

La qualité pour agir en responsabilité du créancier social

Vers un droit prétorien porteur de cohérence au vu de l'ATF 146 III 441 et de l'ATF 148 III 11

DAMIANO CANAPA*/ARTHUR GRISONI**

Mots-clés: Responsabilité des organes, qualité pour agir du créancier, mandat procédural (Prozessstandschaft), dommage direct, dommage indirect, action sociale, cessions des droits de la masse, action individuelle, suspension de la faillite faute d'actif, procédure complémentaire de faillite (Nachkonkurs), norme avec un double effet protecteur («Norm mit doppelter Schutzwirkung»)

A. Introduction

La possibilité qu'ont les créanciers sociaux d'intenter l'action en responsabilité en cas de faillite d'une SA joue un rôle central pour assurer que le conseil d'administration veille aux intérêts de celle-ci, conformément aux principes de bonne gouvernance¹. Au vu de l'importance de cette action, la thématique de la qualité pour agir du créancier social est extrêmement discutée et s'accompagne de controverses qui découlent du caractère incomplet et parfois ambigu, sinon contradictoire, de la loi². Il convient de tenir compte de la coordination nécessaire entre, d'une part, l'action de la société (ou *action sociale*), qui tend

* Professeur à l'Université de Lausanne, LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale).

** Assistant doctorant à l'Université de Lausanne, MLaw.

1 LINO HANNI, La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme: Droit matériel, préparation du procès et procédure, Bâle/Neuchâtel 2017, N 33. La situation dans laquelle un actionnaire souhaiterait attaquer en responsabilité un organe de sa société n'est pas analysée. Bien qu'intéressante, la thématique n'a connu récemment aucune évolution significative. Le TF affirme à cet égard qu'en cas de faillite de la société, l'action d'un actionnaire n'est pas envisageable («*nicht denkbar*»), cf. ATF 117 II 432, c. 1b/ee.

2 ATF 117 II 432, c. 1b/bb et les références citées; BERNARD CORBOZ/FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (éd.), Commentaire romand du Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017, art. 754 N 54 (ci-après: CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN). Sur la controverse: cf. DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5^e éd., Bâle 2016, art. 754 N 15 ss (ci-après: BSK OR II-GERICKE/WALLER); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 53 ss.

à réparer le dommage que cette dernière subirait directement et, d'autre part, l'*action individuelle* du créancier social, qui permet à ce dernier de requérir la réparation du dommage qu'il aurait personnellement subi.

Après un rappel de certains principes applicables en matière de responsabilité des organes, notamment de la distinction fondamentale qui existe entre dommage direct et dommage indirect (appelé également dommage réfléchi, dommage par ricochet ou dommage réflexe [*Reflexschaden*]), cette contribution analyse successivement les conditions d'exercice, par un créancier social, de l'action sociale et de l'action individuelle. La comparaison des conditions d'exercice de l'*action sociale* en vertu de l'art. 757 al. 2 CO ou de l'art. 260 LP, ainsi que l'articulation de ces deux dispositions, occupe une place de choix dans cette analyse. Il est également question de la nécessité ou non, pour la société, d'être inscrite au registre du commerce afin de permettre aux créanciers cessionnaires des droits de la masse d'exercer l'action sociale en cas de faillite. S'agissant de l'*action individuelle*, l'accent est mis sur la qualité pour agir du créancier social en cas de dommage direct, en distinguant l'analyse selon que la SA a ou non elle-même subi un dommage direct.

Au cours des dernières décennies, les juges de Mon-Repos n'ont cessé de restreindre la qualité pour agir des créanciers sociaux. En matière d'action sociale, ils ont notamment dénié la qualité pour agir aux créanciers cessionnaires si la société avait préalablement été radiée du registre du commerce. En matière d'action individuelle, ils ont soumis la qualité pour agir des créanciers à des conditions strictes lorsque la société subit également un dommage direct. Dans deux arrêts récents, le TF a toutefois apporté des clarifications et précisions bienvenues au sujet de la qualité pour agir en responsabilité des créanciers sociaux – que ce soit au moyen de l'action sociale (ATF 146 III 441³) ou de l'action individuelle (ATF 148 III 11⁴). Ces arrêts permettent de jeter un regard nouveau sur la matière, en facilitant dans les deux cas les possibilités d'action des créanciers sociaux et en revisitant certains des principes qui valaient jusqu'alors.

B. Dommage direct et dommage indirect

I. Généralités

En droit de la responsabilité civile, seule la personne directement lésée dispose de la qualité pour agir⁵. Cette règle exclut en particulier toute personne ayant

3 Sur cet arrêt, cf. *infra* C.II.2.

4 Sur cet arrêt, cf. *infra* D.II.

5 ATF 142 III 433, c. 4.1; ATF 138 III 276, c. 2.2; ATF 131 III 306, c. 3.1.1; FRANZ WERRO/VINCENT PERRITAZ, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), *Commentaire romand du Code des obligations I*, 3^e éd., Bâle 2021, art. 41 N 14 (ci-après: CR CO I-WERRO/PERRITAZ) ; ANTHONY

subi un dommage indirect, «soit [un] dommage subi par une tierce personne qui était en relation avec la victime de l'atteinte»⁶. La distinction faite entre dommage direct, d'une part, et dommage indirect, d'autre part, permet d'éviter la réparation multiple d'un seul et même dommage par la personne responsable: seule la personne directement lésée a la qualité pour agir en responsabilité⁷. En plus des dérogations légales (art. 45 al. 3 et 47 CO), la jurisprudence reconnaît également le droit à la réparation du dommage indirect lorsque l'auteur de l'acte dommageable a violé une norme de comportement dont le but est également de protéger un tiers contre un dommage du type de celui qu'il a subi; dans cette mesure, la question de savoir s'il existe un dommage direct (réparable) ou indirect (non réparable) se recoupe avec la question de l'illicéité de l'atteinte (notamment en cas de dommage purement économique)⁸.

En matière de responsabilité des organes de la SA, le TF a appliqué deux méthodes différentes au fil du temps pour déterminer si un créancier a la qualité de lésé direct ou de lésé indirect.

II. La distinction traditionnelle: le critère du patrimoine lésé

Dans un premier temps, le TF s'est basé sur le patrimoine lésé – de la société ou du créancier – pour déterminer si un créancier subissait un dommage direct ou un dommage indirect⁹. Selon cette approche, un créancier subit un dommage indirect si son patrimoine diminue que par contrecoup, en raison d'un dommage que la société subit directement. Tel est par exemple le cas si, en raison de l'appauvrissement de la société causé par le comportement d'un organe, un créancier ne parvient pas à récupérer l'ensemble de ses prétentions envers celle-ci¹⁰. Tant que la société demeure solvable, c'est-à-dire qu'elle est en mesure d'honorer ses engagements, le dommage survient uniquement dans la sphère de cette dernière. Ce n'est qu'en cas d'insolvabilité puis de faillite de la société que les créanciers subissent un dommage indirect (diminution du dividende de faillite)¹¹.

KESSLER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 7^e éd., Bâle 2019, art. 41 N 8.

- 6 ATF 112 II 118, c. 5e.
7 CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 41a.
8 ATF 138 III 276, c. 2.2; ATF 112 II 118, c. 5b, 5c et 5e. Cf. aussi ATF 141 III 527, c. 3.2; TF, arrêt 4A_406/2019, 20.02.2020, c. 2.3.2; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 14.
9 ATF 110 II 391, c. 1. Cette jurisprudence a été rendue sous l'empire de la législation en vigueur avant la révision du droit de la SA de 1991 (RO 1992 733). En qualité de cessionnaires des droits de la masse, les créanciers pouvaient agir à double titre: ils pouvaient, à choix, intenter l'action sociale sur la base de l'art. 260 LP ou, de manière autonome, l'action des art. 755 et 756 al. 2 aCO en réparation de leur dommage indirect.
10 ATF 141 III 112, c. 5.2.2; ATF 132 III 564, c. 3.1.2; ATF 131 III 306, c. 3.1.1; ATF 110 II 391, c. 1.
11 ATF 142 III 23, c. 3.1; ATF 141 III 112, c. 5.2.2; ATF 132 III 564, c. 3.1.2; ATF 131 III 306, c. 3.1.1.

III. Le critère du fondement juridique de l'action: arrêt *X-Corporation*

En cas de faillite de la société, il convient d'éviter un désavantage pour la masse en faillite par rapport aux créanciers sociaux: la masse en faillite ne peut décider d'intenter une action sociale en réparation du dommage subi directement par la société et indirectement par les créanciers qu'au moment de la seconde assemblée des créanciers (soit après le dépôt de l'état de collocation, art. 252 LP), tandis que les créanciers sociaux peuvent intenter une action individuelle en réparation de leur dommage *direct* dès l'ouverture de la faillite. Ces derniers pourraient donc prendre de vitesse l'action sociale. Afin d'éviter une telle «course au désintéressement» entre, d'une part, les créanciers directement lésés et, d'autre part, les créanciers n'ayant subi qu'un dommage indirect, le TF a, dans un deuxième temps, jugé que la qualité de dommage direct ou indirect se déterminait en analysant le fondement juridique de l'action individuelle (arrêt *X-Corporation*)¹².

Suivant cette théorie, un créancier social est directement lésé et dispose donc de la qualité pour agir à *titre individuel* s'il peut invoquer la violation d'un devoir à son égard (et non à l'égard de la société). En d'autres termes, le créancier doit baser son action sur un fondement juridique distinct de l'action sociale¹³. Tel est le cas lorsque le comportement reproché à l'organe: (1.) constitue vis-à-vis du créancier un acte illicite au sens de l'art. 41 CO; (2.) réalise à l'égard du créancier un cas de *culpa in contrahendo*; ou (3.) viole une norme du droit de la SA qui est conçue *exclusivement* pour protéger les créanciers¹⁴. En revanche, selon cette approche, si la norme est conçue *également* dans l'intérêt de la société («*Norm mit doppelter Schutzwirkung*»), les créanciers ne sont pas légitimés à agir en responsabilité à *titre individuel*¹⁵. Selon la Haute Cour, le dommage causé par la violation d'une telle norme doit être qualifié de dommage indirect des créanciers.

