

**Neuere Tendenzen
im Gesellschaftsrecht**

Festschrift

für

Peter Forstmoser

Schulthess 

Mise en œuvre des prétentions en responsabilité des créanciers et exécution forcée

Table des matières		Page
I.	Introduction	479
II.	La mise en œuvre des prétentions en responsabilité: quelques aspects	483
	1. La réparation du dommage social	483
	2. Le concours des prétentions	490
	3. La réparation du dommage direct des créanciers	495
III.	Remarques finales	495

I. Introduction

La mise en œuvre des actions en responsabilité contre les administrateurs en cas de faillite d'une société anonyme est un sujet prisé qui donne lieu à des discussions nourries en doctrine et en jurisprudence. Les diverses contributions sur ce thème dans ces mélanges en attestent, de même que les ouvrages consacrés par PETER FORSTMOSER à cette question¹. Les réflexions sur ce sujet sont alimentées par une réglementation légale qu'il a décrite comme lacunaire et contradictoire². Les questions les plus controversées touchent notamment à la nature juridique de l'action en responsabilité des actionnaires et des créanciers.

La révision du droit de la société anonyme en 1992, puis celle plus récente de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite en 1997 de même que les arrêts récents du Tribunal fédéral³, n'ont pas apporté de réponses univoques à ces questions. Cet élément m'incite, en guise d'hommage à PETER FORSTMOSER, à examiner à mon tour quelques-unes de ces questions à l'intersection du droit matériel, de la procédure et

¹ Notamment: PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 36; PETER FORSTMOSER/ANNE HÉRITIER LACHAT, *La responsabilité civile*, FJS 406; PETER FORSTMOSER, *La responsabilité du réviseur en droit des sociétés anonymes*, Zurich 1997; PETER FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2^e éd. Zurich 1987.

² FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, 91 s.

³ ATF 128 III 180 c. 2c (fr.); ATF 127 III 374 c. 3b, §J 2002 I 24; ATF 125 III 86, JT 2001 I 73.

de l'exécution forcée en me limitant à l'action des créanciers⁴ dans la faillite d'une société⁵.

A la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral⁶, trois situations se présentent en pratique, dans lesquelles les créanciers d'une société en faillite peuvent subir des dommages du fait qu'un organe exécutif enfreint ses devoirs:

- 1) Il arrive tout d'abord que les actes ou omissions fautifs des organes portent une atteinte directe au patrimoine social; il en va ainsi de l'administrateur qui dispose des actifs sociaux en sa faveur et sans contre-prestation équivalente à la société qui est ainsi directement lésée⁷. Lorsque cette diminution du patrimoine social conduit à la faillite, les créanciers subissent un préjudice parce que leurs créances contre la société débitrice ne sont plus couvertes et que la société n'est plus en mesure d'exécuter ses obligations⁸. Ce préjudice est toutefois purement réflexe à celui de la société. Il est **indirect** ou encore secondaire selon les différentes terminologies consacrées⁹.
- 2) Il se peut ensuite que, par un même comportement fautif, l'administrateur cause **en même temps** des préjudices distincts à la société et aux créanciers. Par exemple, l'omission de prendre des mesures d'assainissement au sens de l'art. 725 CO est propre à augmenter les pertes de la société, ce qui cause un **dommage direct** à la société et un **dommage réflexe** aux créanciers en cas de faillite de la société¹⁰.

⁴ L'action des actionnaires présente moins d'intérêt pratique et il en existe peu d'exemple dans la jurisprudence. En effet, hors faillite, l'actionnaire peut certes agir en réparation du dommage subi par la société, mais il doit conclure au paiement de dommages-intérêts à la société. Dans la faillite, le produit de l'action sert d'abord à désintéresser les créanciers demandeurs (CO 757 II). Voir LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, RDS 2000 135 ss, 174 ss.

⁵ On applique les mêmes règles à l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs partiel, pour autant que les prétentions en responsabilité fassent partie des valeurs patrimoniales cédées aux créanciers en vue de liquidation (LP 325 et 269), ce qui requiert d'interpréter le concordat: ATF 122 III 166 c. 3c, JT 1998 II 130.

⁶ Voir note 3 ci-dessus et les arrêts cités ci-après.

⁷ RJJ 1999 214 (TF).

⁸ Message concernant la révision du droit des sociétés anonyme du 23 février 1983, no 362 ad art. 757; ATF 128 III 180 c. 2c. Avant la faillite, même si les organes ont contrevenu à leurs devoirs envers la société et les créanciers sociaux et que leurs actes ont une incidence négative sur le patrimoine de la société, les créanciers n'en subissent aucun préjudice. Ils ont une créance contre la société.

⁹ ATF 122 III 176 c. 7b; FORSTMOSER/LACHAT, FJS, 2.

¹⁰ Cette omission n'entraîne pas toujours un dommage à la société: il arrive aussi qu'entre le moment où le surendettement aurait dû être constaté et l'ouverture de la faillite, les pertes de la société diminuent: *Masse en faillite Gamma c. Delta*, arrêt du TF du 31 décembre 1998 non publié, cité par ALAIN HIRSCH, La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité de la SA: dommage direct et dommage indirect des créanciers, RSDA 2000 94 ss, 97 s. Cet arrêt concerne un cas de responsabilité des réviseurs.

