



Andrew M. Garbarski* / Louis Frédéric Muskens**

Conséquences de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité

Quelques réflexions suscitées par l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017



Table des matières

- I. Introduction
- II. Action en responsabilité après la faillite
 1. Généralités
 2. Pratique dite « Raschein »
 3. Choix procédural du créancier et portée de la collocation
- III. Clôture de la faillite et radiation de la société
 1. Mécanisme légal
 2. Effet constitutif ou déclaratif de la radiation ?
- IV. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2016
 1. Etat de fait
 2. Question soumise au Tribunal fédéral
 3. Solution retenue par le Tribunal fédéral et motivation
 - 3.1 Aperçu
 - 3.2 Disparition du titulaire de la prétention
 - 3.3 Défaut de collocation
- V. Conséquences de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2016
 1. Généralités
 2. Rejet de l'action comme conséquence du défaut de légitimation active
 3. Collocation de créance comme préalable nécessaire de l'action selon l'art. 757 al. 2 CO ?
 4. Répercussions de l'arrêt sur les créanciers colloqués
 5. Mesures à adopter en pratique
 - 5.1 Obtenir la collocation
 - 5.2 Retarder la clôture de la faillite
 - 5.3 Faire réinscrire la société
- VI. Conclusion

I. Introduction

L'action en responsabilité contre les organes dirigeants de sociétés anonymes est régie aux art. 754 ss CO¹. Il s'agit d'un sujet qui occupe régulièrement les tribunaux, en particulier dans le contexte de procédures de faillite. Il fait d'ailleurs l'objet d'une jurisprudence abondante, marquée par une série d'arrêts de principe du Tribunal fédéral traitant en particulier de questions liées à la lé-

gitimation active². Le nombre de contributions scientifiques et autres conférences qui sont consacrées chaque année à la responsabilité des dirigeants sociaux témoigne, en outre, de l'intérêt et des réflexions que cette matière continue de susciter non seulement parmi les juristes, mais également auprès des acteurs économiques concernés : entrepreneurs, actionnaires, créanciers, etc.

L'arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, sur lequel repose l'idée du présent article, n'a paradoxalement suscité que très peu de réactions à ce jour dans la doctrine³, alors même qu'en première lecture, ses conséquences pratiques pourraient être décisives, voire irréversibles pour certains procès en responsabilité en cours ou sur le point d'être engagés devant les instances judiciaires suisses.

Avant de s'intéresser concrètement à la portée de cet arrêt (cf. *infra* IV. et V.) et de s'interroger sur les éventuelles démarches préventives qu'il commande dans la pratique (cf. *infra* V.5.), il nous paraît utile de contextualiser le sujet avec quelques rappels concernant l'action en responsabilité introduite après la faillite de la société (cf. *infra* II.) ainsi que le mécanisme de la clôture de la faillite et de la radiation de la société (cf. *infra* III.).

II. Action en responsabilité après la faillite

1. Généralités

La mise en œuvre de l'action en responsabilité obéit à des règles différentes selon que (i) le créancier demandeur in-

* ANDREW M. GARBARSKI, Docteur en droit, Professeur à l'Université de Lausanne, Avocat au Barreau de Genève.

** LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Lecteur à l'Université de Fribourg, Avocat au Barreau de Genève.

¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

² ATF 142 III 23 ; ATF 136 III 148 ; ATF 132 III 564 ; ATF 132 III 342. Pour la rédaction de cet article, il a été tenu compte de la jurisprudence et de la doctrine publiées jusqu'au 18 octobre 2018.

³ La contribution de FRANCO LORANDI, *Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens*, PJA 2018, 724–733, fait figure d'exception. Voir aussi WALTER A. STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, *Le droit des sociétés 2017/2018*, RSDA 2018, 287–303, 292 s., ainsi que ULYSSE DUPASQUIER/OLIVIER HARI/QUENTIN HEROLD, *Droit des sociétés en 2017 – rétrospective (et perspectives)*, REPRAX 2018, 89–101, 96 s.

voque un dommage direct ou indirect, et (ii) la société concernée a été ou non déclarée en faillite⁴.

En bref, lorsque le comportement d'un organe de la société cause un dommage direct à un créancier alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice, le créancier lésé peut agir à titre individuel et en tout temps pour réclamer des dommages-intérêts, peu importe que la société ait été ou non mise en faillite. L'action du demandeur est alors soumise aux règles ordinaires de la responsabilité civile, sans restrictions particulières⁵.

Dans le cas où la société a été appauvrie par le comportement de l'organe, l'action en responsabilité repose sur le mécanisme des art. 756 et 757 CO, ce que confirme également la note marginale de ces dispositions (« *B. Dommage subi par la société* »)⁶. La légitimation active des créanciers à raison du dommage social n'entre alors en ligne de compte que lorsque la société a été déclarée en faillite⁷ et pour autant que l'administration de la faillite ait renoncé à agir (art. 757 CO). Encore faut-il distinguer le cas où la société est la seule à avoir subi un dommage de celui où tant la société que le créancier social se trouvent directement lésés. Dans cette dernière hypothèse, la jurisprudence du Tribunal fédéral a posé un certain nombre de restrictions à la qualité pour agir du créancier⁸ et donné la priorité à l'action sociale, « *pour parer au risque d'une compétition entre les actions en responsabilité exercées respectivement par la société ou l'administration de la faillite et par les créanciers directement touchés [...]* »⁹.

Dès lors, dans l'hypothèse où tant la société qu'un créancier social sont lésés, ce dernier ne peut agir contre un organe en réparation de son dommage direct que lorsque son action se fonde sur un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, une *culpa in contrahendo* ou une norme de protec-

tion (« *Schutznorm* »), c'est-à-dire une règle du droit des sociétés visant exclusivement à protéger les créanciers¹⁰.

2. Pratique dite « Raschein »

La nature juridique de l'action en responsabilité exercée par un créancier (ou par un actionnaire) dans la faillite de la société, en vertu de l'art. 757 CO, a longtemps été l'objet de controverses doctrinales¹¹.

Faisant sienne l'opinion du Juge fédéral ROLF RASCHEIN¹², notre Haute Cour a, dans un arrêt de principe de 1991¹³, abandonné la théorie de la nature double et s'est ralliée à celle dite de l'« *Ablösung* »¹⁴. Celle-ci emporte qu'à l'ouverture de la faillite, la prétention sociale est substituée, voire remplacée (« *abgelöst* ») par une prétention (unique) de la communauté des créanciers (« *Gläubigergesamtheit* »), laquelle est exercée en priorité par son titulaire, à savoir la masse, représentée par l'administration de la faillite¹⁵. La décision d'intenter l'action relève, en principe, de la compétence de la deuxième assemblée des créanciers¹⁶.

La figure de la créance unique de la communauté des créanciers, désormais bien établie dans la jurisprudence¹⁷, entraîne notamment une purge des exceptions, en ce sens qu'à compter de l'ouverture de la faillite de la société, les organes recherchés en responsabilité ne peuvent plus invoquer ni d'éventuelles exceptions personnelles contre le demandeur, ni les exceptions qu'ils possèdent contre la société (par exemple : vote de la décharge, *volenti non fit iniuria*)¹⁸. Les intéressés sont renvoyés à leurs recours internes, sauf à pouvoir établir une exception opposable à tous les créanciers qui forment la communauté¹⁹. Le Tribunal fédéral a ultérieurement assoupli la règle, en considérant que les exceptions nées avant l'ouverture de la faillite, indépendamment de la volonté de la société (à l'instar de la compensation au sens de l'art. 120 CO), de-

⁴ Sur ces questions, voir parmi d'autres ANDREW M. GARBARSKI, Quelques développements récents à propos de l'action en responsabilité dirigée contre les organes dirigeants de sociétés anonymes, GesKR 2006, 208–215, 209 ss. Voir aussi ISABELLE CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance. Etude comparée : Suisse, Australie, Allemagne, Zurich 2012, N 739 ss.

⁵ ATF 142 III 23, consid. 4.3 ; ATF 141 III 112, consid. 5.2.1 ; ATF 132 III 564, consid. 3.2.1 et les références citées. Voir aussi CHABLOZ (FN 4), N 740 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 57 ss ; GARBARSKI (FN 4), 209.

⁶ ATF 142 III 23, consid. 4.3.

⁷ ATF 141 III 112, consid. 5.2.2 : « *Tant que la société demeure solvable, c'est-à-dire qu'elle est en mesure d'honorer ses engagements, le dommage reste en effet dans sa seule sphère, sans toucher les créanciers sociaux, qui pourront obtenir le plein de leurs prétentions. C'est seulement lorsque les manquements des organes entraînent l'insolvabilité de la société, puis sa faillite, que le créancier subit une perte qui constitue un dommage par ricochet [...], ce qui lui ouvre l'action de l'art. 757 al. 2 et 3 CO [...]* »

⁸ Ces restrictions valent *mutatis mutandis* lorsque l'action est exercée par un actionnaire, voir CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 66 s.

⁹ ATF 132 III 564, consid. 3.2.3.

¹⁰ ATF 141 III 112, consid. 5.2.3 ; ATF 132 III 564, consid. 3.2.3 et les références citées ; CHABLOZ (FN 4), N 740 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 N 67.

¹¹ Pour une présentation des différentes théories avancées, voir notamment ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse Lausanne, Zurich 2006, 83 ss. Voir aussi BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 4 ss.

¹² ROLF RASCHEIN, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in : DALLÈVES ET AL., Centenaire de la LP, Zurich 1989, 357 ss.

¹³ ATF 117 II 432, JdT 1993 I 72.

¹⁴ DAMIAN K. GRAF, Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision : Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, PJA 2015, 720–734, 733.

¹⁵ ATF 142 III 23, consid. 4.4 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 20 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 18.

¹⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 20.

¹⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 12.

¹⁸ ATF 117 II 432, consid. 1b gg, JdT 1993 I 72 ; ATF 142 III 23, consid. 4.4 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 28.

¹⁹ TF 4C.262/2000 du 15 décembre 2000, consid. 2c ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 22 et 28 ; GARBARSKI (FN 4), 212.

vaient également continuer à pouvoir être invoquées par le défendeur à l'action en responsabilité²⁰.

On observera incidemment que la notion de « communauté des créanciers », pure création prétorienne²¹, est source d'incertitudes s'agissant notamment de la titularité de la prétention en responsabilité, d'autant plus que la jurisprudence ne se montre pas toujours très rigoureuse à cet égard. Certaines décisions et notamment l'arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017 indiquent clairement que ladite prétention appartiendrait à la masse en faillite²², alors que d'autres laissent entendre que l'ouverture de la faillite de la société donnerait naissance à une prétention nouvelle, appartenant à un autre titulaire, savoir la communauté des créanciers²³.

Selon nous, la contradiction n'est qu'apparente et les deux notions – masse en faillite et communauté des créanciers – pourraient, en réalité, largement se recouper. En effet, selon la jurisprudence, la masse en faillite « est la communauté légale des intervenants qui se forme en cas de faillite aux seules fins de l'exécution forcée collective et générale des biens du failli »²⁴. Parfois aussi appelée « masse des créanciers »²⁵, il s'agit d'une communauté organisée par la loi, dotée d'organes et capable d'ester en justice, qui cesse d'exister avec la clôture de la faillite²⁶. Dans le contexte de l'action en responsabilité du droit de la société anonyme, la communauté des créanciers à laquelle se réfère la jurisprudence depuis l'ATF 117 II 432 devrait donc être considérée, à tout le moins, comme un organe de la masse en faillite et non comme un titulaire distinct d'une nouvelle prétention.