IV. Le retour au critère du patrimoine lésé

Le revirement de jurisprudence amorcé dans l'arrêt *X-Corporation* n'a cependant pas fait taire la controverse¹⁶. Aussi, dans un troisième temps, le TF est revenu sur sa jurisprudence liée au fondement juridique de l'action individuelle; le patrimoine lésé détermine donc à nouveau si un créancier subit un dommage direct ou indirect¹⁷. Trois situations doivent être distinguées:

12 ATF 122 III 176, c. 7c. Cf. également ATF 142 III 23, c. 4.2.1.

13 ATF 127 III 374, c. 3b; ATF 125 III 86, c. 3; ATF 122 III 176, c. 7b/c.

14 ATF 128 III 180, c. 2c; ATF 127 III 374, c. 3a/b; ATF 125 III 86, c. 3a; ATF 122 III 176, c. 7b à 7d.

15 Pour des exemples de telles normes, cf. *infra* D.

16 ATF 142 III 23, c. 4.2.1; ATF 127 III 374, c. 3b et les références citées.

17 ATF 142 III 23, c. 4.2.2; ATF 141 III 112, c. 5.2; ATF 132 III 564, c. 3, notamment c. 3.2.3; ATF 131 III 306, c. 3.1.2.

- Premièrement, le comportement des organes cause un dommage direct aux créanciers sociaux, sans que la société subisse simultanément de dommage¹⁸. Les créanciers peuvent alors agir *à titre individuel* en réparation de leur propre dommage, sans restriction et en tout temps¹⁹. À défaut d’être lésée, la société (ou la masse en faillite) ne saurait exercer d’action sociale en responsabilité.
- Deuxièmement, le comportement des organes cause un dommage direct à la société, les créanciers n’étant lésés qu’indirectement en cas d’insolvabilité puis de faillite de la société²⁰. Dans une telle constellation, seule la voie de l’*action sociale* est ouverte²¹. En vertu des principes généraux de la responsabilité civile évoqués ci-dessus, un créancier ne saurait intenter *une action individuelle* en réparation du dommage qu’il a subi indirectement²².
- Troisièmement, la société *et* les créanciers sont tous deux directement touchés: en théorie, tant l’action sociale que l’action individuelle peuvent être exercées dans une telle situation²³.

Dans les sections qui suivent, la qualité pour agir du créancier social, que ce soit par le biais de l’action sociale ou de l’action individuelle, est examinée dans ces trois constellations. Il est distingué, lorsque cela est pertinent, selon que la société est en activité ou qu’elle se trouve en situation de faillite.

C. Action sociale en cas de faillite de la société

I. Exercice de l’action sociale par l’administration de la faillite: pratique «*Raschein*»

La question de la titularité de l’action sociale en cas de faillite de la société a fait l’objet d’importantes controverses au sein de la doctrine²⁴.

Dans un célèbre arrêt, dit «*Raschein*», le TF a tranché que, dès l’ouverture de la faillite, la créance de la société vis-à-vis d’un de ses organes est remplacée (*abgelöst*) par une créance de la communauté des créanciers, qu’il appartient en priorité à l’administration de la faillite de faire valoir (art. 757 al. 1 CO)²⁵. Le

18 ATF 141 III 112, c. 5.2.1; ATF 132 III 564, c. 3.1.1.

19 Cf. *infra* D.I.

20 ATF 141 III 112, c. 5.2.2; ATF 132 III 564, c. 3.1.2; ATF 131 III 306, c. 3.1.1

21 Cf. *infra* C.

22 ATF 142 III 23, c. 4.4; ATF 132 III 564, c. 3.1.2 et 3.2.2; ATF 131 III 306, c. 3.1.1.

23 ATF 141 III 112, c. 5.2.3; ATF 132 III 564, c. 3.1.1; ATF 131 III 306, c. 3.1.1. Cf. *infra* D.II.

24 Pour un aperçu des différents avis doctrinaux sur cette question, voir CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 9 ss et les réf. citées; ANDREW GARBARSKI, La responsabilité des organes dirigeants de la société anonyme, thèse, Zurich 2006, p. 83 ss.

25 ATF 117 II 432, c. 1b/dd. Cf. aussi ATF 142 III 23, c. 4.4; ATF 132 III 564, c. 3.2.2; ATF 131 III 306, c. 3.1.1. Cf. *infra* C.I et C.II.2. sur la question de la titularité matérielle de l’action sociale en cas de faillite.

but de cette jurisprudence est d'empêcher les organes de soulever, contre la masse ou contre un créancier cessionnaire, les objections et exceptions qu'ils auraient à l'égard de la société (notamment celles liées à la décharge)²⁶.

L'action de la communauté des créanciers est destinée *exclusivement* à réparer le préjudice causé directement à la société et indirectement à ses créanciers, conformément à la note marginale des art. 756 à 758 CO («Dommage subi par la société»)²⁷.

II. Exercice de l'action sociale par le créancier social

1. Conditions d'exercice des actions de l'art. 757 al. 2 CO et de l'art. 260 LP

Suivant l'art. 757 al. 1 et 2 CO, l'action sociale peut être exercée par un créancier social, pour un dommage subi indirectement et qui se concrétise au moment de la faillite, si l'administration de la faillite y renonce²⁸. Hors faillite, les créanciers sociaux ne sauraient intenter l'action sociale²⁹.

Ce mécanisme est réglé, en matière de poursuite et faillite, à l'art. 260 LP, dont l'application est réservée par l'art. 757 al. 3 CO. L'art. 260 LP dispose que

26 ATF 142 III 23, c. 4.4; ATF 136 III 148, c. 2.5; ATV 132 III 342, c. 4.1; ATF 117 II 432, c. 1b/gg; WALTER A. STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, Le dommage direct du créancier dans la responsabilité des organes: un cadeau empoisonné?, Vers les sommets du droit: Liber amicorum pour Henry Peter, Genève 2019, p. 224–238, p. 228.

27 ATF 142 III 23, c. 4.3 et 4.4; TF, arrêt 4A_623/2017, 24.08.2018, c. 2 et 3. Auparavant, selon la pratique «Raichle» (ATF 129 III 129, c. 3 [non publié]; TF, arrêt 5C.29/2000, 19.09.2000, c. 4c), l'administration de la faillite était légitimée à actionner les organes en responsabilité en réclamant la réparation du préjudice causé *directement* aux créanciers, alors même que la société ne subissait aucun préjudice selon la théorie de la différence. Cette pratique, qui visait à corriger la jurisprudence restrictive en matière de qualité pour agir des créanciers (cf. *surpa* B.III.), fut abandonnée à l'ATF 142 III 23: la diminution du substrat de liquidation causée par le règlement de dettes à l'égard de certains créanciers seulement, peu avant l'ouverture de la faillite, peut être corrigée par l'action révocatoire des art. 285 ss LP, mais non par une action sociale en responsabilité, en l'absence de tout dommage de la société, cf. ARTHUR GRISONI, L'action en responsabilité dirigée contre les organes dirigeants de la société – Légimité active de l'administration de la faillite, respectivement des créanciers (art. 757 CO), Bulletin CEDIDAC n° 86. Selon ISABELLE CHABLOZ, Responsabilité des administrateurs dans la faillite: état des lieux sur la base de quelques arrêts récents, in: La pratique contractuelle 5 – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 101–130, p. 108 ss, une interprétation conforme de l'art. 757 CO à la jurisprudence «Raschein» devrait permettre à l'administration de la faillite d'agir en réparation de tout dommage qui est commun à l'ensemble des créanciers; l'auteur qualifie un tel dommage de dommage indirect, dans la mesure où le produit de l'action intentée par la masse permettrait également de compenser le dommage des créanciers. Toujours selon cette auteure, l'obligation du lésé de diminuer le dommage implique que l'action révocatoire doit toutefois être exercée prioritairement à l'action en responsabilité, laquelle ne permet que la réparation du dommage en lien avec les montants qui n'ont pu être récupérés par l'action paulienne.

28 ATF 141 III 112, c. 5.2.2; ATF 136 III 148, c. 2.3; ATF 132 III 564, c. 3.2.2.

29 ATF 132 III 564, c. 3.1.2; ATF 131 III 306, c. 3.1.1. Tel n'est pas le cas de l'actionnaire qui peut, dans ces circonstances, exercer l'*action sociale oblique* en concluant au paiement de dommages-intérêts à la société (art. 756 CO).

chaque créancier peut demander la cession d'une prétention à la masse, y compris d'une prétention en responsabilité contre un organe, si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir ladite prétention (al. 1). Le créancier social qui a obtenu la cession des droits de la masse intente l'action sociale de la communauté des créanciers (respectivement de la société) en son propre nom, pour son propre compte et à ses risques et périls; il agit alors sur la base d'un mandat procédural, en qualité de «*Prozessstandschatfer*»³⁰.

Alors que le créancier qui souhaite agir en responsabilité sur la base de l'art. 260 LP doit demander et obtenir la cession des droits de la masse³¹, l'action de l'art. 757 al. 2 CO ne nécessite pas, *de jure*, de décision de cession, bien que le TF ait laissé ouverte la question de savoir si une telle action nécessitait aussi une cession formelle³². Quoi qu'il en soit, la validité de la cession n'a pas à être revue par le juge; il s'agit d'une compétence de l'autorité de surveillance LP³³.