Mais cette même omission est également apte à causer des **préjudices distincts** à certains créanciers sociaux, qui ne se confondent pas avec le dommage social. L'exemple classique est celui des bailleurs de fonds qui octroient des crédits à la société après le moment du surendettement: la société ne subit pas de préjudice du fait qu'elle assume de nouvelles obligations (à savoir celles de rembourser les crédits) si elle reçoit des actifs équivalents à ses dettes. Les bailleurs de fonds subissent cependant un dommage au moment où ils contractent avec la société surendettée parce que les perspectives de remboursement sont atténuées, sinon nulles. Dans cet exemple, les dommages des créanciers ne coïncident pas avec celui de la société, bien qu'ils dépendent de la situation patrimoniale de celle-ci¹¹.

Une partie de la doctrine qualifie ce dommage des créanciers bailleurs de fonds de «direct» parce qu'il ne se confond pas avec le dommage social¹². Pour le Tribunal fédéral, en revanche, ce préjudice des créanciers est **indirect** parce qu'il résulte de la violation d'une norme du droit des sociétés qui a pour but de protéger à la fois les intérêts de la société et des créanciers sans égard à la masse de biens qui est atteinte par l'acte fautif en cause¹³. L'exemple susmentionné nous montre cependant que la violation d'une norme de double protection peut causer des dommages aux créanciers qui ne sont pas purement réflexes au préjudice social. Le qualificatif d'indirect ne rend pas compte de cette situation. Pour cette raison, j'utiliserai ci-après les termes de **dommages distincts des créanciers**, qui indiquent bien que ces préjudices ne se recouvrent pas avec ceux de la société, pour éviter des confusions avec la terminologie actuelle du Tribunal fédéral.

- 3) Enfin, l'administrateur peut causer un **dommage direct** aux créanciers. Selon la jurisprudence actuelle, le dommage est direct lorsqu'il résulte de la violation par l'administrateur d'une norme du droit des sociétés anonymes conçue *exclusive-ment* pour protéger les créanciers (par exemple l'interdiction de la répartition du produit de liquidation selon l'art. 744 II CO)¹⁴ ou lorsque l'obligation de réparer

¹¹ Voir ATF 127 III 374, SJ 2002 I 24; ATF 122 III 176; HIRSCH, 99.

¹² Voir en particulier FORSTMOSER, Responsabilité des réviseurs, nos 319 ss; HIRSCH, 98 ss.

¹³ ATF 117 II 432, JT 1993 I 72 et JT 1993 II 154. Cet arrêt marque un changement de jurisprudence. Le Tribunal fédéral y juge que la distinction entre dommage direct des créanciers et dommage indirect n'est plus, comme par le passé, fonction de la masse de biens qui a été affectée directement par le dommage ou du point de savoir si les actes générateurs de responsabilité ont conduit à une atteinte au patrimoine de la société et, par effet réflexe, sur celui des créanciers. Seul est décisif le but de protection de la norme dont la violation est reprochée aux organes. Cette jurisprudence fait l'objet de nombreuses critiques: voir notamment PETER WIDMER/OLIVER BANZ, Obligationenrecht II, 2^e éd., Bâle 2002, nos 17 ss ad art. 754; GLANZMANN, 168 s.; ROLF WATTER/ROLAND TRUFFER, Jurisprudence, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, PJA 1996, 1573 ss, 1582; RITA TRIGO TRINDADE, La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du tribunal fédéral, SJ 1998 1 ss, 5 s.

¹⁴ ATF 128 III 180 c. 2c; ATF 122 III 189.

se fonde sur un autre comportement illicite de l'organe au sens de l'art. 41 CO ou encore sur un état de fait qui relève de la *culpa in contrabendo*¹⁵. L'exemple topique est celui du créancier qui accorde un crédit à la société sur la base d'un faux-bilan ou de faux renseignements sur la situation financière de celle-ci¹⁶.

La distinction opérée par le Tribunal fédéral entre dommage direct et indirect des créanciers est essentielle, car elle détermine la qualité pour faire valoir en justice les prétentions en responsabilité contre les administrateurs. Selon la jurisprudence actuelle, le créancier victime d'un dommage direct peut agir contre l'administrateur responsable en tout temps pour obtenir réparation de son propre préjudice, que la société soit ou non en faillite¹⁷. Lorsque son dommage est seulement indirect, il n'a pas de prétention à faire valoir tant que la société n'est pas en faillite¹⁸. Seule la société est admise à agir en responsabilité contre les organes exécutifs défaillants, pour autant que l'assemblée générale ne leur ait pas donné décharge conformément à l'art. 758 CO¹⁹. Lorsque la faillite de la société a été prononcée, l'action en responsabilité est exercée par l'administration de la faillite. Les créanciers qui subissent un **dommage indirect** n'ont pas de droit d'action individuel et ne sont admis à agir que sur la base d'un mandat procédural, c'est-à-dire en qualité de cessionnaires des droits de la masse; ils pourront alors réclamer réparation de tout le dommage causé directement à la société et indirectement à ses créanciers²⁰.

J'examinerai ci-après les conséquences de cette jurisprudence dans les trois situations décrites ci-dessus sous l'angle de la qualité pour agir, du montant des dommages réparables et du régime des exceptions.

¹⁵ ATF 128 III 180; ATF 127 III 374 c. 3b.

¹⁶ ATF 122 III 176 c. 7b, 192; GVP SG 2000 114.

¹⁷ ATF 127 III 374 c. 3a, SJ 2002 I 24.