3. Choix procédural du créancier et portée de la collocation

Quoi qu'il en soit, lorsque l'administration de la faillite renonce à faire valoir la prétention en dommages-intérêts pour le compte de la masse, chaque créancier social peut agir à sa place. En l'état actuel de la jurisprudence, le créancier peut soit se fonder directement sur l'art. 757 al. 2 CO, soit se faire formellement céder le droit d'exercer l'action en responsabilité en application de l'art. 260 LP²⁷, réservé par l'art. 757 al. 3 CO²⁸.

Le Tribunal fédéral considère, par ailleurs, que le choix dont dispose le créancier ne fait aucune différence d'un point de vue matériel²⁹: dans les deux cas, il agit en vertu d'un mandat procédural (« *Prozessführungsbefugnis* » ou « *Prozessstandschaft* »)³⁰ et fait valoir, en son propre nom, la prétention de la communauté des créanciers, appartenant matériellement à la masse³¹ et dont le but est, *in fine*, de faire tomber dans la masse en faillite des actifs supplémentaires qui serviront à désintéresser – outre le demandeur – d'éventuels autres créanciers, selon les règles de l'exécution forcée³².

En tout état de cause, selon la jurisprudence la plus récente, la mise en œuvre de l'action en responsabilité par un créancier, qu'il agisse en vertu de l'art. 757 al. 2 CO ou aux termes de l'art. 260 LP, suppose qu'il ait été (définitivement) admis à l'état de collocation³³. Aussi, l'opinion doctrinale selon laquelle un créancier devrait également être habilité à agir si l'administration de la faillite n'est jamais entrée en fonction, au motif que la faillite a été suspendue faute d'actifs³⁴, paraît dépassée. A la lumière de la jurisprudence actuelle, un état de collocation semble, en effet, dans tous les cas impératif et il appartient donc au créancier qui souhaite actionner les organes en responsabilité d'entreprendre les démarches nécessaires en vue de son établissement et de l'inscription de sa créance, ce qui

²⁰ ATF 132 III 342, consid. 4.3 et 4.4. Voir aussi ATF 136 III 148, consid. 2.5. L'approche du Tribunal fédéral ne va pas sans soulever certaines questions, voir GARBARSKI (FN 4), 213 ss.

²¹ GARBARSKI (FN 11), 87 et les références citées.

²² TF 4A_384/2017 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.2 ; ATF 142 III 23, consid. 4.3 : « *Dem nur ein solcher Gesellschaftsschaden ist nach nun ganz herrschender Auffassung Gegenstand der Klage der durch die Konkursverwaltung vertretenen Masse [...]* » ; voir aussi TF 4A_231/2011 du 20 septembre 2011, consid. 2 : « *Die Abtretungsgläubigerinnen treten dabei als Prozessstandschafter, d.h. als Partei in eigenem Namen auf [...]; die Masse ist nicht Partei, bleibt aber Rechtsträgerin der (behaupteten) Ansprüche [...]* ». Voir, dans le même sens, HARALD BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, thèse Zurich 2001, 158 : « *Es geht nach wie vor um das materielle Recht der nunmehr konkursiten Gesellschaft, dessen Geltendmachung mit Konkursöffnung gesetzlich modifiziert wird.* »

²³ ATF 117 II 432, consid. 1b/ee, JdT 1993 I 72 ; ATF 136 III 148, consid. 2.3. Voir aussi ATF 142 III 23, consid. 4.4 : « *[...] die Konkursmasse stützt sich dabei auf einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit, nicht auf den Anspruch der Gesellschaft [...]* ». C'était aussi l'avis exprimé par l'Obergericht de Thurgovie à l'appui de son jugement ZBR.2015.32 du 28 janvier 2016, consid. 3c/aa et ee, par la suite annulé par le Tribunal fédéral par arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017. Voir également CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 20, 22 et 41 (« *créance de la communauté des créanciers* »). Voir aussi GRAF (FN 14), 734.

²⁴ TF 5F_14/2016 du 14 mars 2017, consid. 1.3.3. Cette définition provient de PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 5^e éd., Bâle 2012, N 1582.

²⁵ TF 5A_354/2016 du 22 novembre 2016, consid. 2.2.1.

²⁶ TF 5F_14/2016 du 14 mars 2017, consid. 1.3.3.

²⁷ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1.

²⁸ TF 4C.263/2005 du 23 mai 2005, consid. 1.2 (non publié aux ATF 132 III 222) ; voir aussi BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 17 et 35. La question de savoir si, à des fins de sécurité du droit et de coordination, l'intervention de l'administration de la faillite ne devrait pas également être requise dans le cadre de l'art. 757 al. 2 CO a été laissée ouverte à ce jour, voir TF 4A_384/2017 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.2 et les références citées.

²⁹ TF 4A_446/2009 du 8 décembre 2009, consid. 2.4 (non publié aux ATF 136 III 107).

³⁰ TF 5A_879/2017 du 13 décembre 2017, consid. 3.1. Voir aussi ATF 139 III 384, consid. 2.2.2.

³¹ TF 4A_231/2011 du 20 septembre 2011, consid. 2 : « *Die Abtretungsgläubigerinnen treten dabei als Prozessstandschafter, d.h. als Partei in eigenem Namen auf [...]; die Masse ist nicht Partei, bleibt aber Rechtsträgerin der (behaupteten) Ansprüche [...]* ». Voir aussi ATF 132 III 342, consid. 2.2.

³² ATF 142 III 23, consid. 4.4 ; RASCHEIN (FN 12), 363.

³³ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3 ; ATF 136 III 322, consid. 4.7 ; TF 5A_720/2007 du 24 avril 2008, consid. 2.3.1.

³⁴ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 29 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 26.

nécessite préalablement de fournir l'avance de frais et de requérir la mise en œuvre de la liquidation de la faillite³⁵.

A noter, enfin, que la collocation – même définitive – « ne préjuge pas de l'existence de la prétention, les effets juridiques de la collocation étant limités à la procédure de faillite »³⁶. Autrement dit, la collocation définitive d'une créance n'empêche aucun effet de droit matériel en ce qui concerne l'existence de la prétention en responsabilité³⁷, ni en ce qui concerne le montant du dommage allégué par le demandeur à l'action, qu'il lui appartient donc de chiffrer et de prouver dans le procès en responsabilité, conformément à l'art. 8 CC^{38,39}.

III. Clôture de la faillite et radiation de la société

1. Mécanisme légal

Dès que l'office des faillites est informé de l'ouverture de la faillite, il procède à l'inventaire des biens du failli et prend les mesures nécessaires à leur conservation (art. 221 al. 1 LP). Sur proposition de l'office, le juge de la faillite devra ensuite décider des modalités de la procédure de faillite. Selon l'état de la masse, il y a lieu de choisir entre (i) la liquidation ordinaire (art. 232 à 270 LP), (ii) la liquidation sommaire (art. 231 LP) et (iii) la suspension de la faillite faute d'actifs (art. 230 LP). La suspension vise le cas où la masse ne suffira probablement même pas à couvrir les frais de liquidation sommaire et qu'aucun créancier ne requiert la liquidation de la faillite moyennant fourniture de sûretés (art. 230 al. 1 et 2 LP). Aucun état de collocation n'est établi en cas de suspension faute d'actifs⁴⁰.

La radiation de la société n'intervient qu'au terme d'un délai d'opposition de trois mois à compter de l'inscription de la décision de suspension au registre du com-

merce (art. 159 al. 3 et 5 litt. a ORC⁴¹)⁴². En outre, si des actifs appartenant à la masse – par exemple des prétentions en dommages-intérêts – sont découverts après l'entrée en force de la décision de suspension, il est possible de demander au juge de la faillite la reprise de la procédure de liquidation ; il est alors procédé par la voie sommaire ou ordinaire⁴³.

Lorsque la faillite est liquidée selon la procédure sommaire ou ordinaire, elle donne lieu, au terme des opérations de liquidation, à l'établissement d'un rapport final (cf. art. 92 OAOF⁴⁴) que l'administration de la faillite doit présenter au juge (art. 268 al. 1 LP). Celui-ci prononce la clôture de la faillite après avoir constaté que la liquidation est terminée (art. 268 al. 2 LP). Dès lors que la clôture met fin à la « masse en faillite » en tant que communauté légale⁴⁵, elle suppose que les procédures judiciaires auxquelles la masse en faillite est elle-même partie soient terminées⁴⁶. Selon la jurisprudence⁴⁷, le failli peut attaquer la décision de clôture par la voie de l'appel (art. 319 ss CPC⁴⁸).

Il découle par ailleurs de l'art. 95 OAOF que, lorsqu'un ou plusieurs créanciers sociaux se sont fait céder les droits de la masse en application de l'art. 260 LP et s'il y a lieu d'admettre qu'aucun excédent ne reviendra à la masse, l'office, respectivement l'administration de la faillite, communique au juge toutes les pièces utiles de la faillite et lui propose soit de clôturer immédiatement la liquidation, soit d'attendre la fin du litige en cours pour y procéder.

Que la faillite soit suspendue faute d'actifs ou la liquidation clôturée par décision du juge, la société est ensuite radiée d'office du registre du commerce (art. 159 al. 5 et 6 ORC).

Vu ce qui précède, il est donc parfaitement envisageable (et fréquent en pratique) que la radiation de la société intervienne en dépit du fait que des procédures judiciaires, entamées par un ou plusieurs créanciers cessionnaires des droits de la masse, sont toujours en cours⁴⁹. En outre, si

³⁵ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3 : « *Damit wird der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs wieder konstituiert und dem Gesellschaftsgläubiger wird ermöglicht, zunächst eine Kollokation seiner Forderung gegenüber der Gesellschaft zu erwirken. [...] Denn nur ein rechtskräftig kollozierter Gesellschaftsgläubiger ist zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage nach Art. 757 Abs. 2 OR befugt [...]*. » C'est aussi dans ce sens que nous comprenons l'ATF 110 II 396, consid. 2 auquel se réfèrent les auteurs cités sous la note de bas de page 34. Voir déjà la décision de la Cour de cassation civile neuchâteloise du 5 décembre 1997, résumée in RSJ 1999, 54 s., laquelle avait aussi retenu que l'art. 757 CO ne saurait être invoqué par un créancier si une faillite a été suspendue faute d'actifs puis clôturée.

³⁶ ATF 122 III 195, consid. 9b ; voir aussi le jugement du *Handelsgericht* St-Gall du 30 juin 2000, SGGVP 2000, n° 41 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 27.

³⁷ ATF 132 III 342, consid. 2.4. Voir aussi ATF 136 III 322, consid. 3.3.

³⁸ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

³⁹ ATF 122 III 195, consid. 9a et 9b ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 27.

⁴⁰ GILLIÉRON (FN 24), N 1843.

⁴¹ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce, RS 221.411.

⁴² En attendant sa radiation du registre du commerce, la société retrouverait la libre disposition de sa fortune et d'éventuelles actions en responsabilité seraient ressuscitées. Voir BSK SchKG-LUSTENBERGER, art. 230 N 20.