Pour exercer l'action de l'art. 260 LP, le créancier social doit figurer à l'état de collocation³⁴. Aucune exigence semblable ne ressort de la loi s'agissant de l'action sociale exercée par le créancier sur la base de l'art. 757 al. 2 CO. Le TF, dans plusieurs arrêts, a cependant jugé que seul le créancier social figurant à l'état de collocation définitif était autorisé à agir sur la base de l'art. 757 al. 2 CO, tout comme dans le cas de l'art. 260 LP³⁵. Tout créancier admis à l'état de collocation a ainsi le droit de requérir et d'obtenir la cession des droits de la

30 ATF 146 III 441, c. 2.5.1; ATF 145 III 101, c. 4.1.1; ATF 139 III 384, c. 2.2.2; ATF 138 III 628, c. 5.3.2; ATF 132 III 342 c. 2.2; ATF 132 III 564, c. 3.2.2; ATF 121 III 488 c. 2b; TF, arrêt 5A_651/2020, 12.08.2021, c. 3.3.2.

31 Le créancier demandeur doit être muni de la formule 7F relative à la cession des droits de la masse à teneur de l'art. 260 LP, cf. ATF 145 III 101, c. 4.

32 Cf. ATF 136 III 107, c. 2.4 (non publié); ATF 132 III 222, c. 1.2 (non publié); TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.2 (voir toutefois le c. 2.1.3 du même arrêt: «Anschliessend kann er eine *Abtretung* des Prozessführungsrechts nach Art. 260 SchKG verlangen *oder* den Anspruch auf Ersatz seines mittelbaren Gläubigerschadens gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen»).

33 Cf. ATF 145 III 101, c. 4.2.1; ATF 138 III 628, c. 5.3.2; ATF 132 III 342, c. 2.2.1; ATF 111 II 81, c. 3.

34 ATF 145 III 101, c. 4.1.1; ATF 138 III 628, c. 5.3.2; PIERRE JEANNERET/DAMIEN CARRON, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (éd.), Commentaire romand Poursuite et faillite, Bâle 2005, art. 260 N 15 (ci-après: CR LP-AUTEUR). D'un point de vue systématique, l'art. 260 LP succède aux dispositions régissant l'établissement le dépôt et la contestation de l'état de collocation (art. 247 ss LP). Sur le procès en responsabilité qui serait mené malgré une collocation in due, cf. ANDREW GARBARSKI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, L'action en responsabilité dans la faillite d'une société anonyme, ZZZ 50/2020, p. 122–139, p. 135 ss.

35 ATF 146 III 441, c. 2.1; ATF 136 III 322, c. 4.7; ATF 122 III 195, c. 9b; TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, c. 5.4.1; TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.3; TF, arrêt 5A_720/2007, 24.04.2008, c. 2.3. Cf. aussi BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 27. *Contra*: ANDREW GARBARSKI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Conséquences de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité, GesKR 2018, p. 452–466, p. 461 ss, où les auteurs font remarquer que l'exigence de collocation ne ressort pas de la lettre de l'art. 757 al. 2 CO, qui exige seulement que l'administration de la faillite ait renoncé à agir; aussi les demandeurs devraient pouvoir établir leur qualité autrement que par la collocation.

masse aussi longtemps que sa créance n'a pas définitivement été écartée de l'état de collocation à la suite d'un procès intenté conformément à l'art. 250 LP. Aussi, l'organe défendeur à l'action en responsabilité ne saurait remettre en cause la qualité pour agir du créancier cessionnaire définitivement admis à l'état de collocation au motif que sa créance aurait été colloquée à tort; la collocation définitive ne préjuge toutefois en rien l'existence matérielle de la prétention en responsabilité³⁶. Il est par ailleurs indifférent que la créance du demandeur soit ou non postposée³⁷.

Le fait que l'action du créancier social soit intentée sur la base d'un mandat procédural entraîne plusieurs conséquences, que l'action soit fondée sur l'art. 757 CO ou sur l'art. 260 LP.

Premièrement, en application de la pratique «*Raschein*», la cession des droits de la masse n'a d'effet ni sur la nature du dommage ni sur la nature de l'action. Celle-ci ne devient pas une action individuelle du créancier, mais reste une action sociale de la communauté des créanciers, dont la société faillie demeure matériellement titulaire; seul le droit de la masse en faillite de faire valoir en justice ses prétentions (faculté de conduire le procès; *Prozessführungsbefugnis*) est cédé au créancier³⁸.

Deuxièmement, en tant qu'il fait valoir la créance de la communauté des créanciers (respectivement de la société), le créancier cessionnaire peut uniquement rechercher les organes de la société faillie pour le dommage causé directement à la société et indirectement aux créanciers³⁹. Il n'a pas la qualité pour faire valoir, par l'action sociale, le dommage qu'il aurait subi directement sans qu'un dommage soit causé simultanément à la société⁴⁰. En revanche, il peut réclamer la réparation de l'entier du préjudice causé à la société et non uniquement la part correspondant à la perte de sa créance⁴¹.

Bien qu'il ne soit pas le titulaire matériel de la prétention litigieuse, le créancier cessionnaire est formellement partie à la procédure et assume donc l'entier

36 ATF 145 III 101, c. 4.1.1; ATF 138 III 628, c. 5.3.2; ATF 132 III 342, c. 2.2.1 et 2.4; ATF 132 III 564, c. 6.1; ATF 122 III 195, c. 9b; ATF 111 II 81.

37 Alors même que, selon la révision du droit de la SA du 19 juin 2020 (RO 2020 4005), la prétention de ce créancier n'est pas prise en compte dans le calcul du dommage de la société (art. 757 al. 4 nCO). Même avis: HANS CASPAR VON DER CRONE, *Aktienrecht*, 2^e éd., Berne 2020, § 21, note 113. En effet, conformément à la pratique «*Raschein*», l'organe défendeur ne saurait opposer personnellement au créancier demandeur l'objection qu'il aurait consentie au dommage du fait de la postposition (*volenti non fit iniuria*).

38 ATF 146 III 441, c. 2.5.1; ATF 145 III 101, c. 4.1.1; ATF 144 III 552, c. 4.1.1; ATF 139 III 391, c. 5.1; ATF 138 III 628, c. 5.3.2; ATF 132 III 342, c. 2.2; ATF 121 III 488 c. 2b; ATF 117 II 440, c. 1b/ff; TF, arrêt 5A_651/2020, 12.08.2021, c. 3.3.2. Cf. aussi *infra* C.II.2. sur la question de la titularité matérielle de l'action sociale en cas de faillite.

39 ATF 142 III 23, c. 3.1. et 4; ATF 132 III 564, c. 3.2.2; ATF 128 III 180, c. 2c.

40 TF, arrêt 4A_623/2017, 24.08.2018, c. 2 et 3. Sur abandon de la pratique «*Raichle*», cf. *supra* note 27.

41 BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 23.

des frais et dépens liés à l'action⁴². Il en tire également profit puisque, s'il doit en principe conclure au paiement de dommages-intérêts à la société faillie, le produit de l'action sert en priorité à couvrir sa créance telle que colloquée (art. 757 al. 2 CO *cum* art. 219, 260 al. 2 LP)⁴³. Le TF a cependant admis, *contra legem*, que le créancier demandeur peut conclure au versement entre ses mains du montant: pour le TF, la répartition du produit de l'action entre la société et le créancier social ayant agi sur la base du mandat procédural constitue une phase distincte, qui ne concerne pas l'organe recherché⁴⁴. Le créancier social peut ainsi poursuivre personnellement l'exécution forcée du jugement⁴⁵.

En prenant uniquement des conclusions partielles (art. 86 CPC), le créancier demandeur peut limiter ses conclusions au paiement de dommages-intérêts qui couvrent seulement son dommage et ses frais, c'est-à-dire la part du dommage de la société auquel il peut prétendre⁴⁶. La possibilité de prendre des conclusions partielles permet au créancier social, de façon contraire aux principes généraux de la responsabilité civile, d'agir en réparation de son dommage indirect⁴⁷. Si un créancier invoque une multitude de dommages reposant sur des actes distincts, il existe potentiellement un cumul d'actions (art. 90 CPC)⁴⁸.

Troisièmement, l'organe recherché ne saurait opposer au créancier des objections à titre personnel ou des objections qui concerneraient uniquement la société et qui ne pourraient pas être invoquées à l'encontre de la communauté des créanciers⁴⁹.

Enfin, la cession des droits de la masse n'a pas pour effet de transférer la qualité de lésé (art. 115 CPP) de la société faillie au créancier cessionnaire, lequel ne représente pas cette dernière, contrairement à l'administration de la faillite, mais agit en son propre nom. Le cessionnaire ne saurait dès lors, par adhésion à la procédure pénale, prendre de conclusions civiles déduites des infrac-

42 ATF 146 III 441, c. 2.5.1, 2.6.1; ATF 139 III 391, c. 5.1; ATF 136 III 502, c. 7.2.2 (non publié); TF, arrêt 5A_651/2020, 12.08.2021, c. 3.3.2.

43 ATF 132 III 342, c. 2.1 et 2.2; TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.2.

44 ATF 139 III 391, c. 5.1; TF, arrêt 4A_210/2010, 01.10.2010, c. 7.2.2. Le créancier cessionnaire doit toutefois respecter un devoir d'information à l'égard de l'administration de la faillite et des devoirs quant à l'utilisation du produit de l'action, conformément à la formule 7F, cf. ATF 139 III 391, c. 5.1.

45 CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 41b.

46 ATF 136 III 502, c. 7.2.2 (non publié).

47 Critique: BERNARD CORBOZ, Le dommage dans les actions en responsabilité contre les organes sociaux, in: CEDIDAC, Développements récents en droit commercial II, Lausanne 2013, p. 93-107, p. 104, pour qui cette évolution prête à confusion. Cf. ATF 147 III 345; FRANÇOIS BOHNET, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (éd.), Commentaire romand Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2018, art. 86 N 13 (ci-après: CR CPC-BOHNET) à propos de l'autorité de la chose jugée dont est revêtue une décision portant sur une action partielle.