¹⁸ La survenance de l'insolvabilité ne suffit pas en soi à faire naître ce droit: ATF 122 III 166 c. 3b bb), JT 1998 II 130.

¹⁹ SJ 1999 I 481, c. 2b, bb), p. 484 (TF).

²⁰ ATF 128 III 180 c. 2c.; ATF 127 III 374 c. 3b, SJ 2002 I 24; ATF 125 III 86, JT 2001 I 73. Ces décisions ont été rendues après l'entrée en vigueur du nouveau droit de la SA, mais en application de l'ancien droit. Toutefois, le TF ne fait pas de réserve quant à une solution différente selon le nouveau droit. A l'ATF 128 III 180 c. 2c in fine, il se réfère même à l'art. 757 II CO à l'appui de la distinction entre dommage direct et indirect, de sorte qu'il y a lieu de penser que la jurisprudence actuelle s'applique aussi au nouveau droit.

II. La mise en œuvre des prétentions en responsabilité: quelques aspects

1. La réparation du dommage social

A. La qualité pour agir de l'administration de la faillite

Lorsque les créanciers subissent un pur dommage *réflexe* à celui de la société, ils n'ont pas, dans la faillite, de droit d'action individuel en réparation du dommage social contre les administrateurs. La qualité pour agir appartient exclusivement à l'administration de la faillite. Selon la théorie de l'*Ablösung* adoptée par le Tribunal fédéral, à l'ouverture de la faillite, l'action sociale est remplacée par le droit (distinct) de l'ensemble des créanciers qui font valoir le dommage subi par la société²¹. Les créanciers n'ont pas de prétentions individuelles fondées sur le dommage social²². La nature de cette action a fait l'objet de vives controverses, sur lesquelles il n'y a pas lieu de revenir pour les besoins de cet exposé²³. On notera simplement que l'exclusion du droit d'action individuel des créanciers est conforme aux principes généraux du droit de l'exécution forcée. En effet, les prétentions en responsabilité de la société contre ses organes tombent dans la masse active, laquelle est gérée par l'administration de la faillite, représentante de la communauté des créanciers. Les créanciers n'ont pas de droit individuel sur les biens de la masse, qu'ils seraient admis à faire valoir personnellement²⁴.

Le produit de l'action en responsabilité sert à désintéresser les créanciers selon leurs classes. Dans la plupart des cas, la couverture d'assurance de l'administrateur responsable constitue la plus grande ou la seule partie des fonds d'indemnisation, qui risquent ainsi d'être insuffisants pour couvrir toutes les prétentions en responsabilité. Le fait d'accorder aux créanciers un droit d'action individuel contre l'administrateur responsable distrairait un actif de la masse au profit des premiers d'entre eux qui

²¹ ATF 127 III 374, SJ 2002 I 24; ATF 117 II 432, JT 1993 I 72 et JT 1993 II 154 ss. Auparavant, le Tribunal fédéral admettait que l'action du créancier cessionnaire avait un double fondement: celui-ci exerçait les droits que la société en faillite pouvait faire valoir contre ses administrateurs du chef de leur responsabilité (action sociale) ainsi que son dommage indirect qu'il subissait comme créancier de la société. Selon la nouvelle jurisprudence, ces actions ne reposent pas sur deux fondements différents, mais sur un seul, à savoir sur le droit de l'ensemble des créanciers: ATF 122 III 176 c. 7a.

²² HARALD BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Thèse Zurich 2001, 159.

²³ Voir, parmi beaucoup d'autres, WIDMER/BANZ, *Obligationenrecht II*, 2^e éd., Bâle 2002, n^{os} 4 ss ad 757; BÄRTSCHI, 155 ss et les nombreuses références citées: PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, n^{os} 2018 s.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, nos 41 ss.

²⁴ Voir PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Lausanne 1993, 293 ss; WALTER STOFFEL, *Voies d'exécution*, Berne 2002, 278 ss.

obtiendraient gain de cause. Un tel privilège serait contraire aux principes généraux de l'exécution forcée ainsi qu'au texte clair de l'art. 757 I CO. En outre, si chaque créancier était légitimé à agir individuellement, plusieurs actions parallèles pourraient être pendantes sur le même objet. Les créanciers feraient valoir le même droit matériel, à savoir les prétentions en réparation du dommage subi par la société. Même s'ils limitaient le procès au montant de leur propre créance individuelle, les mêmes questions de fait et de droit se poseraient dans chaque procès, ce qui créerait un risque de jugements inconciliables. Ce risque est accru par le fait que ces actions pourraient être intentées à des fors différents selon l'art. 29 LFors²⁵. Enfin, l'existence de nombreuses actions parallèles empêche parfois un règlement amiable du litige²⁶. Toutes ces raisons justifient d'accorder à l'administration de la faillite le droit de faire valoir les prétentions en responsabilité contre les organes et non pas aux créanciers individuellement.

B. La qualité pour agir des créanciers

Aux termes de l'art. 757 II CO, «*si l'administration de la faillite renonce à exercer ces droits, tout actionnaire ou créancier social peut le faire*». Les rapports entre cette disposition et l'art. 260 LP sont très controversés en doctrine²⁷. La question se pose, notamment, de savoir si l'administration de la faillite peut céder le droit d'agir aux créanciers qui en font la demande selon les modalités de l'art. 260 LP ou si la qualité pour agir des créanciers repose exclusivement sur l'art. 757 II CO, auquel cas chaque créancier social pourrait agir sans cession dès que l'administration de la masse renoncerait à exercer elle-même ces droits²⁸. La jurisprudence fédérale récente, rendue encore principalement en application de l'ancien droit, n'a pas pris expressément position sur cette question²⁹.

