

Plaidoyer pour une cour de "justice actionnariale"

1. Préambule

Dans un passé proche, la débâcle de la banque UBS a mis en évidence de manière éclatante les obstacles matériels que doivent affronter en Suisse des actionnaires – pourtant propriétaires d'une société, autrement dit détenteurs du rôle de "principal" économique – pour réclamer réparation des dommages subis aux personnes responsables de la gestion – en principe à leur service ou économiquement "agents".

En pratique, les frais de justice découlant des sommes en jeu dans le cas symptomatique incarné par UBS ont constitué un seuil infranchissable pour les actionnaires, même pour les investisseurs institutionnels, et ceci en dépit d'un faisceau d'indices rendant vraisemblable une responsabilité civile des administrateurs.

2. Effets pervers de la situation actuelle

On peut comprendre que la perception de frais de justice proportionnels aux montants en litige exerce un effet modérateur sur le recours aux tribunaux, prévenant un engorgement des tribunaux et favorisant la recherche de solutions à l'amiable. Lors de litiges entre pairs, autrement dit entre parties d'envergure comparable, l'esprit de justice n'en souffre pas.

Pourtant, dans deux cas de figure au moins la victime se trouve lourdement désavantagée :

a) ampleur du dommage

La détermination des frais de justice en proportion du litige et l'impossibilité juridique de restreindre la plainte à une partie du dommage subi rendent paradoxalement la justice inopérante dans les cas où les dommages pécuniaires sont les plus élevés et les plus durables. L'engagement des parties lésées dépendra de leurs chances d'être dédommagées ainsi que de moyens dont elles disposent pour mener une procédure juridique. Plus le dommage est important, plus le recours à justice devient difficile et plus l'impunité des coupables est probable.

b) asymétrie des parties

Il s'agit de la configuration classique de "David contre Goliath". La disproportion des moyens à disposition de chacune des parties empêche par lui-même le recours à la justice, et par là l'examen du fond d'une affaire. Plus le nombre de victimes est grand pour un seul et même cas, plus cette barrière devient insurmontable pour elles. Cette asymétrie se manifeste sur plusieurs plans ; outre les frais de justice proprement dits, il faut évoquer les dépens des parties (en relation avec la complexité des cas et le fardeau de la preuve), la difficulté même de réunir l'information pertinente pour la partie en situation de faiblesse, la difficulté de trouver un mandataire compétent indépendant et d'autres encore.

3. Commentaire

Le cas-modèle d'UBS cumule les deux caractéristiques ci-dessus, qui devraient être du point de vue de la justice des circonstances aggravantes mais se transforment en garanties d'impunité. Les personnes aux commandes d'un organisme puissant mettent celui-ci au service de leurs propres objectifs au détriment des intérêts d'un nombre considérable de parties dont chacune, individuellement, est en position de faiblesse. D'autre part, le dommage causé est d'une telle importance que les frais de justice liés à une action civile empêchent celle-ci.

4. Proposition

Devant le constat de l'inefficacité du système judiciaire précisément dans une situation d'injustice patente, ACTARES en propose une solution simple et pragmatique.

Sur le modèle des tribunaux pour les litiges à caractère social tels que ceux consacrés aux baux, au travail ou aux assurances sociales, ACTARES demande la mise sur pied d'une juridiction destinée à traiter les contentieux entre les personnes responsables de la gestion des sociétés cotées à la bourse suisse et leurs actionnaires qui puisse être saisi par la partie plaignante à un coût abordable.

En effet, une société cotée en bourse a décidé, par l'émission d'actions, de faire appel au capital détenu par le public. A ce titre, elle doit d'ores et déjà se plier à une série de contraintes destinées à éviter les comportements abusifs. La soumission à cette nouvelle juridiction n'est dès lors pas réhabilitaire.

De la même manière que pour la personne locataire, travailleuse ou assurée, il s'agit de rétablir un équilibre entre les parties et permettre un accès à la justice, garantie ancrée tant dans la Constitution fédérale que dans la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette instance judiciaire devrait être mise en place au niveau fédéral compte tenu de la dimension des litiges qu'elle serait amenée à connaître qui dépasse le cadre purement cantonal.

Cette cour ne doit pas être organisée par la branche même sur laquelle elle exerce son autorité. Les exemples en la matière étant loin d'être concluants, elle doit impérativement procéder du pouvoir de l'Etat. Son rôle ne peut en aucun cas se réduire à un simple tribunal d'arbitrage, ni revêtir un caractère de conciliation car cela ne saurait exclure le recours ultérieur à la justice ordinaire, avec les défauts démontrés au point 2, défauts qui ne seraient par conséquent pas résolus.

Une large accessibilité à cette instance doit être garantie, de manière à permettre de trancher sur le fond des litiges qui, isolés, ne présentent pas forcément un enjeu financier considérable. C'est ainsi qu'une jurisprudence pourra être établie et les règles du jeu clarifiées au fur et à mesure des développements de l'économie et de la finance.

5. Avantages

La solution imaginée par ACTARES présente plusieurs avantages :

- Elle s'intègre dans l'ordre juridique et les traditions suisses. Il ne s'agit pas d'importer des modes de fonctionnement ou des mécanismes qui reposent sur une autre culture, comme par exemple les "class actions".
- Le recours à une instance publique, dotée de pouvoirs d'exécution, est de nature à favoriser par tous les acteurs économiques l'adoption d'une attitude responsable, prudente et respectueuse du droit de toutes les parties.
- La mise au second plan du volume de l'enjeu financier est un facteur important, procédant du sens de la justice et de l'égalité devant la loi chers aux mentalités.

Genève et Berne, le 10 août 2011