48 Cf. CR CPC-BOHNET, art. 90 N 4; GARBARSKI/MUSKENS (note 34), p. 132 ss.

49 ATF 136 III 107, c. 2.5.1; ATF 122 III 195, c. 9b; TF, arrêt 4A_15/2013, 11.07.2013, c. 3 et 4; TF, arrêt 4A_555/2009, 03.05.2010, c. 2.2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 41d.

tions (art. 122 CPP) et il ne peut ni se prévaloir d'actes interruptifs de la prescription accomplis dans ce cadre, ni invoquer la prescription pénale de plus longue durée (art. 760 al. 2 CO)⁵⁰.

2. *Inscription de la SA au registre du commerce*

Lorsque la procédure de faillite (ordinaire ou sommaire) est close par décision du tribunal, la société est radiée du registre du commerce (art. 159a al. 1 let. b ORC). Si la faillite a été suspendue faute d'actif (art. 230 LP), la radiation intervient dans les deux ans suivant la publication de la suspension au registre du commerce (art. 159a al. 1 let. b ORC). Il arrive cependant, en cas de radiation de la société, que l'action sociale n'ait pas encore été exercée. Cette situation a donné lieu à une jurisprudence importante et pas toujours facile à appréhender s'agissant de la nécessité ou non de faire réinscrire la société au registre du commerce afin de permettre l'exercice de l'action sociale par un créancier.

Le TF a jugé que, dans l'hypothèse où la société faillie a été radiée du registre du commerce, le créancier social doit requérir sa réinscription (art. 164 ORC *cum* art. 935 CO) pour obtenir ensuite la cession des droits de la masse⁵¹. Ce raisonnement s'appuie sur le fait que le créancier social agit sur la base d'un mandat procédural et que la prétention qu'il fait valoir est, en définitive, celle de la société faillie, qui demeure titulaire de l'action⁵². Or, la personnalité juridique de la société s'éteint au moment de sa radiation du registre du commerce en vertu de l'effet constitutif de la radiation⁵³. Par conséquent, à défaut d'avoir un titulaire, l'action du créancier social, qu'elle se fonde sur l'art. 757 al. 2 CO ou sur l'art. 260 LP, doit être rejetée pour défaut de qualité pour agir⁵⁴. Le créancier social doit par conséquent obtenir la réinscription de la société s'il souhaite que la procédure de faillite reprenne après que la société a été radiée du registre du commerce (en raison de l'effet constitutif de la radiation, ni la société radiée ni ses organes n'ont la qualité pour participer à la procédure de réinscription, laquelle est de toute manière une procédure gracieuse unipartite⁵⁵)⁵⁶. La société

50 ATF 140 IV 155, c. 3.4; TF, arrêt 4A_496/2018, 21.06.2019, c. 3. Cf. aussi GARBARSKI/MUSKENS (note 34), p. 133 ss.

51 TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.3 et 2.3, avec référence aux ATF 132 III 731, c. 3.2 et 3.3; ATF 110 II 396, c. 2. Voir également TF, arrêt 4A_407/2018, 05.02.2019, c. 4.

52 TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.3.

53 ATF 146 III 441, c. 2.2 et 2.4.1; ATF 140 IV 155, c. 3.4.4; ATF 132 III 731, c. 3.1; TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, c. 5.2; TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.3. Critique: GARBARSKI/MUSKENS (note 35), 452, 458 et 463 s., où les auteurs font remarquer que, selon les arrêts précités, la radiation n'a un effet constitutif qu'à l'issue d'une liquidation complète. Cf. aussi TF, arrêt 4A_231/2011, 20.09.2011, c. 2, où le TF semble dire que la radiation n'a qu'un effet déclaratif.

54 TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.2, 2.1.3 et 2.3.

55 TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, 5.3.

56 ATF 132 III 731, c. 3.2 et 3.3; ATF 110 II 396, c. 2; TF, arrêt 4A_407/2018, 05.02.2019, c. 4; TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.3.

renaissant au moment de sa réinscription, la procédure de faillite peut être ouverte, puis liquidée ordinairement ou sommairement⁵⁷. Dans ce cadre, le créancier peut produire sa créance à l'état de collocation et se faire céder les droits de la masse dans le but d'obtenir ensuite la réparation de son dommage indirect⁵⁸.

Faisant application de ces principes, le TF, dans un arrêt 4A_384/2016, a dénié la qualité pour agir des créanciers demandeurs agissant sur la base de l'art. 757 al. 2 CO aux motifs qu'ils n'avaient jamais été admis à l'état de collocation – la faillite ayant été suspendue faute d'actif (art. 230 LP) – et que la titulaire de la prétention – la société – avait disparu⁵⁹.

Cette jurisprudence s'accorde a priori mal avec la pratique «*Raschein*», selon laquelle la créance de la société vis-à-vis d'un de ses organes est remplacée, au moment de la faillite, par une créance de la communauté des créanciers. En effet, dans l'arrêt 4A_384/2016, le TF plaide davantage pour une prétention qui ne changerait pas de titulaire et qui resterait celle de la société. La contradiction peut toutefois se résoudre comme suit: dès l'ouverture de la faillite, la société faillie est privée de son pouvoir de disposer des biens compris dans la masse (dessaisissement du failli au sens de l'art. 204 LP), mais reste titulaire du patrimoine à liquider – l'ouverture de la faillite n'entraîne pas de succession de la masse dans les droits du failli⁶⁰. Il appartient alors à l'administration de la faillite – en tant que représentante légale du failli et organe officiel de la masse (art. 240 LP) – ou, si elle y renonce, aux créanciers cessionnaires, de faire valoir en justice l'action sociale (laquelle appartient matériellement à la société). Ces derniers poursuivent ainsi le recouvrement des créances de la société faillie qui sont tombées dans la masse, et non celui des créances dont ils seraient titulaires⁶¹; ils ne peuvent

57 TF, arrêt 4A_467/2018, 09.05.2019, c. 5.2.

58 ATF 132 III 731, c. 3.3; TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, c. 5.4.1; TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.3 et 2.3. Sur l'exigence de figurer à l'état de collocation pour intenter l'action sociale sur la base de l'art. 757 al. 2 et 260 LP, cf. *supra* C.II.1.

59 TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.3 et 2.3. Sur les risques que la nouvelle action intentée après la réinscription de la société et la collocation des créances des cessionnaires soit déclarée irrecevable en raison de l'autorité de la chose jugée afférant au premier jugement de rejet pour défaut de qualité pour agir, cf. GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 459 ss.

60 ATF 132 III 432, c. 2.3 et 2.4; ATF 121 III 28, c. 3; TF, arrêt 5A_651/2020, 12.08.2021, c. 3.3.2. Cf. aussi ATF 132 III 89, c. 1.3; CR CPC-BOHNET, art. 59 N 98; CR LP-ROMY, art. 204 N 1; CR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 240 N 1 s. et 9; GARBARSKI (note 24), p. 87 et réf. citées en note 654. Selon DENIS PIOTET, *Méthodologie de la pesée des intérêts dans les conflits entre droits absolus*, Festschrift für Hans Peter Walter, p. 147–165, p. 150, «le dessaisissement du débiteur né de la saisie ou de la faillite [n'est] pas seulement l'expression d'une interdiction d'aliéner signifiée par l'ordre juridique, mais bien la manifestation d'un véritable droit absolu, individuel ou collectif, des créanciers pour les biens saisis ou entrés dans la masse, ayant une nature publique en ce qu'ils sont exercés par l'autorité de poursuite».

61 ATF 145 III 101, c. 4.1.1; ATF 132 III 342, c. 2.2; TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, c. 5.4.1. Dans le même sens: GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 458: «les développements consacrés par notre Haute Cour dans l'arrêt 4A_384/2016 confirment que la faillite de la société ne consacre pas la naissance d'une nouvelle prétention de la communauté des créanciers (théorie de l'*Ablösung*),

à ce titre réclamer que la réparation du préjudice causé directement à la société⁶².

Le TF a précisé sa jurisprudence à l'ATF 146 III 441. Dans cet arrêt, les juges de Mon Repos ont estimé que la radiation du registre du commerce de la société faillie n'a aucune influence sur la qualité pour agir du créancier cessionnaire *admis à l'état de collocation* et qui a obtenu la cession des droits de la masse selon l'art. 260 LP *préalablement à la radiation de la société*⁶³. La situation diffère ainsi de l'affaire jugée à l'arrêt 4A_384/2016, où les créanciers demandeurs n'avaient pas été colloqués⁶⁴.

Pour justifier cette nuance avec sa pratique antérieure issue de l'arrêt 4A_384/2016, le TF avance deux arguments. En premier lieu, la Haute cour précise que la cession des droits en vertu de l'art. 260 LP n'est pas une cession de créance au sens des art. 164 ss CO, mais une institution *sui generis* du droit des poursuites, qui confère aux créanciers cessionnaires le droit de faire valoir en justice les prétentions de la masse en faillite en leur nom et pour leur compte (*Prozessstandschaft*; mandat procédural), sans qu'ils deviennent matériellement titulaires de la prétention⁶⁵. Contrairement au cessionnaire, la masse en faillite (respectivement la société faillie), bien que titulaire de l'action, n'est pas formellement partie à la procédure: la réinscription de la société n'apparaît donc pas nécessaire à la conduite du procès en responsabilité⁶⁶. Pour le TF, l'exigence de réinscrire la société entre même en contradiction avec la possibilité qui existe de clôturer la faillite – ce qui entraîne la radiation de la société du registre du commerce – sans attendre la fin des litiges relatifs aux créances cédées en vertu de l'art. 260 LP (art. 95 OAOF⁶⁷)⁶⁸.

comme certains l'ont déduit de la jurisprudence dite *«Raschein»*; il y a bien une continuité dans la titularité de la prétention, laquelle reste rattachée à la société, respectivement à la masse en faillite». Ces auteurs considèrent à cet égard que les notions de communauté des créanciers et de masse en faillite se recoupent largement (cf. p. 454). En tout état de cause, il convient de garder à l'esprit que la communauté des créanciers, tout comme la masse, ne sont pas dotées de la personnalité juridique, cf. PHILIPPE MEIER/ESTELLE DE LUZE, *Droit des personnes – Art. 11–89a CC*, Genève 2014, N 989. La masse bénéficie toutefois des capacités d'être partie (*Parteifähigkeit*) et d'ester en justice (*Prozessfähigkeit*), tandis que l'administration de la faillite dispose de la qualité pour agir ou pour défendre (*Prozessführungsbefugnis*), cf. CR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 240 N 9.