²⁵ L'art. 36 LFors pourrait éventuellement permettre de consolider les actions à un seul for, mais cette disposition suppose que toutes les actions soient pendantes en même temps.

²⁶ HIRSCH, 99.

²⁷ Voir notamment WIDMER/BANZ, nos 34 ss ad 757; BÄRTSCHI, 167 ss et les références citées; WALTER STOFFEL, *Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit*, in *La responsabilité des administrateurs*, Schriften zum neuen Aktienrecht, Zurich 1994, 15 ss, 32 ss.

²⁸ Cette solution est soutenue, notamment, par BÄRTSCHI, 159; BÖCKLI, no 2009 et STOFFEL, 33 ss. Pour ce dernier auteur, l'administration de la faillite pourrait renoncer en tout temps à l'action, mais la décision finale appartiendrait à la 2^e assemblée des créanciers.

²⁹ La plupart des décisions récentes (encore fondées sur l'ancien droit) relèvent que le créancier cessionnaire qui agit en réparation du dommage indirect se fonde sur une cession des droits de la masse: RJJ 2000 135 (TF); ATF 128 III 180. Dans ce dernier arrêt (c. 2c) ainsi que dans une décision non publiée du 12 février 2002 (4C.130/2001, c. 2b), le TF se réfère à l'art. 757 II CO (aux côtés des art. 260 LP et 756 II aCO) à l'appui de son affirmation selon laquelle le créancier social ne peut agir qu'en qualité de cessionnaire des droits de la masse. Il semble ainsi admettre implicitement que l'art. 757 II CO requiert également une cession.

Elle doit être résolue à la lumière des intérêts divergents liés à la mise en œuvre des prétentions en réparation du dommage social et des réflexions qui précèdent. Le fait d'admettre, sur la base de l'art. 757 II CO, un droit d'action individuel des créanciers qui subissent un pur dommage réflexe entraînerait les mêmes inconvénients que ceux évoqués précédemment. Il est donc nécessaire de coordonner ces actions afin d'assurer une unité de jugement et une répartition équitable des fonds. Le Tribunal fédéral a jugé que les créanciers cessionnaires qui font valoir les droits de la masse selon l'art. 260 LP forment une consorité nécessaire (improprement dite) laquelle assure une unité de procédure et de jugement³⁰. Cet arrêt ne concerne pas un cas de responsabilité des administrateurs. Cependant, les mêmes principes devraient s'y appliquer, par identité de motifs, puisque les prétentions en responsabilité appartiennent à l'ensemble des créanciers. Le fait que l'art. 757 II CO prévoit simplement que l'administration de la faillite renonce à faire valoir elle-même les prétentions en cause et n'exige pas expressément de «cession» ne change en rien la nécessité d'assurer une application uniforme du droit matériel et d'empêcher qu'un actif soit distrait au profit des premiers créanciers qui auraient obtenu gain de cause. Il s'ensuit que les créanciers ne devraient être admis à agir selon l'art. 757 II CO qu'en qualité de Consorts nécessaires. Deux solutions sont envisageables: l'on pourrait considérer soit que l'art. 757 II CO impose une consorité nécessaire selon le droit matériel, soit qu'il constitue un cas d'application de l'art. 260 LP comme l'a jugé le Tribunal fédéral sous l'ancien droit³¹. Cette dernière solution présente plusieurs avantages pratiques: il incomberait en effet à l'administration de la masse (et non pas aux créanciers individuellement) de prendre les mesures nécessaires pour assurer la mise en œuvre commune du procès, notamment en avisant tous les créanciers de la possibilité de requérir la cession et en leur fixant un délai pour la demander³². L'identité des créanciers cessionnaires serait connue et l'action commune en serait facilitée. Il en irait autrement si les créanciers devaient eux-mêmes entreprendre les démarches pour coordonner leurs actions³³.

La question est également controversée de savoir si la suspension de la faillite faute d'actif équivaut à une renonciation de l'administration de la faillite au sens de l'art. 757 II CO. Cette solution permettrait aux créanciers d'agir individuellement sans avoir à procéder au préalable à l'avance de frais nécessaire à une liquidation ordinaire

³⁰ ATF 121 III 488 c.2e; voir aussi FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, tome I, Berne 2001, n^o 540 ss.

³¹ RJJ 2000 135 (TF); RJJ 1999 214 (TF); ATF 122 III 166 c. 3a, JT 1998 II 130; ATF 117 II 432, c. 1b/ff. Le TF semble implicitement admettre la même solution sous l'empire du nouvel art. 757 II CO: voir ci-dessus note 29.

³² La cession requiert une décision de la masse, qui peut être provoquée par voie de circulaire en procédure de liquidation sommaire: ATF 118 III 57 c. 3 (fr.).

³³ Voir MATTHEW REITER, *Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren*, 4. Zürcher Konferenz zum internationalen Wirtschaftsrecht: Verantwortlichkeitsrecht, 2002, p. 15.