⁴³ TF 5A_306/2014 du 17 octobre 2014, consid. 3.1 et 3.2. Voir aussi MARKUS VISCHER, *Untergang der AG : Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister ?*, GesKR 2015, 257–266, 263.

⁴⁴ Ordonnance du 13 juillet 1911 sur l'administration des offices de faillite, RS 281.32.

⁴⁵ TF 5F_14/2016 du 14 mars 2017, consid. 1.3.3.

⁴⁶ TF 5A_50/2015 du 28 septembre 2015, consid. 3.3.

⁴⁷ TF 5A_50/2015 du 28 septembre 2015, consid. 3.2.2 et 3.2.3.

⁴⁸ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

⁴⁹ LORANDI (FN 3), 726. Voir ATF 127 III 526, consid. 3. Dans l'arrêt TF 5A_50/2015 du 28 septembre 2015, consid. 3.4.2, le Tribunal fédéral a laissé entendre qu'un tel créancier pourrait éventuellement empêcher la radiation, en se prévalant à l'appui d'un recours contre

l'issue de ces procédures devait donner lieu au versement d'un excédent à la masse, la radiation de la société ne ferait, en toute hypothèse, pas obstacle à une distribution tardive⁵⁰.

2. Effet constitutif ou déclaratif de la radiation ?

Le point de savoir si la radiation d'une société déploie un effet constitutif ou déclaratif est controversé en doctrine⁵¹ et fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante⁵². Selon une tendance qui se dégage de certains arrêts récents, le Tribunal fédéral semble pencher pour l'effet constitutif entraînant la perte de la personnalité juridique de la société⁵³, à tout le moins lorsque la radiation du registre du commerce intervient à l'issue de la liquidation⁵⁴.

La situation reste cependant très incertaine, ce qui n'est pas satisfaisant sous l'angle de la sécurité et de la prévisibilité du droit. Il reste à espérer que la question pourra être tranchée – une fois pour toutes – par notre Haute Cour dans un proche avenir, en attendant une éventuelle modification de la loi (cf. *infra* VI.). En effet, dans le contexte des actions en responsabilité, la radiation de la société dont le dommage est invoqué en justice par un créancier peut être lourde de conséquences selon la portée qu'on lui reconnaît, comme l'a démontré l'arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017.

On verra également ci-après (cf. *infra* V.4.) qu'il est nécessaire de s'interroger sur l'opportunité d'un traitement différencié selon que le créancier agit en vertu de l'art. 757 al. 2 CO ou sur la base de l'art. 260 LP. En effet, les dispositions légales applicables (art. 95 OAOF et 159 ORC) envisagent expressément la possibilité de clôturer la procédure de faillite et, partant, de faire radier la société du registre du commerce nonobstant d'éventuels procès en cours auxquels seraient parties des créanciers cessionnaires des droits de la masse aux termes de l'art. 260 LP. Ainsi, on peut se demander, déjà à ce stade

la décision de clôture de l'absence de proposition de l'administration de la faillite de procéder en ce sens.

⁵⁰ TF 5A_50/2015 du 28 septembre 2015, consid. 3.4.3, avec référence à CR LP-JEANDIN, art. 268 N 10. Voir aussi LORANDI (FN 3), 727.

⁵¹ Voir les références citées par LORANDI (FN 3), 727 s. en notes de bas de page 33 et 34. Voir aussi VISCHER (FN 43), 259 et SHK HREGV-RÜETSCHI, art. 164 N 4.

⁵² LORANDI (FN 3), 728. Pour illustrer le propos, voir TF 2C_408/2012 du 25 septembre 2012, consid. 3.1 et 3.2. Voir aussi TF 4A_231/2011 du 20 septembre 2011, consid. 2 : « *Dabei ist allerdings zu beachten, dass einer Löschung der Gesellschaft im Handelsregister lediglich deklaratorische Wirkung zukommt und vor beendigter Liquidation nicht zum Verlust von deren Rechtspersönlichkeit führt [...]*. »

⁵³ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3 ; TF 5A_65/2008 du 15 décembre 2008, consid. 2.1.

⁵⁴ ATF 132 III 731, consid. 3.1, avec référence à un ATF 117 III 39, consid. 3b, dans lequel le Tribunal fédéral avait retenu ce qui suit : « [...] ihre rechtliche Existenz hört erst auf, wenn nach Beendigung der Liquidation (Art. 746 OR) ihre Firma im Handelsregister gelöscht wird [...] »

de l'analyse, pour quels motifs objectifs de tels créanciers devraient se voir dénier la légitimation active du seul fait de la radiation de la société⁵⁵.

IV. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2016

Comme déjà mentionné en introduction, bien que l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017 pose des principes d'une portée inattendue, il est pratiquement passé inaperçu en doctrine⁵⁶. Nous exposerons ci-après l'état de fait pertinent (cf. *infra* IV.1.) et la question juridique soumise au Tribunal fédéral (cf. *infra* IV.2.) et verrons la réponse qui y a été apportée par ce dernier (cf. *infra* IV.3.). Nous nous interrogerons ensuite sur les conséquences possibles de cette jurisprudence (cf. *infra* V.).

1. Etat de fait

Le litige trouve son origine⁵⁷ dans un prêt de EUR 600'000.– avec intérêts à 5,5 % l'an, accordé en janvier 2007 par un particulier à une société anonyme ayant son siège en Thurgovie. Le prêt visait à permettre à la société de racheter des créances envers une autre entité.

On devine les affaires de la société emprunteuse peu prospères, puisque le Tribunal d'arrondissement d'Arbon a prononcé sa faillite par jugement du 15 janvier 2009. Le prêteur a produit une créance de CHF 472'245.95 dans la faillite. Peu de temps après, soit le 17 mars 2009, la faillite a été suspendue faute d'actifs au sens de l'art. 230 LP, la masse ne suffisant probablement pas à couvrir les frais de liquidation sommaire. Le même jour, alors qu'aucun état de collocation n'avait encore pu être dressé, la faillite a été clôturée. Le 24 juin 2009, la société a été radiée d'office du registre du commerce.

Le 30 juin 2010, le prêteur ainsi qu'un autre créancier ayant produit une créance de CHF 5'027.10 dans la faillite ont ouvert action en responsabilité contre l'administrateur unique de la société faillie. Leurs conclusions se montaient à CHF 578'356.70 et correspondaient aux passifs à hauteur de CHF 478'356.70 et à un prêt à l'actionnaire de CHF 100'000.–. Juridiquement, l'action était fondée sur les art. 754 et 757 al. 2 CO.

Le 23 avril 2015, le Tribunal d'arrondissement d'Arbon a partiellement admis l'action en responsabilité intentée par le prêteur, soit à hauteur de EUR 144'724.03 plus in-

⁵⁵ TF 4A_5/2008 du 22 mai 2008, consid. 1.4 et les références citées. Voir aussi les réflexions critiques de STOFFEL/CONSTANTIN (FN 3), 293.

⁵⁶ Cf. *supra* FN 3.

⁵⁷ Le présent état de fait a été reconstitué tant à partir de l'arrêt TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017 que de l'arrêt du Tribunal cantonal de Thurgovie ZBR.2015.32 du 28 janvier 2016. Pour plus de détails, le lecteur est invité à se référer à ces deux décisions.

térêts à 5 % l'an dès le 15 janvier 2009 – correspondant à la partie du prêt utilisée de façon non conforme à sa destination –, et rejeté celle du second créancier, faute pour ce dernier d'avoir apporté la preuve de sa créance.

Le 26 mai 2015, l'administrateur unique a interjeté appel de ce jugement. Le 17 août 2015, les créanciers susvisés ont déposé un appel joint et conclu au paiement de CHF 315'514.88 plus intérêts à 5 % l'an dès le 15 janvier 2009. Ils soutenaient qu'une partie du prêt, considérée en première instance comme ayant été utilisée de façon conforme à sa destination, avait en réalité été employée dans un but étranger, savoir l'acquisition de créances pour le compte de tiers. Les créanciers se plaignaient également de s'être vu allouer un montant en euros et non en francs suisses.

Le 28 janvier 2016, le Tribunal cantonal de Thurgovie a rejeté l'appel de l'administrateur et admis les appels joints des deux créanciers. Il a ainsi condamné l'administrateur à verser aux deux créanciers la somme de CHF 315'514.88 plus intérêts à 5 % dès le 15 janvier 2009.

L'administrateur a déposé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, en concluant à l'annulation du jugement du Tribunal cantonal de Thurgovie et au rejet de la demande dans la mesure de sa recevabilité. Les deux créanciers ainsi que le Tribunal cantonal ont conclu au rejet du recours.

2. Question soumise au Tribunal fédéral

Dans son recours au Tribunal fédéral, l'administrateur faisait grief au Tribunal cantonal d'avoir admis la légitimation active des deux créanciers.

Selon le recourant, les créanciers agissaient sur la base de l'art. 757 al. 2 CO, soit pour le compte de la société faillie. Or, cette dernière n'existait plus vu qu'elle avait été radiée du registre du commerce à la suite de la suspension de la faillite faute d'actifs. Le recourant en a déduit que les créanciers auraient dû requérir la réinscription de la société pour pouvoir agir à son encontre.

Autrement dit, la question soumise au Tribunal fédéral était celle de savoir si une action en responsabilité visant le dommage subi par une société en faillite peut être intentée par un créancier social, alors que la société concernée a été radiée du registre du commerce.

3. Solution retenue par le Tribunal fédéral et motivation

3.1 Aperçu

Aux termes de son arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, prenant le contrepied des tribunaux thurgoviens de première et de deuxième instance, le Tribunal fédéral a ad-

mis le recours, annulé le jugement cantonal et rejeté – au fond – l'action intentée par les créanciers contre l'administrateur.

A y regarder de plus près, le déboutement prononcé par le Tribunal fédéral semble avoir pour fondement deux problèmes, étroitement liés, concernant la légitimation active des créanciers demandeurs : d'une part, la disparition du titulaire de la prétention avec la radiation de la société et, d'autre part, l'absence de collocation des créanciers demandeurs⁵⁸. Selon notre Haute Cour, ces deux écueils auraient pu être évités, respectivement surmontés, par la réinscription de la société⁵⁹.

Les deux motifs invoqués par le Tribunal fédéral sont à mettre en perspective avec le jugement cantonal querellé, qui avait retenu que la prétention en responsabilité de la société contre ses administrateurs était remplacée dès la faillite par une prétention de la communauté des créanciers, laquelle pouvait être déduite en justice par l'un ou l'autre des créanciers⁶⁰. Dès lors, la Cour cantonale en avait conclu que la prétention survivait à la radiation de la société du registre du commerce et qu'une réinscription n'était pas nécessaire, puisqu'il y avait lieu de considérer que l'administration de la faillite avait renoncé à exercer l'action en responsabilité en suspendant la faillite faute d'actifs, ce qui ouvrait la voie de l'art. 757 al. 2 CO aux créanciers⁶¹.

3.2 Disparition du titulaire de la prétention

a. Titulaire de la prétention en responsabilité

La première étape du raisonnement du Tribunal fédéral consiste à établir que la prétention déduite en justice est celle de la masse en faillite⁶². Pour ce faire, il se réfère à sa propre jurisprudence – constante – selon laquelle la prétention en responsabilité exercée par les créanciers après l'ouverture de la faillite constitue une prétention unique de la communauté des créanciers⁶³.