62 TF, arrêt 4A_623/2017, 24.08.2018, c. 2 et 3. Sur abandon de la pratique *«Raichle»*, cf. *supra* note 27.

63 ATF 146 III 441, c. 2.1, 2.5, 2.7 et 2.8; TF, arrêt 4A_251/2020, 29.09.2020, c. 2. Cf. aussi TF, arrêt 4A_231/2011, 20.09.2011, c. 2; TF, arrêt 4A_5/2008, 22.05.2008, c. 1.4, où le TF, sans trancher définitivement la question, laissait présager que la radiation de la société, intervenue après la cession des droits de la masse, n'entraîne pas la perte de la qualité pour agir des cessionnaires, puisque ces derniers agissent sur la base d'un mandat procédural.

64 ATF 146 III 44, c. 2.1.

65 ATF 146 III 441, c. 2.5.1; ATF 144 III 552, c. 4.1.1; ATF 140 IV 155, c. 3.4.2 et 3.4.4; ATF 138 III 628 c. 5.3.2; ATF 132 III 342 c. 2.2; ATF 121 III 488, c. 2b; TF, arrêt 5A_651/2020, 12.08.2021, c. 3.3.2.

66 ATF 146 III 441, c. 2.5.1 et 2.6.

67 Ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911 (OAOF; RS 281.32).

68 ATF 146 III 441, c. 2.5.3.

En second lieu, le TF trace un parallèle avec la *procédure complémentaire* de l'art. 269 LP (*Nachkonkurs*), qui règle la réalisation et la distribution du produit des droits patrimoniaux appartenant à la masse découverts après la clôture de la faillite et ayant échappé à la liquidation. Cette procédure peut être menée en dépit de la radiation de la société du registre du commerce, la réinscription de la société n'étant requise que lorsque l'administration de la faillite fait valoir activement des créances ou d'autres actifs⁶⁹. Dès lors, les créanciers qui, au moment de la clôture de la faillite et de la radiation de la société, sont admis à l'état de collocation sans toutefois avoir obtenu la cession de la prétention en responsabilité peuvent obtenir cette cession dans le cadre de la procédure complémentaire (art. 269 al. 3 LP).

L'art. 269 al. 3 LP permet en effet de céder certains droits «douteux» conformément aux dispositions de l'art. 260 LP, sans avoir à réinscrire la société au registre du commerce. Si la réinscription de la société n'est pas nécessaire à ce stade, le TF en conclut que les créanciers admis à l'état de collocation et qui ont obtenu la cession des droits de la masse antérieurement à la radiation de la SA ne sauraient se voir nier leur qualité pour agir du simple fait de cette radiation⁷⁰.

La créance issue de l'action en responsabilité doit toutefois être qualifiée d'actif découvert ultérieurement⁷¹. Seules des prétentions *nouvelles* peuvent en effet être cédées aux créanciers sociaux suivant les art. 260 *cum* 269 LP. L'art. 269 LP ne permet pas d'obtenir la cession d'actifs ou de droits douteux déjà connus de l'administration de la faillite (respectivement de la majorité des créanciers légitimés à prendre part à la seconde assemblée des créanciers) au moment de la clôture de la faillite⁷²: dans ce cas, il est considéré que l'administration de la faillite ou les créanciers ont délibérément renoncé à faire valoir les biens ou droits douteux et ces derniers ne peuvent pas être cédés⁷³.

3. En cas de suspension de la faillite fautive d'actif (art. 230 LP)

Le TF exigeant qu'un créancier social soit admis à l'état de collocation pour exercer l'action sociale, une telle action ne saurait être accueillie lorsque l'administration de la faillite n'est jamais entrée en fonction du fait de la suspension de la faillite fautive d'actif (art. 230 al. 1 LP)⁷⁴. Dans un tel cas, en effet, le créan-

69 ATF 146 III 441, c. 2.4.4.1 et 2.5.4; TF, arrêt 5A_857/2020, 31.05.2021, c. 2.1.2.

70 ATF 146 III 441, c. 2.5.5 et 2.8.

71 GARBARSKI/MUSKENS (note 34), p. 131 s.

72 ATF 127 III 526, c. 3; ATF 116 III 96, c. 2a.

73 WALTER STOFFEL/CAMILLE SAUTIER, La découverte d'actifs et/ou de passifs du débiteur à un stade avancé de la faillite ou après la clôture de celle-ci, JdT 2019 II 97, p. 103.

74 *Contra*: BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 26 et les réf. citées; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 29. Cf. aussi ATF 110 II 396, c. 2, où le TF semble admettre qu'un créancier peut agir sur la base de l'art. 756 al. 2 aCO, en dépit sur la suspension de la faillite fautive d'actif. La portée de cette jurisprudence ne doit toutefois pas être surestimée, puisque rendue à une époque où l'art. 757 al. 2 CO n'existait pas.

cier n'a pu obtenir ni la collocation de sa créance ni la cession des droits de la masse au moment de la radiation de la société (art. 159a al. 1 let. a ORC)⁷⁵.

Après l'entrée en force de la décision de suspension et la radiation de la société, le créancier devra donc requérir la réinscription de la société et la réouverture de la faillite s'il souhaite agir ensuite sur la base de l'art. 757 al. 2 CO ou de l'art. 260 LP, conformément à la pratique concrétisée à l'arrêt du TF, 4A_384/2016⁷⁶. Le créancier doit alors rendre vraisemblable l'existence d'un actif réalisable justifiant la réinscription, ou du moins d'une créance de la société à faire valoir contre un tiers (intérêt digne de protection), telle qu'une pré-tention en responsabilité. Cet actif ou cette créance n'a toutefois pas à être qualifié de «nouveau»⁷⁷: malgré le caractère subsidiaire de la procédure de réinscription de la société, l'absence d'opposition à la suspension de la faillite ou à la radiation de la société ne saurait être assimilée à une renonciation *matérielle* de la créance par l'administration de la faillite, qui rendrait impossible la cession de la créance. Les actifs de la société ne deviennent ainsi pas sans maître du fait de sa radiation⁷⁸.

En cas de suspension de la faillite faute d'actif, le créancier diligent tentera au préalable de requérir la liquidation (ordinaire ou sommaire) de la faillite, ce qui lui permettra ensuite de faire colloquer sa créance afin d'obtenir la cession des droits de la masse⁷⁹. Il dispose à cet égard d'un délai de dix jours et doit fournir les sûretés exigées pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse (art. 230 al. 2 LP). Le créancier peut également, dans les deux ans suivant la publication de la suspension de la faillite, s'opposer à la radiation de la société (art. 159a al. 1 let. a ORC)⁸⁰. Passé ce délai, la société est radiée du registre du

75 La suspension ou la révocation de la faillite entraînent par ailleurs la révocation de la cession, cf. TF, arrêt 5A_651/2020, 12.08.2021, c. 3.3.2.

76 TF, 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2. Cf. aussi ATF 146 III 441, c. 2.1; ATF 132 III 731, c. 3.2 et 3.3; TF, arrêt 5A_857/2020, 31.05.2021, c. 2.1.1; TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, c. 5.4.1; TF, arrêt 4A_407/2018, 05.02.2019, c. 4; GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 454 s. Il ne s'agit pas ici d'un cas permettant la révocation ou la reconsidération de la décision de suspension par le juge, cf. ATF 102 II 78, c. 5; TF, arrêt 4A_306/2024, 17.10.2014, c. 3.1. En outre, la suspension de la faillite faute d'actif et la radiation de la société n'équivalent pas à une renonciation au sens de l'art. 757 al. 2 CO, laquelle suppose l'existence d'une procédure de faillite, cf. CR LP-VUILLOZ, art. 230 N 5.

77 TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, c. 3.2 et 5.4.2; TF, arrêt 5A_857/2020, 31.05.2021, c. 2.1.1 et 2.1.2; TF, arrêt 4A_467/2018, 09.05.2019, c. 4.1, 4.2 et 5.2: une preuve stricte n'est pas nécessaire à ce stade, mais est réservée pour le procès principal; l'existence matérielle de la créance n'est pas tranchée dans le cadre de la décision de réinscription.

78 ATF 146 III 441, c. 2.3 et 2.4; TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, c. 5.4.2. L'argument que la prétention justifiant la réinscription n'est pas *nouvelle* peut en revanche être invoqué contre la réouverture de la faillite, cf. ATF 110 II 396, c. 2; TF, arrêt 4A_306/2024, 17.10.2014, c. 3.1.

79 TF, arrêt 4A_407/2018, 05.02.2019, c. 4.

80 Avec l'entrée en vigueur de l'art. 159a al. 1 let. a ORC – issu de la dernière révision du droit du registre du commerce en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021 (RO 2020 971) –, les créanciers disposent de plus de temps que sous l'empire de l'*a*ORC, où ce délai n'était que de trois mois (art. 159 al. 5 let. a *a*ORC), pour décider d'entreprendre les démarches visant à faire colloquer

commerce et le créancier devra requérir sa réinscription (art. 935 CO *cum* art. 164 ORC). Que le créancier s'oppose à la radiation ou qu'il sollicite la réinscription de la société, il devra, dans les deux cas, requérir la reprise de la procédure de faillite en la forme ordinaire ou sommaire afin d'obtenir la collocation de sa créance, puis la cession des droits de la masse⁸¹. La réouverture d'une faillite suspendue faute d'actif n'est certes pas prévue par la loi, mais elle est reconnue par la doctrine et la jurisprudence⁸².