(art. 230 II LP). Une cour cantonale au moins a considéré que la suspension de la faillite faute d'actif ne vaut pas renonciation au sens de l'art. 757 II CO, au motif que cette disposition requiert l'existence d'une procédure de faillite³⁴. A mon avis, cette solution doit être saluée, pour les mêmes raisons que celles invoquées précédemment. La mise en œuvre du dommage social requiert de coordonner les actions individuelles des créanciers. En l'absence de règles de procédure posées à cet effet par l'art. 757 CO, seule la procédure de liquidation sommaire ou ordinaire de la faillite offre le cadre nécessaire pour constituer une communauté organisée des créanciers.

Ce n'est au plus que si l'administration de la faillite renonce à exercer ces droits et qu'aucun créancier ne demande la cession dans le délai imparti à cet effet que chaque créancier social peut agir individuellement et être désintéressé en priorité sur le produit du procès conformément à l'art. 757 II CO. Cette disposition prime sur l'art. 260 LP en ce sens que l'administration de la faillite n'est plus admise à vendre la prétention aux enchères³⁵. Il ne paraît pas inéquitable de permettre des actions individuelles lorsqu'aucun créancier n'a demandé la cession des droits de la masse: on peut admettre dans ce cas que les créanciers acceptent les éventuels inconvénients liés à des procès séparés.

C. L'évaluation du dommage social

L'administration de la faillite, respectivement le créancier cessionnaire, fait valoir le dommage social, lequel se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette de la société. Il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine de la lésée et le montant qu'atteindrait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit³⁶. Il peut s'agir d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif (conclusion, aux dépens de la société, d'obligations non couvertes³⁷), d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif. S'il est reproché à l'administrateur d'avoir violé les règles de l'art. 725 CO, le demandeur devra alléguer et établir quel serait l'état du patrimoine de la société si le défendeur n'avait pas commis les violations de ses devoirs qui lui sont reprochées. Le montant

³⁴ RJN 1997 131, avec analyse critique de RUEDIN, qui estime pour sa part que la suspension de la faillite faute d'actif permet aux créanciers de faire valoir eux-mêmes leurs droits. Dans le même sens que lui, STOFFEL, 34.

³⁵ WIDMER/BANZ, no 17 ad 757.

³⁶ ATF 128 III 180 c. 2d (fr.). Le fait de savoir s'il y a eu dommage et quelle est sa quotité sont des questions de fait que le Tribunal fédéral ne peut pas revoir en instance de réforme: ATF 128 III 180 c. 2d; ATF 127 III 73 c. 3c et 4a. Le TF n'intervient que si l'instance cantonale a méconnu la notion juridique de dommage ou si elle a violé des principes juridiques relatifs au calcul du préjudice: ATF 127 III 453 c. 5.c (fr.).

³⁷ ATF 127 III 374 c. 3e.

du dommage peut être estimé en fonction de la vraisemblance de la faillite dans le cas où les mesures d'assainissement auraient été prises en temps opportun; on se demandera aussi dans quelle mesure le dommage aurait pu être empêché si les mesures d'assainissement adéquates avaient été prises en temps opportun³⁸.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est toutefois apparemment écarté de cette règle en approuvant la décision de l'autorité cantonale selon laquelle le dommage causé à la société en faillite «est équivalent au total des créances admises à l'état de collocation [(...)], le dommage subi par la société se confondant avec celui subi indirectement par l'ensemble des créanciers³⁹». Le Tribunal fédéral ne s'étend pas sur la nature des normes dont la violation est reprochée à l'administrateur défendeur ni sur celle du dommage invoqué. On peut toutefois déduire des considérants que cette affaire concerne un cas de pur **dommage social**: le préjudice des créanciers découle directement du fait que l'administrateur a vidé la société de sa substance. Certes, le résultat était justifié en l'espèce: le dommage subi par la société englobait les obligations qui n'étaient plus couvertes (la commission due aux créanciers) suite à l'utilisation des actifs sans contre-prestation correspondante. Mais il était en réalité plus important et correspondait à la valeur totale des actifs distraits.

En outre, les principes formulés par le Tribunal fédéral dans cet arrêt sont critiquables car trop généraux. Il est en effet manifeste que les dettes de la société (à savoir ses obligations non exécutées envers les créanciers sociaux) ne constituent pas en soi une diminution du patrimoine social⁴⁰. Les créances portées à l'état de collocation donnent la mesure des pertes subies par les créanciers du fait que la société en faillite n'est plus en mesure d'exécuter ses obligations (lesquelles sont converties en dommages-intérêts positifs). Elles ne se confondent pas forcément avec la diminution de la fortune nette de la société qui résulte des agissements fautifs des administrateurs.

Il incombe à l'administration de la faillite demanderesse d'établir le dommage subi par la société et le lien de causalité entre le comportement reproché à l'admini-

³⁸ GVP SG 2000 120.

³⁹ RJJ 1999 214, 216 (TF). L'état de fait était le suivant: la société s'était engagée à verser une commission de DM 500'000 à deux personnes en raison de la vente d'un immeuble. Le produit de cette vente, de plus de CHF 2'600'000, avait été versé à la société. L'administrateur avait transféré ensuite CHF 1,2 millions à une compagnie tierce sans justificatif et viré d'autres montants sur son propre compte alors qu'ils ne correspondaient pas à des travaux d'administration ou de comptabilité qu'il aurait effectués pour la faillite. La faillite de la société a été prononcée alors qu'elle n'avait plus aucun actif. Les créanciers de la commission précitée produisirent leur créance en paiement de la commission dans la faillite et se firent céder les actions en responsabilité contre les administrateurs. Ils ouvrirent ensuite action contre l'administrateur en paiement du montant de leur créance. Les juges cantonaux, sur la base de l'art. 42 II CO, ont fixé le dommage causé *directement à la société* au montant correspondant au total des créances admises à l'état de collocation. Le TF confirma cette décision.