Le Tribunal fédéral précise, en outre, qu'il n'existe *matériellement* aucune différence entre la prétention que les créanciers font valoir sur la base de l'art. 757 al. 1 et 2 CO et celle dont ils obtiennent la cession en application de l'art. 260 LP⁶⁴. Autrement dit, la cession selon

⁵⁸ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.3.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Arrêt du Tribunal cantonal de Thurgovie ZBR.2015.32 du 28 janvier 2016, consid. 3c/dd-ee.

⁶¹ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal cantonal de Thurgovie ZBR.2015.32 du 28 janvier 2016, consid. 3c/gg.

⁶² TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.2.

⁶³ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.2 et références aux ATF 142 III 23, consid. 4.4, ATF 136 III 148, consid. 2.3, ATF 132 III 564, consid. 3.2.2, ATF 117 II 432, consid. 1b/ee-ff. Cf. *supra* II.2, s'agissant de la portée des termes utilisés par le Tribunal fédéral.

⁶⁴ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.2 et références à l'arrêt TF 4A_446/2009 du 8 décembre 2009, consid. 2.4 (non publié à l'ATF 136 III 107).

l'art. 260 LP, expressément réservée à l'art. 757 al. 3 CO, ne confère au créancier aucun droit supplémentaire à celui qui est déjà le sien en vertu de l'art. 757 al. 1 et 2 CO⁶⁵.

Sur un plan *formel*, le Tribunal fédéral mentionne qu'il a, dans divers *obiter dicta*, laissé indécidée la question de savoir si un créancier agissant sur la base de l'art. 757 al. 2 CO devait, notamment à des fins de coordination avec les autres créanciers, obtenir préalablement la cession du droit d'agir selon l'art. 260 LP⁶⁶.

En tout état, le créancier qui agit en responsabilité après la faillite au titre du dommage causé à la société fait valoir une prétention de la communauté des créanciers, qu'il agisse directement en se fondant sur l'art. 757 al. 2 CO ou qu'il ait obtenu, dans le cadre de la procédure de faillite, la cession du droit d'agir selon l'art. 260 LP⁶⁷. Il s'ensuit qu'il n'est que *Prozessstandschafter*, c'est-à-dire qu'il agit certes en son propre nom, mais pour le compte de la masse en vertu d'un mandat procédural, la masse demeurant seule titulaire de la prétention déduite en justice⁶⁸.

b. Disparition du titulaire à la suite de la radiation de la société

La deuxième étape du raisonnement du Tribunal fédéral consiste à poser, sans autre développement, que la radiation d'une société anonyme du registre du commerce met fin à son existence⁶⁹.

On peut s'étonner du caractère péremptoire de cette affirmation, vu que cette question est débattue, respectivement traitée de manière beaucoup plus nuancée, en doctrine⁷⁰. Le Tribunal fédéral cite pour seules références l'ATF 132 III 731 ainsi que deux autres arrêts non publiés, alors même que l'ATF 132 en question précise que seule la radiation qui intervient « à l'issue de la liquidation » de la société emporte l'extinction de sa personnalité juridique⁷¹. Une partie de la doctrine considère d'ailleurs que la possibilité de faire réinscrire la société selon l'art. 164 ORC est une expression du caractère déclaratif

et non constitutif de la radiation, la réinscription visant à permettre la liquidation puis, au terme de celle-ci, la radiation constitutive⁷².

Quoi qu'il en soit, dès lors que, selon le Tribunal fédéral, la société radiée n'existe plus, la prétention en responsabilité n'aurait plus de titulaire à compter de sa radiation⁷³. Il en découle que les créanciers demandeurs n'ont pas la légitimation active, si bien que leur demande doit être rejetée⁷⁴.

Incidentement, vu les conséquences que le Tribunal fédéral tire de la radiation de la société sur la possibilité de mettre en œuvre l'action en responsabilité, 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*), 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 faillite⁷⁵.

3.3 Défaut de collocation

Le second motif ayant conduit le Tribunal fédéral à nier la qualité pour agir des créanciers demandeurs tient à l'absence de collocation de leur créance.

La pierre angulaire de l'argument réside dans l'affirmation de notre Haute Cour selon laquelle seul un créancier colloqué peut agir sur la base de l'art. 757 al. 2 CO⁷⁶. Une collocation est en effet nécessaire, selon la jurisprudence actuelle, pour permettre au créancier d'agir en réparation du préjudice social après la faillite⁷⁷.

Le Tribunal fédéral rappelle que le créancier qui souhaite faire valoir une prétention en responsabilité sur la base de l'art. 757 al. 2 CO peut requérir la réinscription de la société à cet effet⁷⁸. Ladite réinscription emporte que le titulaire de la prétention renaît, ce qui permet au créancier de requérir la réouverture de la faillite, puis la collocation de sa créance, afin de pouvoir agir selon l'art. 260 LP ou sur la base de l'art. 757 al. 2 CO⁷⁹.

⁶⁵ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.2.

⁶⁶ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.2 et références aux arrêts TF 4A_446/2009 du 8 décembre 2009, consid. 2.4 (non publié à l'ATF 136 III 107) et TF 4C.263/2004 du 23 mai 2005, consid. 1.2 (non publié à l'ATF 132 III 222).

⁶⁷ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.2 et référence à l'ATF 117 II 432, consid. 1b/ff.

⁶⁸ TF 5A_344/2018 du 18 septembre 2018, consid. 4.1.1 (destiné à la publication) ; TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.2 et référence à l'ATF 132 III 342, consid. 2.2 ; ATF 132 III 564, consid. 3.2.2 ; TF 4A_231/2011 du 20 septembre 2011, consid. 2. La jurisprudence retient que le créancier cessionnaire des droits de la masse, bien qu'il ne soit que *Prozessstandschafter*, peut conclure à la condamnation du défendeur à payer directement en ses mains : ATF 139 III 391, consid. 5.1.

⁶⁹ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3.

⁷⁰ Cf. *supra* III.2.

⁷¹ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3 et référence à l'ATF 132 III 731, consid. 3.2 [recte : 3.1] ainsi qu'aux arrêts TF 5A_65/2008 du 15 décembre 2008, consid. 2.1 et TF 4A_188/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.4.

⁷² Cf. à cet égard MICHAEL GWELESSIANI/NIELS SCHINDLER, Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, 2^e éd., Zurich 2017, N 576 ; SHK HRegV-RÜETSCHI, art. 164 N 1 ss notamment N 4 et 6.

⁷³ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3.

⁷⁴ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.3.

⁷⁵ Cf. *supra* II.2.

⁷⁶ TF 4A_384/2015 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3 et référence à l'ATF 136 III 322, consid. 4.7. L'ATF 136 III 322, consid. 4.7 renvoie quant à lui au TF 5A_720/2007 du 24 avril 2008, consid. 2.3 qui se réfère à son tour à l'ATF 122 III 195, consid. 9b.

⁷⁷ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3 et référence à l'arrêt TF 4C.162/1998 du 11 décembre 1998, consid. 4b.

⁷⁸ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.1.3 et référence à l'ATF 132 III 731, consid. 3.2 s. et l'ATF 110 II 396, consid. 2. Cf. *infra* V.3. en ce qui concerne les fondements de cette affirmation.

⁷⁹ TF 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, consid. 2.3.

V. Conséquences de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2016

1. Généralités

Il faut d'emblée souligner que l'arrêt TF 4A_384/2016 consacre une solution inattendue, au vu des précédentes décisions dans lesquelles la question de la radiation de la société avait été évoquée dans le contexte de l'action en responsabilité, notamment l'arrêt TF 4A_5/2008 du 22 mai 2008 et l'arrêt TF 4A_231/2011 du 20 septembre 2011⁸⁰.

Cette première surprise laisse rapidement place à nombre d'interrogations légitimes quant à la portée et aux conséquences de cet arrêt, lequel s'apparente à bien des égards à une *boîte de Pandore*⁸¹.

En particulier, l'argumentation du Tribunal fédéral relative à la disparition du titulaire de la prétention en responsabilité est susceptible de conduire au défaut de légitimation active et, partant, au rejet de l'action, non seulement dans l'hypothèse où un créancier agit en dépit de la suspension de la faillite faute d'actifs, mais également dans les cas, fréquents en pratique, dans lesquels la société est radiée avant l'issue du procès en responsabilité intenté par un ou plusieurs créanciers cessionnaires (art. 260 LP) ou agissant sur la base de l'art. 757 al. 2 CO, après avoir été dûment colloqués.

A défaut de pouvoir traiter ici toutes les questions pertinentes, nous aborderons celles qui nous semblent les plus pressantes, notamment sur un plan pratique.

Il sera donc tout d'abord question de la nature de la sanction attachée à la radiation de la société – irrecevabilité ou rejet de l'action – (cf. *infra* V.2.), puis du rôle de la collocation pour intenter l'action en responsabilité selon l'art. 757 al. 2 CO (cf. *infra* V.3.). Nous examinerons ensuite le bienfondé de la solution retenue par le Tribunal fédéral s'agissant de l'action en responsabilité intentée par un créancier colloqué, que ce soit en vertu de l'art. 757 al. 2 CO ou sur la foi d'une cession au sens de l'art. 260 LP (cf. *infra* V.4.). Nous terminerons par quelques considérations pratiques quant aux mesures concrètes à adopter (cf. *infra* V.5.).

2. Rejet de l'action comme conséquence du défaut de légitimation active

Dans son arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, le Tribunal fédéral a rejeté au fond la prétention des demandeurs, motif pris de leur défaut de légitimation active. On peut se demander si notre Haute Cour n'aurait pas dû rendre un jugement d'irrecevabilité plutôt qu'un jugement de rejet ayant autorité de chose jugée. Cette question est d'autant plus actuelle que LORANDI conçoit, apparemment, la légitimation active comme une condition de recevabilité de l'action⁸².

Le jugement au fond (« *Sachentscheid* » ou « *Sachurteil* ») doit être distingué du jugement procédural (« *Prozessentscheid* »). Le premier tranche la prétention litigieuse en admettant ou en rejetant les conclusions du demandeur⁸³. Le second statue sur les conditions de recevabilité de l'action, soit celles qui doivent être remplies pour qu'un jugement au fond puisse être rendu⁸⁴. Le point de savoir si l'on est en présence d'un jugement au fond ou d'un jugement procédural doit être résolu en fonction du seul contenu de la décision considérée⁸⁵. La distinction est cruciale car seul un jugement au fond déploie l'autorité de chose jugée (« *materielle Rechtskraft* ») quant à la prétention litigieuse⁸⁶.

Contrairement au droit public, pour lequel la qualité pour recourir est une condition de recevabilité (et donc de forme), la qualité pour agir en droit privé est une condition matérielle de la prétention – qui relève donc du droit de fond – de sorte que son défaut conduit au rejet de l'action dans un jugement au fond⁸⁷. Ce jugement déploie autorité de chose jugée quant à la prétention tranchée.

⁸² LORANDI (FN 3), 729.

⁸³ ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich 2012, § 23 N 1 ; DANIEL STAEHELIN, in : Thomas Sutter-Somm et al. (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Zurich 2016, art. 236 N 9 ; ATF 121 III 474, consid. 4a ; ATF 115 II 187, consid. 3b.