Il convient de préciser que la procédure complémentaire de l'art. 269 LP n'est pas applicable lorsque la faillite a été clôturée après avoir été suspendue faute d'actif (art. 230 LP), en raison de l'absence de toute procédure de collocation préalable; l'art. 269 LP suppose qu'une procédure de faillite ait été conduite (en la forme sommaire ou ordinaire)⁸³.

III. Articulation des art. 757 al. 2 CO et 260 LP

L'art. 757 al. 3 CO dispose qu'en cas de faillite de la SA, la cession de créance de la société conformément à l'art. 260 LP est réservée. Cet alinéa, adopté suite à un amendement du Conseil des États lors de la révision du droit de la SA du 4 octobre 1991⁸⁴, a rendu nécessaire de coordonner l'application des art. 757 al. 2 CO et 260 LP. Bien que des auteurs aient essayé de distinguer les hypothèses visées par l'art. 757 CO de celles visées par l'art. 260 LP, un compromis existe aujourd'hui au sein de la doctrine pour dire que l'art. 757 al. 3 CO est simplement superflu, les deux institutions étant équivalentes tant sur le plan matériel que sur le plan fonctionnel⁸⁵.

Suivant cette conception, l'art. 757 al. 3 CO se limite à rappeler que l'action de l'art. 757 al. 1 et 2 CO est sans préjudice sur la possibilité d'exercer l'action sur la base de l'art. 260 LP. Les développements jurisprudentiels tendent à démontrer que la procédure de l'art. 260 LP ne confère pas plus de droits que celle de l'art. 757 al. 2 CO: en cas de faillite d'une SA, un créancier social qui subirait un dommage indirect peut exercer l'action sociale en se fondant, à choix, sur l'art. 757 al. 2 CO ou sur l'art. 260 LP, contrairement à l'actionnaire,

leur créance et à obtenir la cession des droits de la masse, cf. ISABELLE CHABLOZ/IRÈNE SCHILTER, *Le droit des sociétés 2020/2021*, RSDA 2021 p. 359–374, p. 360.

81 Cf. TF, arrêt 4A_527/2020, 22.04.2021, c. 5.4.2; TF, arrêt 4A_467/2018, 09.05.2019, c. 5.2; STOFFEL/CONSTANTIN (note 26), p. 234 ss; GARBARSKI/MUSKENS (note 34), p. 131 s.; GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 464 ss.

82 TF, arrêt 5A_857/2020, 31.05.2021, c. 2.1.1.

83 ATF 110 II 396, c. 2; ATF 90 II 247, c. 2; ATF 87 III 72, c. 3; TF, arrêt 5A_857/2020, 31.05.2021, c. 2.1.2; TF, arrêt 4A_467/2018, 09.05.2019, c. 5.2.

84 RO 1992 733; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 18 N 358.

85 Cf. CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 36 ss et 42; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 34 ss et les références citées. Plus réservés: STOFFEL/CONSTANTIN (note 26), p. 235; GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 461 s.; CHABLOZ/SCHILTER (note 80), p. 360.

qui n'a à disposition que l'art. 757 al 2 CO. Que l'action du créancier social se base sur l'art. 757 al. 2 CO ou sur l'art. 260 LP, elle découle dans tous les cas d'un mandat procédural; les créanciers font valoir la prétention de la communauté des créanciers, dont la société faillie demeure titulaire sur le plan matériel⁸⁶. Selon la jurisprudence fédérale, le créancier social doit, dans les deux cas, figurer à l'état de collocation⁸⁷.

Deux éléments découlant de l'ATF 146 III 441 analysé *supra* méritent une attention particulière.

Tout d'abord, la loi prévoit la nécessité d'une décision formelle de cession pour intenter l'action de l'art. 260 LP. Or, bien qu'une telle exigence ne ressorte pas de l'art. 757 al. 2 CO, le TF n'a pas exclu que cette condition doive également être remplie si le créancier social souhaite actionner l'organe en responsabilité sur la base de cet article⁸⁸. Une telle exigence serait d'ailleurs en phase avec la pratique, puisqu'un créancier requiert généralement une cession selon l'art. 260 LP, qu'il souhaite agir en responsabilité sur la base de l'art. 757 CO ou de l'art. 260 LP. La requête, par un créancier, de la cession des droits de la masse est en effet fortement recommandée pour des raisons de sécurité du droit et de coordination entre les créanciers: ces derniers forment une consorcié active nécessaire improprement dite⁸⁹ et un créancier prend le risque que son action soit déclarée irrecevable s'il n'établit pas que les créanciers sociaux qui ne sont pas partie à l'action ont renoncé à agir ou ne peuvent plus le faire⁹⁰. Le TF ne saurait toutefois créer unilatéralement l'exigence d'une cession formelle des droits pour exercer l'action de l'art. 757 CO; une telle condition ne ressort aucunement du texte de la loi et devrait donc être prévue par le législateur.

En second lieu, un créancier social admis à l'état de collocation, qui aurait obtenu la cession de la créance en responsabilité de l'administration de la faillite avant la clôture de la faillite et la radiation de la société, ne devrait plus avoir, à l'avenir, à requérir la réinscription de la société au registre du commerce pour agir en responsabilité sur la base de l'art. 260 LP⁹¹. Vu les enseignements de la jurisprudence *ex supra* concernant l'articulation entre l'art. 260 LP et l'art. 757 CO, les développements issus de l'ATF 146 III 441 devraient aussi

86 Cf. *supra* C.II.1. et réf. citées en note 38. Cf. également ATF 136 III 107, c. 2.4 (non publié); 122 III 488, c. 3b; ATF 117 II 440, c. 1b/ff; TF, arrêt 4A_384/2016, 01.02.2017, c. 2.1.2.

87 Cf. *supra* C.II.1. et réf. citées en note 35.

88 Cf. *supra* C.II.1. Voir toutefois GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 462 et BÖCKLI (note 84) § 18 N 348, qui estiment qu'une cession n'est pas nécessaire dans le cadre de l'art. 757 al. 2 CO, les créanciers pouvant agir *ex lege* lorsque l'administration de la faillite y renonce.

89 ATF 145 III 101, c. 4.1.2; ATF 144 III 552, c. 4.1.1: les créanciers ne doivent pas nécessairement agir ensemble, chacun étant libre d'intenter ou non l'action, mais la prétention unique de la communauté des créanciers doit faire l'objet d'un seul jugement.

90 ATF 145 III 101, c. 4.1.3; ATF 144 III 552, c. 4.1.2; ATF 132 III 222, c. 1.2 (non publié): la faculté de faire valoir en justice, en son propre nom, le droit d'un tiers (*Prozessstandschaft*; *Prozessführungsbefugnis*) est une condition de recevabilité et non de fond, cf. également CR CPC-BOHNET, art. 59 N 94 ss; GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 459 ss.

91 Cf. *supra* C.II.2.

valoir *mutatis mutandis* lorsque l'action du créancier est basée sur l'art. 757 al. 2 CO. Au vu de l'importance de la question et de la controverse qui l'entourait, ces développements constituent une clarification aussi bienvenue que sensée. Un créancier a donc un réel intérêt à être colloqué et à obtenir la cession des droits de la masse s'il souhaite éviter d'avoir à requérir ultérieurement la réinscription de la société.

En revanche, si le créancier social ne figure pas à l'état de collocation et qu'il n'a pas obtenu la cession des droits de la masse au moment de la clôture de la faillite et de la radiation de la société, il devra, également à l'avenir, requérir la réinscription de la société pour agir ensuite sur la base de l'art. 757 al. 2 CO ou de l'art. 260 LP⁹². Enfin, la procédure de *Nachkonkurs* (art. 269 LP) – laquelle ne suppose pas la réinscription de la société – est ouverte dans l'hypothèse où le créancier social figure à l'état de collocation au moment de la clôture de la faillite et de la radiation de la société, sans toutefois avoir obtenu la cession des droits de la masse et à condition que la prétention en responsabilité soit qualifiée de nouvelle⁹³.

D. Action individuelle

I. Absence de dommage de la société et dommage direct du créancier

Un créancier subit un dommage direct par exemple lorsqu'il consent à un prêt à une société insolvable en se basant sur un bilan inexact, ou à une société surendettée alors que l'avis au jugé n'a pas été effectué⁹⁴. Dans un tel cas, la société n'est pas lésée lorsque le comportement reproché à l'organe exclut d'emblée un dommage pour cette dernière et, plus généralement, lorsque le dommage du créancier est sans rapport avec un dommage subi par la société⁹⁵.

Si seul le créancier social subit un dommage, à l'exclusion de la société, cette dernière ne saurait exercer l'action sociale, conformément aux principes généraux de la responsabilité civile⁹⁶. Le créancier peut néanmoins tenter une action individuelle en responsabilité contre un organe dont le comportement lui aurait causé un dommage direct. Cette action, qui est soumise aux règles ordinaires de la responsabilité civile – en particulier aux art. 41 ss CO – peut être exercée sans restriction et en tout temps, *que la société soit en activité ou en faillite*, respectivement qu'elle soit inscrite au registre du commerce ou

92 Cf. *supra* C.II.2–3.

93 Cf. *supra* C.II.2.

94 PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, § 36 N 14; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 754 N 16.

95 CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 61.

96 ATF 142 III 23, c. 3.1 et 4.

qu'elle en ait été radiée⁹⁷. Il n'y a en effet aucun risque de collision entre l'action individuelle et l'action sociale⁹⁸.