⁴⁰ HIRSCH, 100.

nistrateur et ce préjudice. L'état de collocation peut servir d'indice de l'existence du dommage allégué selon l'art. 42 II CO, comme l'a admis le Tribunal fédéral, mais cette disposition ne dispense pas la demanderesse d'apporter tous les éléments possibles pour établir l'existence d'un tel dommage et pour l'évaluer⁴¹; elle ne peut se borner à se référer au découvert résultant de l'état de collocation car celui-ci n'équivaut pas forcément au dommage social. Il en va de même si l'action est exercée par un créancier cessionnaire; celui-ci est libre de limiter le montant litigieux à sa propre créance, mais il n'en exerce pas moins les droits de l'ensemble des créanciers et non son droit individuel⁴². Il devra ainsi prouver l'existence du **dommage social** à concurrence de la somme dont il réclame réparation.

D. Les exceptions opposables

Selon le Tribunal fédéral, la cession, qu'elle soit fondée sur l'ancien art. 756 II CO ou sur l'art. 260 LP, a pour effet de transférer au créancier le droit d'action en responsabilité appartenant à la masse. Par conséquent, le créancier cessionnaire agit, comme le ferait la masse, en vertu du droit compétant à l'**ensemble des créanciers**⁴³. Il en tire la conclusion que les *exceptions* que les organes responsables pouvaient opposer à la prétention de la société jusqu'à l'ouverture de la faillite ou contre certains créanciers pris individuellement *ne sont pas opposables à une telle action*⁴⁴. En particulier, l'administrateur défendeur ne peut pas opposer au demandeur la *décharge* que la société lui a donnée ou se prévaloir du *consentement* de la société aux actes dommageables de ses organes. Un tel consentement a une portée purement interne et ne saurait être invoqué que contre la société elle-même lorsque celle-ci s'en prend hors faillite à ses organes, mais non aux prétentions collectives des créanciers après l'ouverture de la faillite⁴⁵. L'inopposabilité de la décharge aux prétentions en responsabilité après la faillite est largement admise en jurisprudence et en doctrine⁴⁶.

Le Tribunal fédéral a également précisé que le défendeur ne saurait opposer au créancier cessionnaire les exceptions dont il disposerait contre lui ou contre d'autres créanciers personnellement⁴⁷. A mon sens, ce principe doit être nuancé en distinguant les exceptions tirées du droit de l'exécution forcée et celles fondées sur le droit matériel:

Tout d'abord, il est correct d'admettre que l'administrateur défendeur à l'action en responsabilité ne puisse pas disputer la qualité de créancier (et partant de cessionnaire) du demandeur, ni des autres créanciers portés à l'état de collocation⁴⁸. De même, il ne saurait remettre en cause le **montant** et le **rang** des créances colloquées en tant qu'elles déterminent la participation des créanciers au produit de liquidation⁴⁹. En effet, il n'est pas possible de contester la validité de l'état de collocation dans le cadre du procès en responsabilité, car leurs objets sont différents. L'état de collocation détermine quels créanciers participeront à la distribution du produit de liquidation, selon quel rang et quel montant, mais il n'a pas autorité de la chose jugée quant à l'existence des créances annoncées en-dehors de la procédure de faillite en cause⁵⁰. Si l'administrateur défendeur entend contester la collocation d'une créance (et, partant, le droit du créancier de participer à la distribution des deniers en proportion de sa créance), il doit le faire cas échéant par une action en contestation de l'état de collocation, qu'il ne peut intenter que s'il est lui-même créancier colloqué⁵¹.

En revanche, le juge civil n'est pas lié par l'état de collocation pour vérifier si les conditions des art. 754 ss CO sont remplies⁵². Toute autre solution reviendrait à méconnaître la portée limitée de l'état de collocation et à étendre indûment les effets de la faillite sur le droit matériel de la responsabilité des administrateurs. En particulier, le défendeur doit être autorisé à se prévaloir de tout élément propre à influencer sur l'existence et le montant du dommage ou de son obligation de réparation. Ainsi, une cour cantonale a admis à juste titre qu'un administrateur défendeur puisse se prévaloir du consentement éventuel du créancier cessionnaire à la lésion (art. 44 CO), alors que ce dernier avait contracté avec la société en difficulté en toute connaissance de cause et avait néanmoins accepté de lui livrer des marchandises qui sont restées impayées⁵³.

⁴¹ ATF 122 III 219 c. 3a, JT 1997 I 246.

⁴² ATF 122 III 176 c. 7a.

⁴³ ATF 117 II 432, JT 1993 I 72 ss et II 154.

⁴⁴ RJJ 1999 214; ATF 122 III 195 c. 9a (fr.); ATF 122 II 166, JT 1998 I 130.

⁴⁵ ATF 117 II 432, c. 1 b) gg), JT 1993 I 72.

