (même arrêt, p. 12, litt. c) la déclaration qu'aucune réclamation ne sera formulée contre les organes libérés du chef de leur gestion pendant une certaine période administrative. Comme l'arrêt le dit (loc. cit.), la décharge ne peut porter que sur les manquements dont l'assemblée a pu se rendre compte par les pièces qui lui ont été soumises. Or, aucune pièce justificative n'a été présentée aux actionnaires, ils n'ont eu à leur disposition ni bilan, ni compte de profits et pertes, ni rapport de gestion, ni rapport du censeur, ni même un état de situation fondé sur des données précises et certaines. Tout ce qu'ils ont su, par l'exposé de l'administration, c'est l'effondrement de l'entreprise et les fraudes commises à son préjudice. La décharge n'a donc pu avoir d'autre but et d'autre effet que de désolidariser les défendeurs des agissements délictueux révélés et de leur témoigner la confiance des actionnaires en leur honnêteté. C'est à l'abri de l'action pénale envisagée contre le directeur et le comptable que les défendeurs ont été mis, non de l'action civile en responsabilité à raison de faits de gestion dont l'assemblée ne s'était nullement occupée et qu'elle n'avait pu examiner en connaissance de cause.

Mais voulût-on même admettre que l'intention des actionnaires était de libérer les administrateurs et les contrôleurs de toute responsabilité, il ne s'ensuivrait point que la décharge donnée ait eu et pu avoir une telle portée. Sans doute la société, bien qu'elle fût acculée à la faillite (art. 657 CO a.), pouvait encore prendre des décisions. Mais celles-ci étaient attaquables, sinon par les actionnaires isolément puisque tous y avaient adhéré, du moins par la

société comme telle, aux droits de laquelle se trouve la demanderesse, qui a pour mission de défendre les intérêts de celle-ci en même temps que ceux des créanciers sociaux. Il est hors de doute que, le 11 février 1936, les actionnaires ont su pertinemment que la totalité du capital social était perdue. Leur décision de libération entière des défendeurs — supposé que ce fût là le sens de la décharge — revenait donc à dépouiller purement et simplement les créanciers de leurs droits contre les organes sociaux responsables et à les priver d'une chance de récupérer au moins une partie de leurs pertes, le patrimoine de la société dont ils sont cessionnaires se trouvant augmenté de toute la somme que l'action sociale de l'art. 673 CO a. y ferait rentrer. Les actionnaires eux-mêmes, n'ayant plus rien à perdre, ne faisaient plus aucun sacrifice. Si la société était tombée en faillite, la masse aurait eu à sa disposition l'action révo-catrice (art. 285 al. 2 LP) et l'on peut se demander si la jurisprudence de l'arrêt 57 III 64 et sv. qui refuse cette action aux liquidateurs d'un concordat par abandon d'actif peut être maintenue au regard de l'art. 31 de l'ordonnance du Tribunal fédéral du 11 avril 1935 concernant la procédure de concordat pour les banques, disposition aux termes de laquelle les actes juridiques accomplis par la banque avant l'homologation du concordat sont sujets à révocation (art. 285 à 292 LP). Mais il n'est pas nécessaire de résoudre cette question en l'espèce, car la décision de libération complète des défendeurs irait en tout cas à l'encontre des règles de la bonne foi et des bonnes mœurs (art. 20 CO) et devrait par conséquent être considérée comme nulle et de nul effet.

Le dossier ne permettant pas de déterminer si et dans quelle mesure la perte dont la demanderesse réclame réparation est imputable à la faute des défendeurs ou de certains d'entre eux, il y a lieu de renvoyer l'affaire à la juridiction cantonale pour qu'elle instruisse ces questions et statue à nouveau....