Dans l'hypothèse où la société ne subit pas de dommage direct, le créancier social peut par ailleurs invoquer la violation par l'organe d'une norme du droit de la SA qui est conçue *également* dans son intérêt, soit une norme ayant un double effet protecteur (*«Norm mit doppelter Schutzwirkung»*), visant à protéger à la fois la société *et* le créancier⁹⁹. Les normes comptables (*«Bilanzvorschriften»*), celles réglant les obligations en cas de surendettement (art. 725b CO) ou les règles visant à garantir la constitution effective du capital-actions constituent par exemple de telles normes¹⁰⁰. En revanche, le devoir de diligence de l'art. 717 CO instaure un devoir uniquement vis-à-vis de la société, à l'exclusion du créancier ou de l'actionnaire¹⁰¹. Le créancier peut aussi fonder son action sur un acte illicite (art. 41 CO), notamment en lien avec les dispositions du CP qui visent à protéger les créanciers – telles que celles qui condamnent l'abus de confiance (art. 138 CP) et la gestion déloyale (art. 158 CP)¹⁰², mais non celles relatives aux crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes (art. 163 ss CP)¹⁰³ – ou sur la responsabilité fondée sur la confiance.

II. Dommage direct de la société et dommage direct du créancier

Si un créancier social et la société faillie sont tous deux lésés directement, le créancier ne peut agir en responsabilité contre un organe sur la base d'une action individuelle que si son action repose sur un fondement juridique distinct de l'action sociale.

97 ATF 141 III 112, c. 5.2.1; ATF 132 III 564, c. 3.2.1; ATF 132 III 731, c. 3.3. Le TF a laissé ouverte la question de savoir si l'action individuelle du créancier est une action de droit des sociétés ou une action soumise à la responsabilité aquilienne (ATF 142 III 23, c. 4.3), tout en jugeant que l'art. 760 CO s'applique à toutes les actions en responsabilité des organes, y compris l'action individuelle (TF, arrêt 4A_496/2018, 21.06.2019, c. 4.1.3). Voir cependant ATF 122 III 176, c. 7a *i.f.* et 7b, où la Haute Cour paraît soutenir que l'action en réparation du dommage direct d'un créancier est un cas de responsabilité civile excluant l'application des art. 756–758 aCO, sans toutefois trancher la question de l'application des art. 759–761 aCO. Voir à cet égard STOFFEL/CONSTANTIN (note 26), p. 226 s. Le TF refuse dans tous les cas de qualifier de contractuelle l'action en responsabilité des organes intentée par un créancier, tout en laissant ouverte la question de savoir s'il s'agit d'une action délictuelle ou autonome *ex lege*, cf. TF, arrêt 4A_290/2021, 14.07.2021, c. 4.1.2.1.2.

98 ATF 132 III 564, c. 3.1.1 et 3.2.1; ATF 131 III 306, c. 3.1.2.

99 ATF 148 III 11, c. 3.2.3.2.

100 ATF 148 III 11, c. 3.2.3.2; ATF 136 III 14, c. 2.4; ATF 125 III 86, c. 3b; ATF 122 III 176, c. 7c.

101 ATF 148 III 11, c. 3.2.3.2; ATF 110 II 391, c. 2b. Voir toutefois GRISONI (note 27), et les réf. citées en note 35.

102 ATF 148 III 11, c. 3.2.3.2.

103 ATF 141 III 527, c. 3; TF, arrêt 4A_623/2017, 24.08.2018, c. 4.2: lorsqu'une infraction prévue aux art. 163 ss CP est commise, les créanciers doivent emprunter la voie de l'action révocatoire (art. 285 ss LP).

En cas de faillite, afin de donner une priorité à l'action sociale, la jurisprudence a limité le droit d'agir des créanciers pour parer au risque d'une compétition entre les actions en responsabilité exercées respectivement par la société ou par l'administration de la faillite, d'une part, et par les créanciers directement lésés, d'autre part. Le créancier n'est alors légitimé à agir que si le comportement de l'organe constitue (1.) un acte illicite au sens de l'art. 41 CO ou (2.) une *culpa in contrahendo*, ou (3.) que ce comportement viole une norme du droit de la SA conçue exclusivement pour protéger les créanciers¹⁰⁴. Ce type de norme est toutefois rare, le TF ne citant que les règles sur la répartition de l'actif dans la liquidation (art. 744 al. 2 et 745 CO)¹⁰⁵.

En limitant le droit des créanciers d'agir lorsqu'ils fondent leur action sur la violation d'une norme protégeant leurs intérêts en plus de ceux de la société dans les cas où cette dernière subit également un dommage, le TF adopte une notion d'illicéité «à géométrie variable», qui ne saurait être déduite de la loi. Or, selon la conception traditionnelle (objective), l'illicéité peut résulter d'une atteinte aux droits absolus (illicéité de résultat) ou de la violation d'une norme de comportement tendant *par l'un de ses buts* à protéger la victime dans les intérêts atteints par l'acte incriminé (illicéité de comportement; dommage purement économique)¹⁰⁶. Il est indifférent que cette norme ait ou non un *double effet protecteur*¹⁰⁷.

En outre, le TF n'autorise pas le créancier dont la prétention ne répond à aucune des trois conditions énoncées ci-dessous à exercer l'*action individuelle* dans le cas où la faillite a été suspendue faute d'actif et la société radiée du registre du commerce; pour la Haute Cour, l'égalité des créanciers dans la faillite exclut une telle action¹⁰⁸. Aussi, dans un tel cas, le créancier doit soit s'opposer à la suspension de la faillite (art. 230 al. 2 LP), respectivement à la radiation de la société (art. 159a al. 1 let. a ORC), soit requérir la réinscription de la société, pour ensuite obtenir la cession de l'*action sociale*¹⁰⁹.

Le TF a récemment précisé sa jurisprudence dans un ATF 148 III 11: la qualité pour agir du créancier n'est pas limitée lorsque la société est toujours en activité; ce dernier pourra alors fonder son action notamment sur la violation

104 ATF 148 III 11, c. 3.2.3.1; ATF 141 III 112, c. 5.2.3; ATF 131 III 306, c. 3.1.2.

105 ATF 122 III 176, c. 7b.

106 Cf. la jurisprudence topique du TF citée not. aux ATF 146 IV 211, c. 3.2; ATF 141 III 527, c. 3.2. Cf. également *supra* B.I.

107 Voir toutefois ATF 125 III 86, c. 3b; ATF 122 III 176, c. 7c: l'art. 725b CO ne serait pas une norme de comportement pouvant fonder l'illicéité d'un dommage direct du créancier (purement économique), du fait qu'elle tend *également* à protéger la société. A ce sujet: GARBARSKI/MUSKENS (note 34), p. 127, où les auteurs font remarquer que le TF ne limite pas réellement la légitimation active des créanciers, mais agit plutôt sur les conditions matérielles de la responsabilité, en l'occurrence l'illicéité. Cf. aussi CHABLOZ (note 27), p. 114 s.

108 TF, arrêt 4A_407/2018, 05.02.2019, c. 4.

109 Cf. *supra* C.II.3.

d'une norme ayant un double effet protecteur¹¹⁰. Pour la Haute Cour, cette différence se justifie par le fait que, hors faillite, l'action du créancier social n'entre pas en compétition avec l'action sociale; il n'existe effectivement aucun risque de concurrence au détriment de la SA en raison d'actions parallèles. Dans l'affaire jugée à l'ATF précité, le dommage subi par le créancier et le dommage subi par la société sont *un seul et même dommage*, qui découle d'un comportement unique de l'organe. Le créancier social ne subit alors pas un dommage indirect (qu'il ne pourrait, par hypothèse, faire valoir qu'en cas de faillite de la société par le biais de l'action sociale), mais il dispose de deux prétentions en dommages-intérêts en réparation de son dommage direct: l'une contre l'organe et l'autre contre la société (art. 55 CC et 722 CO), qui sont solidairement responsables (solidarité imparfaite, art. 51 CO)¹¹¹.

E. Conclusion

Les clarifications du TF sur la nécessité, pour un créancier, (1.) de figurer à l'état de collocation pour intenter l'action sociale et (2.) de se faire céder formellement l'action en responsabilité pour agir sur la base de l'art. 757 al. 2 CO ou de l'art. 260 LP sont les bienvenues. Il en va de même s'agissant (3.) des aspects liés à la nécessité pour la société d'être ou non inscrite au registre du commerce au moment de l'exercice de l'action par les créanciers cessionnaires

110 ATF 148 III 11, c. 3.2.3.1. Cf. aussi GARBARSKI (note 24), p. 63 et les réf. citées en note 464; BÖCKLI (note 84), § 18 N 242. Cf. toutefois ISABELLE CHABLOZ/ALEXANDRA VRACA, *Das Gesellschaftsrecht 2021/2022*, RSDA 2022, p. 264–279, p. 265 s., où les auteures estiment que hors faillite, il semble peu envisageable qu'un créancier puisse fonder son action en réparation de son dommage direct sur la violation d'une norme du droit de la SA. Toujours selon ces auteures, aucune norme du droit de la SA (y compris l'art. 725b CO) n'aurait *directement* pour but la protection des créanciers. Au lieu d'adopter une notion d'illicéité à géométrie variable en fonction du type de dommage, ces auteures soutiennent que les créanciers ne sauraient dans tous les cas agir en réparation de leurs *propres* dommages en invoquant la violation de telles normes. La question ne se posait d'ailleurs pas à l'ATF 148 II 11, car les créanciers pouvaient, en l'espèce, fonder leur action sur la base d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO.