⁴⁶ ROLF RASCHER, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in Centenaire de la LP, Zurich 1989, 357 ss, 363; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 n° 128 ss. Même les auteurs qui admettent que l'administration de la faillite fait valoir la prétention de la société elle-même sont d'avis que la décharge ou le consentement de la société ne lui est pas opposable: BÄRTSCHI, 184. Cette solution est conforme à la volonté du législateur: le message à l'appui de la révision du droit de la SA, no 363, précise que la décharge n'a aucun effet sur le droit des créanciers sociaux d'agir en justice.

⁴⁷ RJJ 2000 135 c. 4.

⁴⁸ ATF 122 III 195 c. 9b (fr.); ATF 111 II 81, JT 1985 I 576. Voir aussi GVP SG 2000 p. 116 s.

⁴⁹ ATF 111 II 81, JT 1985 I 576: on ne peut pas remettre en question, dans le procès en responsabilité, l'état de collocation passé en force; STOFFEL, Klagen und Einreden, 38.

⁵⁰ ATF 122 III 195 c. 9b; GVP SG 2000 116 s.

⁵¹ REITER, 13; ATF 111 II 81 c. 3a.

⁵² GVP SG 2000 116 s.

⁵³ RJN 1998 96 (2^e Cour civile, nouveau droit).

2. Le concours des prétentions

A. La qualité pour agir de l'administration de la faillite

a) En cas de concours de prétentions

Selon la jurisprudence actuelle, l'administration de la faillite a seule le droit de faire valoir en justice les prétentions en responsabilité contre les organes lorsque, par un même comportement qui viole une norme de double protection, celui-ci cause des dommages distincts aux créanciers et à la société. Le Tribunal fédéral exclut dans un tel cas tout concours entre l'action personnelle des créanciers en réparation de leurs propres dommages et celle de l'administration de la faillite en réparation du préjudice subi par la société⁵⁴. On peut se demander si cette limitation du droit d'agir des créanciers est bien compatible avec l'art. 757 I CO, dont le titre marginal se réfère au *dommage subi par la société* et semble donc viser le pur dommage réflexe des créanciers. Cette solution se justifie cependant au regard des conflits d'intérêts potentiels qui naissent, à l'ouverture de la faillite, entre la communauté des créanciers et ceux qui ont subi un dommage distinct. Les créanciers sociaux, renvoyés à leur dividende dans la faillite de la société, seront tentés de se retourner contre l'administrateur responsable, par hypothèse plus solvable, pour obtenir une indemnisation supplémentaire. L'administration de la faillite, quant à elle, recherchera également les organes de la société en responsabilité si leurs mêmes actes ou omissions ont conduit à une diminution de la fortune de la société. Elle ne pourra toutefois pas agir avant la 2^e assemblée des créanciers (en liquidation ordinaire), alors que les créanciers seraient libres d'intenter action une fois la faillite prononcée dès que le découvert serait déterminable⁵⁵. Si les créanciers sociaux étaient admis à ouvrir action individuellement, il existerait un risque que les premiers d'entre eux qui obtiendraient gain de cause épuisent les fonds d'indemnisation au détriment de la communauté des créanciers; un tel résultat est inéquitable lorsque les créanciers et la société pâtissent tous des mêmes actes ou omissions des organes⁵⁶. En outre, si l'on admettait des actions parallèles, il faudrait déterminer les effets de l'extinction de l'une sur les autres⁵⁷.

La canalisation des prétentions en mains de l'administration de la faillite et l'exclusion des prétentions individuelles concurrentes des créanciers remédient à ces inconvénients⁵⁸.

b) En cas de dommages distincts exclusifs des créanciers

Ces considérations ne s'appliquent plus lorsque le comportement reproché à l'administrateur et résultant de la violation d'une double norme de comportement a causé des dommages aux créanciers seulement, mais pas à la société. Néanmoins, le Tribunal fédéral a considéré dans deux arrêts récents que dans un cas semblable, l'administration de la faillite a exclusivement qualité pour faire valoir les prétentions en responsabilité contre l'organe responsable. Certes, ces décisions ne concernaient pas la responsabilité des administrateurs mais celle des réviseurs dans un cas et de l'Etat pour ouverture tardive de la faillite dans l'autre⁵⁹. Cependant, le Tribunal fédéral y recourt à la même distinction entre dommage direct et indirect des créanciers qu'en matière de responsabilité de l'organe exécutif, de sorte que la même solution devrait s'y appliquer⁶⁰. Les considérants de ces décisions prêtent quelque peu à confusion. Le Tribunal fédéral justifie en effet sa jurisprudence non pas sous l'angle de l'accès à la justice, mais parce qu'il considère que la société elle-même subit un dommage en raison des dettes contractées par la société ultérieurement au surendettement et avant la faillite. Or, le fait de contracter des obligations couvertes par des actifs équivalents, comme dans ces espèces, ne porte pas atteinte au patrimoine social.

Certains y ont ainsi vu le résultat d'une confusion entre les notions de qualité pour agir et de dommage⁶¹. Une autre interprétation a été proposée récemment par ALAIN HIRSCH dans un commentaire de l'arrêt *Masse en faillite Gamma c. Delta*. Cet auteur se demande si le Tribunal fédéral ne consacre pas, très implicitement, l'idée que la masse en faillite pourrait intenter en son nom l'action en réparation du dommage subi (directement) par les créanciers qui ont contracté avec la société après le surendettement mais avant la faillite⁶². Elle agirait en tant que représentante d'un certain nombre de créanciers dont elle centraliserait les prétentions.