⁸⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 83), § 23 N 2 ; STAEHELIN (FN 83), art. 236 N 10 ; THOMAS SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 2017, N 584 ; cf. également ATF 115 II 187, consid. 3b.

⁸⁵ ATF 115 II 187, consid. 3b confirmé à plusieurs reprises soit notamment aux ATF 123 III 16, consid. 2, et ATF 121 III 474, consid. 4a ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 83), § 23 N 2.

⁸⁶ ATF 134 III 467, consid. 3.2 ; ATF 123 III 16, consid. 2 ; ATF 121 III 474, consid. 4a ; ATF 115 II 187, consid. 3a ; BSK ZPO-STECK/BRUNNER, art. 236 N 35 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 83), § 24 N 10. Sur la portée de l'autorité de chose jugée voir notamment : ATF 142 III 210, consid. 2. Sur la notion elle-même voir : NICOLAS JEANDIN/AUDE PEYROT, *Précis de procédure civile*, Zurich 2015, N 775 ss.

⁸⁷ ATF 142 III 782, consid. 3.1.4 ; ATF 140 III 598, consid. 3.2 ; ATF 138 III 737, consid. 2 ; ATF 137 III 455, consid. 3.5 ; 136 III 365, consid. 2.1 ; ATF 130 III 417, consid. 3.1 ; ATF 128 III 50, consid. 2b/bb ; ATF 126 III 59, consid. 1a ; voir également : BSK ZPO-STECK/BRUNNER, art. 236 N 35 ; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, t. I : Introduction et théorie générale, 2^e éd., Berne 2016, N 683, 759, 761, 797 ; STAEHELIN (FN 83), art. 236 N 11.

⁸⁰ TF 4A_5/2008 du 22 mai 2008, consid. 1.4 ; TF 4A_231/2011 du 20 septembre 2011, consid. 2, dans lequel il est précisé que la radiation de la société du registre du commerce n'a qu'une portée déclarative et ne conduit pas à la perte de la personnalité avant la fin de la liquidation.

⁸¹ Cf. HÉSIODE, *Les Travaux et les Jours*, traduction du grec de Jean-Marie-Louis Coupé revue et corrigée par Émile Lefranc, Paris 1834, chant I^{er}, vers 80 ss.

Il ne faut confondre la qualité pour agir ni avec, d'une part, la capacité d'ester en justice (« *Prozessfähigkeit* ») au sens de l'art. 67 CPC, pendant procédural de la jouissance des droits civils⁸⁸, ni avec, d'autre part, la faculté de conduire le procès comme partie (« *Prozessführungsbefugnis* »), soit le droit de faire valoir en justice la prétention d'un tiers⁸⁹. Au contraire de la qualité pour agir, la capacité d'ester en justice et la faculté de conduire le procès comme partie relèvent de la forme et leur absence, chez le demandeur, entraîne l'irrecevabilité de la demande dans un jugement procédural⁹⁰.

La figure de la *Prozessstandschaft* de l'art. 260 LP consacre une scission entre la titularité de la prétention et la faculté de conduire le procès comme partie⁹¹. Aussi, en tant que titulaire de la prétention, la masse, respectivement la communauté des créanciers, possède la légitimation active, alors que les créanciers cessionnaires ont la faculté de la faire valoir en justice, en leur propre nom, comme partie. Lorsque la jurisprudence⁹² retient que le créancier cessionnaire est « *légitimé* » à agir en responsabilité contre les organes et que ladite légitimation ne peut être remise en cause dans le cadre de l'action en responsabilité, c'est en réalité la faculté de faire valoir en justice la prétention d'un tiers qui est visée et non la légitimation active à proprement parler. L'abus de langage s'explique sans doute par le fait que, dans la plupart des cas, le titulaire de la prétention dispose aussi bien de la qualité pour agir que de la faculté de mener le procès comme partie. Par ailleurs, même si le créancier cessionnaire est réputé avoir la faculté d'agir en son nom et pour son compte, en faisant valoir la prétention de la masse, il doit établir l'existence (et le bien-fondé) de la prétention qu'il déduit en justice et, partant, que la légitimation active de la masse est donnée⁹³.

Une difficulté supplémentaire vient s'ajouter à l'édifice : celle de la consorité active nécessaire improprement dite que forment les créanciers cessionnaires⁹⁴. En principe, lorsque des consorts nécessaires n'agissent pas ensemble, il y a défaut de légitimation active et la demande doit donc être rejetée⁹⁵. Néanmoins, dans le cas de la *Prozessstandschaft* de l'art. 260 LP, compte tenu du fait que les créanciers sont consorts nécessaires improprement dits, ils ne doivent pas nécessairement agir ensemble, mais « *le juge ne peut se prononcer sur la demande de l'un ou de certains des cessionnaires tant qu'il n'est pas établi qu'aucun autre ne peut agir en justice* »⁹⁶. Dès lors, doctrine et jurisprudence exigent des créanciers cessionnaires qui procèdent qu'ils établissent qu'ils sont les seuls à pouvoir encore agir, par exemple en apportant la preuve que les autres créanciers cessionnaires ont renoncé à agir ou que l'office leur a retiré cette faculté⁹⁷. Si ces conditions ne sont pas réunies, la demande déposée par une partie seulement des créanciers cessionnaires doit être déclarée irrecevable par le tribunal⁹⁸.

Dans le cas qui nous occupe, ce n'est toutefois pas la capacité d'ester en justice ni la faculté de faire valoir la prétention comme partie qui sont en cause, mais bien la légitimation active et plus particulièrement l'existence du titulaire de la prétention. C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral, dans l'arrêt 4A_384/2016 précité, a rejeté l'action après avoir constaté un défaut de légitimation active des créanciers demandeurs.

Plus délicate est la question de savoir si un tel jugement empêche les créanciers déboutés de réintroduire une action en responsabilité après la réinscription de la société faillie et la collocation de leur créance, pour autant d'ailleurs que la *prescription* de la prétention ne soit pas déjà acquise à ce moment-là⁹⁹.

⁸⁸ HOHL (FN 87), N 702 ss ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 83), § 13 N 7 ss.

⁸⁹ HOHL (FN 87), N 798 ss ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 83), § 13 N 24 ss.

⁹⁰ Cf. concernant la capacité d'ester en justice : art. 59 al. 2 litt. c CPC ; concernant la faculté de conduire le procès : HOHL (FN 87), N 824 ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 83), § 13 N 27 ; TF 5A_344/2018 du 18 septembre 2018, consid. 4.1.2 (destiné à la publication) ; ATF 94 I 312, consid. 1b : « *Es handelt sich [bei der Prozessstandschaft] nicht um eine Frage der Begründetheit, sondern der Zulässigkeit der Klage [...]*. »

⁹¹ HOHL (FN 87), N 800 s.; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 83), § 13 N 26.

⁹² ATF 136 III 148, consid. 2.3 : « [...] [L]e créancier social qui a obtenu la cession des droits de la masse agit sur la base d'un mandat procédural ; il est ainsi légitimé à actionner l'organe responsable pour réclamer le dommage subi par la société [...] ». ATF 132 III 342, consid. 2.2 : « *Die Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG beruht auf einer gesetzlichen Prozessführungsbefugnis oder Prozessstandschaft [...]. Im Verfahren, das der Abtretungsgläubiger anstrengt, hat das Gericht bloss festzustellen, dass sich die Legitimation des Klägers aus einer solchen Verfügung ergibt. Die Parteien sind mit Einwänden gegen den rechtskräftigen Kollokationsplan nicht zu hören.* » ; ATF 132 III 564, consid. 3.2.2 ; ATF 122 III 195, consid. 9b ; ATF 111 II 81, consid. 3.

⁹³ Cf. *supra* II.3. et références citées en FN 36.

⁹⁴ ATF 138 III 628, consid. 5.3.2 ; ATF 136 III 534, consid. 2.1 ; ATF 121 III 488, consid. 2 : « *Das Bundesrecht [...] schreibt vor, dass sämtliche Klagen im selben Verfahren beurteilt werden und dass über den einheitlichen Anspruch, der Gegenstand der mit der Abtretung verliehenen Prozessführungsbefugnis bildet, ein einheitliches Urteil ergeht. In diesem Sinn ist die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger eine notwendige. Eine einheitliche Prozessführung darf indes von den Gläubigern nicht verlangt werden.* »

⁹⁵ ATF 140 III 598, consid. 3.2.

⁹⁶ TF 5A_344/2018 du 18 septembre 2018 (destiné à la publication), consid. 4.1.1. Cf. également BSK SchKG-BERTI, art. 260 N 57.

⁹⁷ TF 5A_344/2018 du 18 septembre 2018 (destiné à la publication), consid. 4.1 s. et références citées, notamment au consid. 4.1.1.

⁹⁸ TF 5A_344/2018 du 18 septembre 2018, consid. 4.1 (destiné à la publication).

⁹⁹ Il est possible que la prétention soit prescrite car l'ouverture de la première action n'a pas interrompu la prescription. En effet, l'ouverture d'action n'interrompt la prescription que si le demandeur revêt la légitimation active. Cf. ATF 142 III 782, consid. 3.1.3.2 : « *Pour [interrompre la prescription], l'acte introductif doit émaner du créancier et être dirigé contre le débiteur, en d'autres termes il doit être introduit par celui qui a la qualité pour agir (communément qualifiée de légitimation active ; cf. POUURET, op. cit., n° 1.3.2.4 ad art. 43 OJ p. 114 ; Aktivlegitimation) contre celui qui a la qualité pour défendre (communément qualifiée de légitimation passive ;*

Il est en tous les cas certain que la réinscription de la société faillie et la collocation, en tant que *nova* postérieurs à la décision, ne constituent pas un motif de révision du jugement de déboutement¹⁰⁰.

Une nouvelle action introduite risque d'être déclarée irrecevable en vertu de l'art. 59 al. 1 et al. 2 litt. e CPC, aux termes desquels le tribunal rend un jugement d'irrecevabilité lorsque le litige fait l'objet d'une décision entrée en force. L'absence d'une telle décision constitue, en effet, une condition de recevabilité négative que le tribunal examine d'office¹⁰¹.

L'autorité de chose jugée s'oppose ainsi à ce qu'il soit entré en matière sur une prétention identique à celle qui a déjà été tranchée par un jugement entré en force (identité de l'objet du litige)¹⁰². L'identité de l'objet du litige suppose une identité des parties en cause, de la prétention et des faits invoqués à l'appui de celle-ci¹⁰³. L'identité s'entend d'un point de vue matériel et non pas grammatical si bien que, quelle que soit la formulation de la nouvelle prétention, elle sera réputée identique si elle apparaît comme étant le contraire de ce qui a été tranché ou comme étant d'ores et déjà contenue dans la décision précédente¹⁰⁴.

Ces conditions sont la conséquence directe du fait que l'autorité de chose jugée d'un jugement concerne son dispositif et non ses considérants, même si les conclusions doivent être interprétées à la lumière de ceux-ci¹⁰⁵. C'est également le corollaire immédiat du fait que l'autorité de chose jugée ne déploie ses effets qu'à l'égard des parties à la procédure (« *res iudicata ius facit nisi inter partes* »)¹⁰⁶.