111 ATF 148 III 11, c. 3.2.3. STOFFEL/CONSTANTIN (note 26), p. 232 s. font remarquer à cet égard que, puisque la société répond de l'inexécution des obligations et des actes illicites commis par ses organes (art. 55 CC et 722 CO), la distinction entre le dommage direct et indirect du créancier ne se justifie pas. Un dommage direct du créancier constitue nécessairement le même dommage direct pour la société; il y a donc toujours un dommage direct simultané du créancier et de la société dans cette situation. Tel est le cas notamment dans les affaires jugées aux ATF 141 III 112, 5.3.2 et TF, arrêt 4A_407/2018, 05.02.2019, c. 3, bien que le TF considère cette situation comme «rare». Plus nuancée: CHABLOZ (note 27), p. 113 s., selon qui l'existence d'un dommage ne dépend pas de savoir si le comportement entraîne une obligation de réparer (en raison de son illicéité), mais de la comparaison de la situation patrimoniale de la société en présence et en l'absence de l'acte incriminé (selon la théorie de la différence). Dans le même sens, cf. les développements de l'instance cantonale reproduits à l'ATF 148 III 11, c. 3.2.1: le risque latent d'une action en dommages-intérêts d'un créancier lésé par le comportement d'un organe contre la société ne constituerait pas encore un dommage direct de cette dernière.

(ATF 146 III 441) et (4.) de la qualité pour agir du créancier en cas de dommage direct simultané du créancier et de la société (ATF 148 III 11).

Ces développements jurisprudentiels ne sauraient néanmoins remplacer le travail législatif. On peut donc regretter que le législateur n'ait pas saisi l'opportunité qui lui était offerte par la révision du droit de la SA ayant débouché sur la nouvelle du 19 juin 2020¹¹² pour clarifier les conditions auxquelles l'action en responsabilité du créancier social peut être intentée, en particulier le rapport entre les art. 260 LP et 757 CO, et qu'il ait fallu l'intervention du TF pour éclairer la loi. L'histoire ne doit cependant pas s'arrêter là: le législateur serait bien inspiré de saisir la balle au bond et de codifier les pratiques judiciaires de la Haute Cour.

Dans l'intervalle, il serait souhaitable, dans un souci de cohérence, que les développements jurisprudentiels liés aux art. 757 CO et 260 LP – s'agissant de la nécessité pour la société d'être ou non inscrite au registre du commerce ainsi que de l'exigence pour un créancier de figurer à l'état de collocation pour intenter une action sociale – soient appliqués largement par les tribunaux.

La quasi-totalité des faillites étant suspendues faute d'actif¹¹³, certains auteurs estiment qu'il serait opportun d'adjoindre le législateur à modifier l'art. 757 CO pour permettre aux créanciers sociaux d'intenter l'action sociale également dans cette hypothèse, afin de leur éviter les procédures longues et coûteuses en réinscription de la société et en réouverture de la faillite. Il convient à cet égard de se référer à la proposition de STOFFEL/CONSTANTIN consistant «à remplacer l'actuel alinéa 3, qui réserve l'art. 260 LP, par un nouveau texte en vertu duquel l'action est exercée selon les modalités de la LP si la faillite se déroule en procédure ordinaire ou sommaire, mais qu'elle peut être exercée *directement* par chaque créancier si la faillite est suspendue faute d'actif ou en cas d'inaction de l'administration»¹¹⁴.

Une telle modification distinguerait cependant trop nettement l'art. 260 LP de l'art. 757 al. 2 CO: contrairement aux enseignements de la jurisprudence, ni l'admission à l'état de collocation ni la cession formelle des droits ne seraient alors exigées lorsque le créancier agit sur la base de l'art. 757 al. 2 CO – ce qu'affirment déjà certains auteurs de *lege lata* –, alors que ces exigences demeureraient en cas d'action intentée sur la base de l'art. 260 LP¹¹⁵. La question de la preuve de la qualité de créancier et celle de la réparation du produit de

112 RO 2020 4005.

113 Voir les statistiques de la Confédération en matière de poursuites et faillites pour les années 2018 à 2020, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-faillites.html>> (consulté le 15 novembre 2022).

114 WALTER STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, *Le droit des sociétés 2017/2018*, RSDA 2018 p. 287–303, p. 293 (*italiques ajoutés*). Dans le même sens: GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 465. Cf. également CHABLOZ, (note 27), p. 109, qui propose quant à elle de modifier l'art. 260 LP.

115 Voir notamment GARBARSKI/MUSKENS (note 35), p. 461; BÖCKLI (note 84), § 18 N 348.

l'action (entre créanciers demandeurs) se heurterait par ailleurs à des difficultés importantes en raison l'absence de toute procédure de collocation.

Appel est donc lancé au Parlement pour qu'il se saisisse du sujet et que, s'inspirant de la pratique du TF, il fixe dans la loi, de manière plus précise, les conditions d'action du créancier social en cas de faillite de la société. Il pourrait aussi profiter de l'occasion de la révision pour «corriger», dans le sens d'une simplification, la relation existant actuellement entre les art. 757 al. 2 CO et 260 LP. Ces deux actions pourraient être rassemblées à l'art. 757 CO, dont l'al. 3 CO pourrait avoir la teneur suivante: «*L'action du créancier social est régie par analogie par l'art. 260 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite*». Cette proposition codifierait la jurisprudence du TF en tant qu'elle rendrait nécessaire, pour un créancier, de figurer à l'état de collocation et d'obtenir formellement la cession des droits de la masse.

Lorsqu'il existe un *dommage direct simultané* de la société et des créanciers, il serait opportun d'étendre l'application de la jurisprudence tirée de l'ATF 148 III 11 à tous les cas où il n'existe pas réellement de risque de concurrence entre l'action sociale, d'une part, et l'action individuelle des créanciers, d'autre part. Le but étant d'éviter que l'action individuelle d'un créancier soit trop souvent rejetée et, partant, de limiter le nombre de demandes de réinscriptions de sociétés radiées et de réouvertures de faillites clôturées.

Tel est en particulier le cas lorsque l'action sociale ne peut être exercée en raison de la clôture de la faillite et de la radiation de la société (notamment en cas de suspension fautive d'actif)¹¹⁶. Les créanciers pourraient, dans une telle constellation, agir en responsabilité en basant notamment leur *action individuelle* sur la violation d'une norme ayant un double effet protecteur (par exemple l'art. 725b CO), fondant ainsi l'existence d'un dommage purement économique *réparable* (car causé de manière illicite selon la conception objective). Contrairement à la pratique actuelle du TF¹¹⁷, les créanciers n'auraient donc plus besoin de requérir la liquidation de la faillite suspendue (art. 230

116 CHABLOZ (note 27), p. 114 s.; FELIX BUFF/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung*, RSDA 2015 p. 269–276, p. 274 ss; MIRCO CEREGATO/ADRIAN BIERI, *Aktivlegitimation des Gesellschaftsgläubigers zu Klagen gegen Gesellschaftsorgane im Konkurs der Gesellschaft*, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, GesKR 2015 p. 295–301, p. 300 s. Cf. aussi ATF 141 III 112, c. 5.3.3, où le TF, sans revenir sur sa jurisprudence, admet l'absence de concurrence entre les actions lorsque la faillite a été clôturée et la société radiée du RC, ou lorsqu'il est établi que l'administration de la faillite n'ouvrirait pas action ni ne procéderait à la cession des droits de la masse. Cf. aussi TF, arrêt 4A_407/2018, 05.02.2019, c. 4, où le TF a certes considéré que, du fait de la suspension fautive d'actif et de la radiation de la SA, l'action de la société n'entre pas en concurrence avec celle du créancier, mais que cette absence de concurrence est uniquement due au fait que le créancier demandeur n'as pas requis la liquidation selon l'art. 230 al. 2 LP. Cf. enfin TF, arrêt 4A_26/2015, 21.05.2015, c. 5.2, où le TF affirme que le risque de concurrence disparaît lorsque la société n'agit pas elle-même en justice. Plus réservés: WALTER STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, *Le droit des sociétés* 2015, RSDA 2018 p. 322–339, p. 325.

117 Cf. *supra* C.III.3.

al. 2 LP), respectivement la réinscription de la société et la réouverture de la faillite dans le but de se faire céder l'*action sociale* (art. 260 LP et 757 al. 2 CO). Ils pourraient alors obtenir la réparation de leur dommage direct en intentant une *action individuelle*, y compris dans le cas où leur action ne répond à aucune des trois conditions restrictives posées par la jurisprudence en matière de qualité pour agir¹¹⁸.

Résumé

Cette contribution analyse la question de la qualité pour agir en responsabilité du créancier social (art. 754 ss CO) à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (en particulier les ATF 146 III 441 et 148 III 11). L'accent est d'abord mis sur les modalités d'exercice de l'action sociale par un créancier lorsque la société est en faillite. A cet égard, les questions de la conséquence de la radiation de la société du registre du commerce et de l'articulation entre les art. 757 al. 2 et 260 LP occupent une place de choix. Par la suite, les conditions d'exercice de l'action individuelle du créancier social, selon que la société subit ou non un dommage direct, respectivement selon que cette dernière fût ou non en faillite. Pour finir, des recommandations de modification de la loi sont proposées dans le but de favoriser la cohérence générale du système et de favoriser de la sorte la sécurité du droit.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag analysiert die Frage der Befugnis des Gesellschaftsgläubigers, Haftungsansprüche geltend zu machen (Art. 754 ff. OR) mit Blick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts (insbesondere BGE 146 III 441 und 148 III 11). Im Vordergrund stehen zunächst die Modalitäten der Erhebung der Gesellschaftsklage durch einen Gläubiger, wenn die Gesellschaft in Konkurs ist. Diesbezüglich wird besonders auf die Fragen der Folgen der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister und des Zusammenspiels von Art. 757 Abs. 2 OR und 260 SchKG eingegangen. Danach werden die Bedingungen für die Einzelklage des Gesellschaftsgläubigers behandelt, je nachdem, ob die Gesellschaft einen unmittelbaren Schaden erlitt oder nicht beziehungsweise ob sie in Konkurs ist oder nicht. Abschliessend werden Empfehlungen für Gesetzesänderungen vorgelegt, mit dem Ziel, die allgemeine Kohärenz des Systems und damit auch die Rechtssicherheit zu fördern.

118 Sur cette jurisprudence, cf. *supra* D.II.