L'autorité de chose jugée ne fait, en revanche, pas obstacle à une nouvelle demande qui se fonde sur une modification des circonstances survenue depuis le premier jugement ou, plus précisément, depuis le moment où

l'état de fait déterminant pour la première décision a été définitivement arrêté¹⁰⁷, soit dans des cas qui ne relèvent pas de la révision¹⁰⁸.

Dans l'hypothèse où la réinscription de la société faillie au registre du commerce et la collocation du créancier devaient intervenir après l'entrée en force du jugement de déboutement pour défaut de légitimation active du demandeur, la recevabilité d'une nouvelle demande dépendra notamment de l'appréciation que fera le tribunal quant à l'identité de l'objet du litige avec le jugement précédent¹⁰⁹. Autrement dit, il y a aura lieu de déterminer si la réinscription de la société et la collocation du créancier relèvent de faits nouveaux au point de rendre l'objet du litige de la nouvelle demande différent de celui du premier jugement ou, si au contraire, il s'agit uniquement d'éléments factuels supplémentaires appartenant au même complexe de fait que celui qui a servi à trancher une première fois la prétention litigieuse¹¹⁰.

Il n'est ainsi pas totalement exclu que les créanciers déboutés en raison de l'absence de légitimation active puissent réintroduire une nouvelle action, après la réinscription de la société et la collocation de leur créance, même si cette voie n'est pas à conseiller vu l'incertitude qui l'entoure. En pratique, le créancier demandeur sera donc bien inspiré de s'assurer que la société faillie n'est pas radiée au cours du procès en responsabilité, respectivement de requérir sa réinscription et la collocation de sa créance, le cas échéant, avant d'ouvrir action.

3. Collocation de créance comme préalable nécessaire de l'action selon l'art. 757 al. 2 CO ?

Comme mentionné précédemment, dans son arrêt 4A_384/2016, le Tribunal fédéral a également rejeté l'action en responsabilité des créanciers demandeurs, fondée sur l'art. 757 al. 2 CO, au motif qu'ils n'avaient pas fait colloquer leur créance¹¹¹.

La nécessité de passer par une collocation ne trouve toutefois pas de fondement univoque dans la lettre de l'art. 757 al. 2 CO, qui dispose que tout actionnaire ou créancier social peut exercer l'action en responsabilité si l'administration de la faillite *renonce* à exercer ces droits. Le texte légal semble ainsi uniquement exiger la renonciation de l'administration de la faillite d'exercer elle-même l'action en responsabilité, sans assujettir la qualité pour agir du créancier à des conditions sup-

Passivlegitimation). » ; TF 4C.363/2002, consid. 2.2.1 ; ATF 111 II 358, consid. 4.

¹⁰⁰ Art. 328 al. 1 litt. a CPC ; cf. également ATF 142 III 413, consid. 2.2.6.

¹⁰¹ Art. 59 al. 2 litt. e et art. 60 CPC ; cf. également ATF 139 III 278, consid. 4.3 selon lequel les parties doivent néanmoins établir les faits nécessaires à établir ou à nier les conditions de recevabilité.

¹⁰² ATF 142 III 210, consid. 2 ; ATF 140 III 278, consid. 3.3 ; ATF 139 III 126, consid. 3 ; ATF 136 III 345, consid. 2.1 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 83), § 24 N 8 ss ; JEANDIN/PEYROT (FN 86), N 776 ; BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 70.

¹⁰³ ATF 142 III 210, consid. 2.1 ; ATF 140 III 278, consid. 3.3 ; ATF 139 III 126, consid. 3.2.2 et 3.2.3 ; ATF 136 III 123, consid. 4.3.1. Cf. déjà ATF 116 II 738, consid. 2a ; ATF 105 II 149, consid. 1 ; ATF 98 II 23, consid. 1 ; ATF 97 II 396.

¹⁰⁴ ATF 142 III 210, consid. 2.1 ; ATF 140 III 278, consid. 3.3 ; ATF 139 III 126, consid. 3.2.3 ; ATF 123 III 16, consid. 2a. Cf. les développements exhaustifs de BK ZPO I-ZINGG, art. 59 N 76 ss.

¹⁰⁵ ATF 142 III 210, consid. 2.2 ; ATF 139 III 126, consid. 3.1 ; ATF 128 III 191, consid. 4a ; ATF 125 III 8, consid. 2b ; ATF 123 III 16, consid. 2a ; ATF 121 III 474, consid. 4a ; ATF 116 II 738, consid. 3 ; ATF 115 II 187, consid. 3.

¹⁰⁶ ATF 142 III 210, consid. 2 ; ATF 139 III 126, consid. 3.1 ; ATF 125 III 8, consid. 3a ; ATF 93 II 329, consid. 3 ; voir également TF 5A_763/2012 du 18 mars 2013, consid. 5.1.1.

¹⁰⁷ ATF 140 III 278 et références aux ATF 139 III 126, consid. 3.2.1 et ATF 116 II 738, consid. 2a.

¹⁰⁸ Cf. art. 328 al. 1 litt. a CPC.

¹⁰⁹ Cpr. LORANDI (FN 3), 732, qui tranche cette question de façon moins nuancée.

¹¹⁰ BK ZPO-ZINGG, art. 59 N 82 ss.

¹¹¹ Cf. *supra* IV.3.3.

plémentaires¹¹². L'exigence de la collocation ne peut à notre sens pas non plus être déduite de la suite du texte de l'art. 757 al. 2 CO, qui ne fait que régler la répartition du produit du procès dans l'ordre suivant : créanciers demandeurs – actionnaires demandeurs – masse¹¹³. Le renvoi aux règles de la LP fait certes référence, selon CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, aux art. 260 al. 2 et 219 LP et donc au rang des créanciers demandeurs selon la LP¹¹⁴. Toutefois, il ne s'ensuit pas, selon nous, que les créanciers demandeurs doivent avoir été *colloqués* préalablement¹¹⁵, ce d'autant plus que la collocation est régie aux art. 244 ss LP et non à l'art. 219 LP. A cela s'ajoute que l'art. 757 al. 2 CO constitue une voie alternative à celle de la cession selon l'art. 260 LP – ce que tend d'ailleurs à confirmer la réserve de l'art. 260 LP prévue à l'art. 757 al. 3 CO – et se caractérise par la naissance *ex lege* du droit d'agir en responsabilité, sans qu'une requête ou une cession (à l'instar de celle de l'art. 260 LP) ne soit nécessaire¹¹⁶.

Ceci dit, la doctrine majoritaire adhère à la thèse selon laquelle le créancier doit avoir obtenu la collocation de sa créance pour agir sur la base de l'art. 757 al. 2 CO¹¹⁷. Ses partisans se fondent généralement sur les ATF 132 III 342, 132 III 564, 122 III 195 ainsi que 111 II 81. Or, il découle uniquement de ces arrêts que la qualité pour agir d'un créancier colloqué définitivement ne peut plus être remise en cause dans le cadre de l'action en responsabilité¹¹⁸ ; *a contrario*, aucun d'entre eux ne limite explicitement la qualité pour agir aux seuls créanciers colloqués¹¹⁹.

A cela s'ajoute que, dans une affaire schwyzoise portée devant le Tribunal fédéral il y a une dizaine d'années, ce dernier avait laissée indécise la question de savoir si une collocation était bel et bien nécessaire pour fonder la légitimation active du créancier qui se prévaut de l'art. 757

al. 2 CO.¹²⁰ A l'évidence, notre Haute Cour n'aurait pas laissé cette question ouverte si elle l'avait d'ores et déjà tranchée à l'occasion des arrêts publiés précités invoqués par la doctrine.

Il convient donc de s'intéresser plus en détail à la jurisprudence récente et plus précisément à celle qui est citée par le Tribunal fédéral lui-même à l'appui de son affirmation, soit les ATF 136 III 322, consid. 4.7, 132 III 731, consid. 3.3 ainsi que l'arrêt TF 4C.162/1998 du 11 décembre 1998, consid. 4b (non publié à l'ATF 125 III 86)¹²¹.

L'ATF 136 III 322, consid. 4.7 s'appuie indirectement sur la jurisprudence qui interdit de remettre en cause la qualité pour agir ou, plus précisément, la faculté de conduire le procès comme partie¹²² du créancier colloqué définitivement¹²³. Or, à y regarder de plus près, cette jurisprudence n'évoque pas la nécessité d'une collocation pour intenter l'action de l'art. 757 al. 2 CO¹²⁴. Quant aux arrêts ATF 132 III 731, consid. 3.1 et TF 4C.162/1998 du 11 décembre 1998, consid. 4b (non publié à l'ATF 125 III 86), ils ne fondent qu'un droit, potentiellement anachronique, à la réinscription de la société pour obtenir la cession de la prétention en dommages-intérêts contre les organes. Ils se réfèrent en effet tous deux à l'ATF 110 II 396¹²⁵. Ledit ATF 110 reconnaît bel et bien un droit pour le créancier de faire réinscrire la société dans l'hypothèse d'une suspension de faillite faute d'actifs, aux fins d'obtenir la cession de la prétention en dommages-intérêts contre les organes. Toutefois, cet arrêt a été rendu en 1984, soit à une époque où l'actuel art. 757 al. 2 CO n'existait pas encore¹²⁶. Or, l'art. 756 al. 2 aCO, que l'art. 757 al. 2 CO a remplacé, prévoyait alors qu'en cas de renonciation de l'administration de la faillite d'intenter action, chaque créancier pouvait exiger la cession des droits, ce qui constituait un cas d'application de l'art. 260 LP¹²⁷. Autrement dit, l'ATF 110 II

¹¹² Cf. ATF 141 III 112, consid. 5.2.3, qui confirme la condition de la renonciation de l'administration de la faillite sans poser de condition supplémentaire.

¹¹³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 31 ss ; cf. également BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 31 ss.

¹¹⁴ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 32 ; cf. également PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 18 N 355 selon lequel ce passage renvoie à l'ordre de l'art. 219 LP. La formulation du projet de révision de l'art. 756 al. 2 aCO (FF 1983 979 ss, 1021) était la suivante : « *Le produit de l'action sert à couvrir, selon leur rang, les créances des créanciers demandeurs.* »

¹¹⁵ Voir aussi STOFFEL/CONSTANTIN (FN 3), 293.

¹¹⁶ Cf. CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 40 s. ; voir également : BÖCKLI (FN 114), § 18 N 348 ; TF 4C.263/2004 du 23 mai 2005, consid. 1.2 (non publié à l'ATF 132 III 222).

¹¹⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 27 ; CHK-BINDER/ROBERTO, art. 757 N 13 ; THIERRY LUTERBACHER/CHRISTOPH D. STUDER, in : Willi Fischer/Thierry Luterbacher (édit.), Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zurich/St-Gall 2016, art. 757 N 40.

¹¹⁸ BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 27 ; BÖCKLI (FN 114), § 18 N 350 ; CHK-BINDER/ROBERTO, art. 757 N 13. Voir en particulier ATF 132 III 342, consid. 2.2 ; ATF 111 II 81, consid. 3.

¹¹⁹ Cf. CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 757 N 27.

¹²⁰ TF 4C.362/2006 du 2 mars 2007, consid. 4 : « *Ob die Begründung der Vorinstanz, mangels Kollokation der Anlegerforderungen fehle es an einem Gesellschaftsschaden, im Lichte der mit Berufung dagegen erhobenen Rügen einer Überprüfung durch das Bundesgericht standhält, braucht vorliegend nicht untersucht zu werden.* »

¹²¹ Cf. également *supra* II.3.

¹²² Cf. *supra* V.2.

¹²³ ATF 132 III 342 ; ATF 132 III 564 ; ATF 122 III 195 ; ATF 111 II 81.

¹²⁴ L'ATF 136 III 322, consid. 4.7 se fonde sur l'arrêt TF 5A_720/2007 du 24 avril 2008, consid. 2.3.1 ainsi que sur l'ATF 122 III 195, consid. 9b. L'arrêt TF 5A_720/2007 précité renvoie lui aussi à l'ATF 122 III 195, consid. 9b. L'ATF 122 III 195 (et l'ATF 111 II 81 sur lequel il s'appuie) ne consacre que le principe selon lequel la qualité pour agir d'un créancier colloqué définitivement ne peut être remise en cause dans le cadre de l'action en responsabilité.

¹²⁵ L'ATF 132 III 731, consid. 3.3 – tout comme l'arrêt TF 4C.162/1998 du 11 décembre 1998, consid. 4b (non publié à l'ATF 125 III 86) – se fonde sur l'ATF 110 II 396, consid. 2.

¹²⁶ Rappelons que l'art. 757 al. 2 CO a été introduit lors de la révision du droit de la société anonyme entrée en vigueur en 1992 (RO 1992 733 ss, 778).

¹²⁷ Cf. ATF 117 II 432, consid. 1b/ff : « *Verzichtet die Konkursmasse auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche, so kann gemäss Art. 756 Abs. 2 OR jeder Gläubiger deren Abtretung verlan-*

396 a été rendu à une époque où le créancier ne disposait que de l'art. 260 LP, à l'exclusion de la voie alternative de l'art. 757 al. 2 CO, introduite en 1992¹²⁸.

En conclusion, l'ATF 110 précité n'a selon nous pas la portée que lui prête le Tribunal fédéral dans ses arrêts postérieurs, rendus en application du nouveau droit¹²⁹. Par ailleurs, en exigeant dans tous les cas la collocation du créancier demandeur, notre Haute Cour ne tient pas compte de la *ratio* de l'art. 757 al. 2 CO, en tant que voie distincte de l'art. 260 LP et soumise à des conditions propres.

Quoi qu'il en soit, vu la jurisprudence actuelle et l'avis de la doctrine majoritaire, les créanciers ont tout intérêt, par prudence, à obtenir la collocation de leur créance préalablement à l'introduction de toute action en responsabilité. Ceci implique, lorsque la faillite est suspendue faute d'actifs, de requérir la liquidation de la faillite et de fournir les sûretés exigées pour couvrir les frais de celle-ci. Ils pourront alors obtenir la collocation de leur créance et se faire céder, le cas échéant, le droit d'agir en responsabilité contre les organes selon l'art. 260 al. 1 LP¹³⁰.

4. Répercussions de l'arrêt sur les créanciers colloqués

Bien que l'arrêt précité concerne un cas de faillite suspendue faute d'actifs et des créanciers ayant agi sur la base de l'art. 757 al. 2 CO, la conclusion tirée par le Tribunal fédéral est susceptible de s'appliquer à plus large échelle et donc en particulier aussi aux actions intentées par un créancier colloqué, peu importe que ce soit dans le contexte de l'art. 757 al. 2 CO ou celui de l'art. 260 LP¹³¹.

gen. [...] Die Wirkung der Abtretung besteht vielmehr allein darin, dass dem Gläubiger das Klagerecht der Konkursmasse übertragen wird. Art. 756 Abs. 2 OR stellt insofern, wie RASCHEIN (a.a.O., S. 358 und 361 ff.) zutreffend festhält, lediglich einen Anwendungsfall von Art. 260 SchKG dar. » Voir également : ZK OR-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN (1^e éd.), art. 756 N 2 ss et en particulier N 6.

¹²⁸ Lors de la révision, le message y relatif commentait d'ailleurs ainsi le nouvel art. 757 al. 2 CO : « Art. 757 [...] Le 2^e alinéa remplace le 2^e alinéa de l'article 756 CO est [recte : et] modifie les règles prévues dans le droit en vigueur sur la cession des prétentions en dommages-intérêts. Il est ainsi clairement établi que les actionnaires et les créanciers exercent des droits propres. » Cf. Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, FF 1983 II 757 ss, 965.

¹²⁹ La lecture que font GERICKE/WALLER et BINDER/ROBERTO de cet arrêt, savoir que les droits de l'art. 757 al. 2 CO naissent et persistent même si la faillite de la société est suspendue faute d'actifs apparaît donc extensive sinon anachronique. Cf. BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 26 ; CHK-BINDER/ROBERTO, art. 757 N 14.

¹³⁰ Précisons que, dans le cadre de l'art. 260 LP, seul un créancier colloqué peut obtenir la cession du droit d'agir : ATF 138 III 628, consid. 5.3.2 et références citées ; BSK SchKG-BERTI, art. 260 N 28 ss.

¹³¹ LORANDI (FN 3), 729 reconnaît d'ailleurs la portée plus large de cet arrêt, même s'il envisage un risque d'irrecevabilité pour l'action du créancier cessionnaire, alors que c'est selon nous une sanction de rejet qui menace. Cf. *supra* V.2.

En effet, qu'il intente action sur la base de l'art. 757 al. 2 CO¹³² ou de l'art. 260 LP¹³³, le créancier agit en vertu d'un mandat procédural, en tant que *Prozessstandschafter*, et fait valoir la prétention de la communauté des créanciers, c'est-à-dire de la masse¹³⁴. Aussi, la radiation de la société – pour peu qu'elle ait un effet constitutif et entraîne la perte de la personnalité juridique – a pour conséquence que la prétention déduite en justice n'a plus de titulaire, ce qui entraîne le rejet de l'action.

Une telle conception scellerait le sort de bon nombre de procès en responsabilité en cours, tant il est fréquent dans la pratique que la faillite soit clôturée et la société radiée du registre du commerce, en application des dispositions topiques évoquées ci-dessus, avant l'issue (voire l'entame) des procès en responsabilité intentés contre les organes¹³⁵.

Il n'est toutefois pas certain que le Tribunal fédéral ait souhaité, par cette *ratio decidendi alternativa*, porter un coup aussi dur aux créanciers demandeurs, ni mettre un terme aussi abrupt à une pratique largement répandue, jusqu'alors incontestée et au demeurant accréditée par les dispositions de deux ordonnances du Conseil fédéral¹³⁶.

La question de l'impact de la radiation de la société sur l'action en responsabilité intentée sur la base de l'art. 260 LP a certes été laissée indécidée dans les précédents arrêts du Tribunal fédéral, mais ceux-ci semblaient présager une solution neutre du point de vue de ses effets¹³⁷.

A cela s'ajoute que la disparition de la personnalité lors de la radiation de la société du registre du commerce suppose que cette dernière ait un effet constitutif, question déterminante sur laquelle le Tribunal fédéral est passé sans même évoquer les controverses doctrinales, ni tenir compte de sa jurisprudence passée¹³⁸.

Plus est, l'hypothèse de la radiation de la société nonobstant une procédure intentée par un créancier cessionnaire des droits de la masse est prévue à l'art. 95 OAOF (cf.

¹³² BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 23 ; BÖCKLI (FN 114), § 18 N 348a et références à BERTI et RASCHEIN ; TF 4A_446/2009 du 8 décembre 2009, consid. 2.4 (non publié à l'ATF 136 III 107) ; TF 4A_231/2011 du 20 septembre 2011, consid. 2.

¹³³ BSK SchKG-BERTI, art. 260 N 56 ; BSK SchKG EB-BAUER, art. 260 ad N 4 ; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9^e éd., Berne 2014, § 47 N 32 ; LORANDI (FN 3), 725 ; WALTER STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution – Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3^e éd., Berne 2016, 381 N 117 ; ATF 140 IV 155, consid. 3.4.4 ; ATF 139 III 391, consid. 5.1 ; ATF 139 III 384, consid. 2.2.2 ; ATF 138 III 628, consid. 5.3.2 ; ATF 132 III 342, consid. 2.2 ; ATF 121 III 488, consid. 2a et 2b ; TF 5A_344/2018 du 18 septembre 2018, consid. 4.1.1 (destiné à la publication) ; TF 5A_169/2008 du 29 janvier 2009, consid. 2.3.2 (non publié à l'ATF 135 III 321).

¹³⁴ Cf. *supra* IV.3.2a.

¹³⁵ Cf. *supra* III.1.

¹³⁶ Soit l'art. 95 OAOF et l'art. 159 ORC.

¹³⁷ TF 4A_5/2008 du 22 mai 2008, consid. 1.4 ; TF 4A_231/2011 du 20 septembre 2011, consid. 2.

¹³⁸ Cf. *supra* IV.3.2b.

également art. 83 al. 2 OAOF)¹³⁹. Or, l'art. 260 LP vise à permettre au créancier cessionnaire d'exercer l'action en responsabilité. Dès lors, si la radiation prévue par l'OAOF avant la clôture du procès en responsabilité devait vider celui-ci de sa substance, le droit fédéral se contredirait et il faudrait à n'en pas douter faire primer l'art. 260 LP sur l'art. 95 OAOF, le premier étant de rang supérieur. C'est en tout cas ce que le Tribunal fédéral a suggéré dans l'un de ses arrêts¹⁴⁰.

Enfin, un tel effet lié à la radiation de la société viendrait s'inscrire en porte à faux avec le but consacré par une jurisprudence constante, maintes fois publiée aux ATF, selon laquelle la légitimation active ou, plus précisément, la faculté de conduire le procès comme partie¹⁴¹ du créancier définitivement colloqué ne pourrait être remise en cause dans le cadre du procès en responsabilité contre les organes de la société¹⁴².

Les arguments qui précèdent concernent avant tout l'action du créancier cessionnaire des droits de la masse mais sont transposables *mutatis mutandis* au créancier colloqué agissant sur la base de l'art. 757 al. 2 CO. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs régulièrement déclaré que la voie de l'art. 757 al. 2 CO et celle de l'art. 260 LP étaient matériellement équivalentes, sans toutefois se prononcer quant à la nécessité d'une annonce ou d'une cession à des fins de coordination¹⁴³. Compte tenu de l'incertitude qui règne, il convient de se montrer particulièrement prudent et il semble ainsi préférable d'obtenir la cession selon l'art. 260 LP. Il n'est par ailleurs pas exclu que notre Haute Cour introduise un jour une distinction et décide que seule l'action intentée en vertu d'une cession des droits de la masse (art. 260 LP) reste possible après la radiation de la société.

¹³⁹ Cf. également ATF 127 III 526, consid. 3.

¹⁴⁰ TF 4A_5/2008 du 22 mai 2008, consid. 1.4 : « *Ob es sich mit dem von Art. 260 SchKG und dem Konkursverfahren an sich verfolgten Zweck vereinbaren liesse, die Prozessführungsbefugnis bei Löschung der Gesellschaft im Handelsregister dahinfallen zu lassen, erscheint zweifelhaft.* » Voir également l'avis favorable de BSK SchKG EB-BAUER, art. 260 ad N 35.

¹⁴¹ Cf. *supra* V.2.

¹⁴² ATF 132 III 342, consid. 2.2 ; ATF 132 III 564, consid. 3.2.2 ; ATF 122 III 195, consid. 9b ; ATF 111 II 81, consid. 3a et les nombreuses références citées. Voir également : DANIEL GLASL, *Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess : Auswirkungen der freien Überprüfung von Gläubigerforderungen im Abtretungsprozess auf Aktivlegitimation, Schaden und Verteilung des Prozessergebnisses*, SZW 2005, 157–170, 160 ss.

¹⁴³ Cf. *supra* II.3. et notamment BSK OR II-GERICKE/WALLER, art. 757 N 17 ; TF 4C.263/2004 du 23 mai 2005, consid. 1.2 (non publié à l'ATF 132 III 222). Voir également BÖCKLI (FN 114), § 18 N 348.

5. Mesures à adopter en pratique

5.1 Obtenir la collocation

Nous l'avons vu, la jurisprudence actuelle exige du créancier qui agit en responsabilité en se fondant sur l'art. 757 al. 2 CO qu'il ait été colloqué dans la faillite de la société¹⁴⁴.

Même critiquable, cette jurisprudence a pleinement cours de sorte qu'il convient d'obtenir la collocation de sa créance avant d'entamer une quelconque action en responsabilité contre les organes.

Cette remarque concerne tout particulièrement les cas dans lesquels la faillite a été suspendue faute d'actifs au sens de l'art. 230 LP¹⁴⁵. Confronté à une telle suspension, le créancier devra faire usage des possibilités offertes par l'art. 230 al. 2 LP, soit de requérir la liquidation et de fournir les sûretés exigées pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse. Si le créancier a connaissance de prétentions en responsabilité après l'échéance du délai de recours contre la décision de suspension, il peut requérir la réouverture de la faillite¹⁴⁶. Le créancier pourra également s'opposer à la radiation selon l'art. 159 al. 5 litt. a ORC, en faisant valoir un intérêt digne de protection à la non-radiation, par exemple en raison d'un procès en cours ou d'une liquidation inachevée¹⁴⁷. Seule la poursuite de la procédure de faillite permettra la collocation de sa créance, puis éventuellement la cession du droit d'agir selon l'art. 260 LP.

5.2 Retarder la clôture de la faillite

Dans l'hypothèse où le créancier aurait obtenu la cession des droits de la masse, celui-ci sera bien inspiré de suggérer à l'office des faillites compétent d'inviter le juge à attendre la fin du litige en cours avant de prononcer la clôture de la faillite au sens de l'art. 268 al. 2 LP (art. 95 OAOF)¹⁴⁸.

Bien que l'art. 95 OAOF ne mentionne que les procès exercés en application de l'art. 260 LP, le créancier colloqué qui agirait sur la base de l'art. 757 al. 2 CO pourrait tenter de bénéficier de l'art. 95 OAOF et d'une recommandation favorable de l'office des faillites, mais cela semble très incertain. Il s'agit d'une raison supplémentaire de requérir la cession des droits selon l'art. 260 LP¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Cf. *supra* II.3., IV.3.3. et V.3.

¹⁴⁵ Cf. *supra* III.1.

¹⁴⁶ FRANCO LORANDI, *Wiedereröffnung des Konkurses*, PJA 2018, 56–67, 59 s.

¹⁴⁷ SHK HRegV-RÜETSCHI, art. 159 N 27.

¹⁴⁸ Dans le même sens : LORANDI (FN 3), 732.

¹⁴⁹ Cf. *supra* V.4. *if.*

5.3 Faire réinscrire la société

Dans l'hypothèse où la société aurait déjà été radiée du registre du commerce, le créancier devra introduire une requête en réinscription selon l'art. 164 ORC¹⁵⁰.

Aux termes de l'art. 164 al. 1 ORC, la réinscription de la société peut être requise lorsqu'il est établi de manière vraisemblable qu'il existe encore des actifs qui n'ont pas été réalisés ou distribués après la liquidation de l'entité juridique radiée (litt. a), que l'entité juridique radiée est partie à une procédure judiciaire (litt. b), que la réinscription est nécessaire pour l'adaptation d'un registre public (litt. c) ou, que la réinscription est nécessaire pour que la liquidation de la faillite de l'entité juridique radiée puisse être terminée (litt. d)¹⁵¹. La requête peut être formée par toute personne qui a un intérêt digne de protection (art. 164 al. 2 ORC). Il en va ainsi notamment, selon la jurisprudence, des membres du conseil d'administration, liquidateurs, actionnaires et créanciers¹⁵². Dispose ainsi d'un intérêt à la réinscription de la société le créancier qui souhaite se voir céder le droit d'agir en responsabilité contre un organe¹⁵³.

La procédure de réinscription est de la compétence du tribunal (art. 164 al. 3 et 4 ORC) – à l'exclusion de l'office du registre du commerce – qui a ordonné la liquidation ou qui serait compétent pour l'ordonner¹⁵⁴. Le tribunal prend les mesures nécessaires en cas de carence dans l'organisation de la société (art. 164 al. 3 ORC).

Le cas échéant, il y aura lieu de coordonner la procédure de réinscription avec le délai¹⁵⁵ imparti lors de la cession de l'art. 260 LP pour ouvrir action.

VI. Conclusion

Sous l'apparence d'une jurisprudence anecdotique, l'arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017 pourrait bel et bien souffler un vent révolutionnaire sur les actions en responsabilité intentées après la faillite contre les organes dirigeants. Aux hésitations qui entouraient déjà la na-

ture juridique de l'action prévue aux art. 754 ss CO et la question de l'identité de son titulaire, cet arrêt vient ajouter une couche supplémentaire de difficulté, celle de la radiation de la société, et renforcer un écueil déjà bien établi, celui de la nécessité de la collocation pour exercer l'action de l'art. 757 al. 2 CO. L'action en responsabilité dont disposent les créanciers contre les organes d'une société anonyme s'en trouve ainsi encore davantage compliquée.

Le fait que l'arrêt 4A_384/2016 ne soit pas publié au recueil officiel des ATF et qu'il ne discute pas les questions controversées abordées dans son argumentation – soit en particulier celle, décisive, du caractère constitutif ou déclaratif de la radiation d'une société anonyme – sont autant d'éléments qui laissent à penser que sa portée ne devrait *a priori* pas être surestimée. Il n'est donc pas exclu qu'à l'occasion d'un prochain arrêt, notre Haute Cour aboutisse à une conclusion plus nuancée, voire différente au terme d'une analyse plus approfondie des questions précitées.

Cela étant, en attendant les clarifications complémentaires qu'appelle cette nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, la prudence est de rigueur. Les praticiens seront bien inspirés de s'assurer que la société faillie demeure inscrite au registre du commerce jusqu'à l'issue de l'action en responsabilité, respectivement qu'elle y soit réinscrite dans l'hypothèse d'une radiation prématurée, intervenue avant l'ouverture de l'action.

Compte tenu de l'incertitude qui entoure depuis de nombreuses années la mise en œuvre de l'action en responsabilité et notamment l'articulation entre l'art. 757 CO et l'art. 260 LP – incertitude encore accentuée par l'arrêt 4A_384/2016 comme en témoignent certaines décisions cantonales récentes¹⁵⁶ – il nous semble indispensable que ces questions soient réexaminées en profondeur et la cohérence du système dans son ensemble revue par le législateur.

STOFFEL/CONSTANTIN abondent en ce sens et proposent, par exemple, de modifier l'art. 757 CO pour y préciser que 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'actifs ou en cas d'inaction de l'administration de la faillite¹⁵⁷.

Alors que la révision en cours du droit de la société anonyme semble être l'occasion idéale de mettre à plat les règles actuelles, en vue de clarifier une fois pour toutes la situation, il est regrettable que le flottement entourant l'exercice de l'action en responsabilité, en particulier lorsqu'elle est introduite par un créancier après la faillite

¹⁵⁰ Cf. à cet égard : GWELESSIANI/SCHINDLER (FN 72), N 576 ss ; LORANDI (FN 3), 729 ss ; SHK HRegV-RÜETSCHI, art. 164 N 1 ss ; cf. également TF 4A_412/2013 du 19 décembre 2013, consid. 1 et 2.

¹⁵¹ L'énumération est exhaustive : GWELESSIANI/SCHINDLER (FN 72), N 576 ; SHK HRegV-RÜETSCHI, art. 164 N 11 ; TF 4A_16/2010 du 6 avril 2010, consid. 5.1.1. *Contra* : LORANDI (FN 3), 730 et références citées sous note 64.

¹⁵² ATF 140 III 550, consid. 2.1 ; TF 4A_16/2010 du 6 avril 2010, consid. 2.1 ; cf. SHK HRegV-RÜETSCHI, art. 164 N 23.

¹⁵³ ATF 132 III 731, consid. 3.3 ; ATF 110 II 396, consid. 2 ; LORANDI (FN 3), 730 ; SHK HRegV-RÜETSCHI, art. 164 N 21.

¹⁵⁴ SHK HRegV-RÜETSCHI, art. 164 N 29 ss.

¹⁵⁵ Cf. art. 2 ch. 6 et art. 80 al. 1 OAO ; BSK SchKG-BERTI, art. 260 N 51 ; BSK SchKG EB-BAUER, art. 260 ad N 51, qui précise que l'échéance du délai pour agir n'emporte pas encore extinction du mandat procédural mais qu'une décision explicite de révocation est nécessaire.

¹⁵⁶ Cf. arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois 101 2016 312 du 6 juin 2017, consid. 2c/aa-bb.

¹⁵⁷ STOFFEL/CONSTANTIN (FN 3), 293.

de la société, n'ait pas trouvé écho dans le projet de modification du CO publié en 2017¹⁵⁸. De même, on peut s'étonner que le silence du projet sur ces questions n'ait pas entraîné de réaction particulière auprès des auteurs de doctrine qui se sont penchés sur son contenu¹⁵⁹. Il reste à voir si nos quelques réflexions découlant de l'arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017 permettront de susciter un débat de fond qui soit à la hauteur de l'importance que le sujet revêt pour la pratique. Dans la configuration actuelle, il est, en tous les cas, difficilement acceptable, du point de vue des créanciers lésés et notamment sous l'angle de la prévisibilité du droit, que leurs démarches judiciaires destinées à obtenir réparation puissent se heurter à autant d'obstacles procéduraux¹⁶⁰. La situation est d'autant plus insatisfaisante que ces obstacles résultent, paradoxalement, de l'application conforme des dispositions topiques de l'OAOF et de l'ORC réglant la clôture de la faillite et ses effets.

¹⁵⁸ Voir l'objet 16.077 et notamment le projet de modification du CO du Conseil fédéral (FF 2017 625 ss) ainsi que le Message y relatif (FF 2017 353 ss).

¹⁵⁹ Voir notamment : PETER FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht ?, in : Peter R. Isler/Rolf Sethe (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII*, Zurich 2016, 185–233 ; PETER BÖCKLI, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, *GesKR* 2017, 133–151 ; DIETER GERICKE ET AL., Aktienrechtsentwurf 2016 : Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, *GesKR* 2017, 25–46.

¹⁶⁰ Dans le même sens : STOFFEL/CONSTANTIN (FN 3), 293.