En l'absence de tout dommage social, la centralisation du droit d'agir en mains de l'administration de la faillite opérée par la jurisprudence fédérale n'est plus justifiée par le conflit d'intérêts entre la communauté des créanciers et les créanciers qui subissent un dommage distinct. Elle prive les créanciers de la prérogative attachée à tout droit matériel, à savoir l'exercice de ce droit par la voie d'une action en justice⁶³.

⁵⁹ *Masse en faillite Gamma c. Delta*, arrêt du TF du 31 décembre 1998, non publié (responsabilité des réviseurs); ATF 127 III 374 c. 3c, SJ 2002 I 24 (responsabilité de l'Etat pour ouverture prétendument tardive de la faillite).

⁶⁰ ATF 127 III 374 c.d, SJ 2002 I 24.

⁶¹ PETER FORSTMOSER/OLIVER UNTERSANDER, Le point sur le droit des sociétés, RSJ 1999 470 ss, 472. HIRSCH, 100.

⁶² TRIGO TRINDADE, 6 s., relève qu'il est illogique et inéquitable que le créancier qui subit un dommage «direct» ne puisse pas s'en prévaloir personnellement, notamment en cas de surendettement de la société, simplement parce que la norme violée protège également les intérêts de la société.

⁵⁴ ATF 127 III 374 c. 3d, SJ 2002 I 24 et jurisprudence citée à la note 3 ci-dessus.

⁵⁵ ATF 122 III 176 c. 7c.

⁵⁶ Le TF relève qu'une telle solution irait à l'encontre du sens des art. 756 et 758 aCO qui prévoient précisément une action commune: ATF 122 III 176 c. 7c.

⁵⁷ ATF 127 III 374 c. 3d, SJ 2002 I 24; ATF 122 III 176 c. 7c.

⁵⁸ Voir JEAN NICOLAS DRUEY, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, RSDA 1981 77 ss, 82; ATF 122 III 166 c. 3a, JT 1998 II 130; ATF 122 III 176 c. 7c.

La dissociation entre la titularité du droit matériel et la qualité pour le faire valoir en justice est une exception en droit suisse, qui est prévue expressément par le droit matériel⁶⁴. On peut douter, au vu de son titre marginal, que l'art. 757 II CO constitue une base légale suffisante lorsque la société ne subit pas de dommage causé par l'acte ou l'omission en question.

Une telle centralisation pourrait certes se justifier pour des motifs pratiques, mais elle suppose à mon avis l'intervention du législateur. La violation d'une double norme de protection crée un conflit potentiel, car elle est propre à causer un dommage à la société, la réalisation effective de ce dommage relevant souvent du hasard. La clarification de l'état de fait et la détermination de l'existence d'un dommage social prendront du temps, pendant lequel les créanciers pourraient individuellement s'en prendre aux biens de l'administrateur. Pour éviter les inconvénients déjà mentionnés liés aux actions individuelles parallèles, il serait justifié de «suspendre» la qualité pour agir des créanciers jusqu'à ce que l'administration de la faillite soit en mesure de déterminer (au besoin dans un certain délai) l'existence d'un préjudice social et de décider de l'opportunité d'agir⁶⁵. En l'absence de dommage social, chaque créancier serait admis à agir en justice en réparation de son propre préjudice distinct.

c) La qualité pour agir des créanciers en cas de concours de prétentions

Il reste à examiner ce qu'il advient de la qualité pour faire valoir les prétentions des créanciers en concours avec le dommage social lorsque l'administration de la faillite renonce à les exercer elle-même. Selon PETER FORSTMOSER, les créanciers devraient pouvoir agir individuellement pour obtenir réparation de leurs dommages distincts si la communauté des créanciers renonce à intenter action⁶⁶. Cette solution s'impose en tout cas en l'absence de dommage social, pour les raisons déjà mentionnées. Le droit individuel de chaque créancier d'agir en réparation de son propre dommage distinct renaîtrait une fois écoulé le délai imparti à l'administration de la faillite pour se déterminer sur l'existence d'un dommage social. En revanche, en cas de concours entre les prétentions distinctes des créanciers et le dommage social, une telle solution entraînerait les mêmes problèmes que ceux mentionnés précédemment: il faudrait coordonner la mise en œuvre du dommage social et celle des dommages distincts des créanciers pour éviter des jugements inconciliables et l'épuisement des fonds d'indemnisation. Ces buts exigent de réunir les instances à un seul for et d'assurer

une unité de procédure et de jugement. Ces objectifs sont atteints si les créanciers sont considérés comme des Consorts nécessaires au sens de l'art. 260 LP. Il s'ensuit que l'administration de la masse devrait céder aux créanciers qui en font la demande la qualité pour faire valoir le dommage social et les dommages distincts des créanciers⁶⁷. Il est probable que le créancier cessionnaire, qui assume les frais du procès, se contentera de faire valoir son propre découvert et non pas les dommages des autres créanciers tiers. Cependant, chaque créancier lésé serait suffisamment protégé par la possibilité de demander la cession et de se joindre à l'action.

B. L'évaluation des dommages

Il convient encore de déterminer quels sont les dommages dont l'administration de la faillite, respectivement le créancier cessionnaire, est admise à demander réparation en cas de concours de prétentions. Selon le Tribunal fédéral, l'administration de la faillite peut réclamer réparation de tout le dommage causé directement à la société et indirectement à ses créanciers⁶⁸; ces termes sont cependant ambigus lorsque les dommages ne se confondent pas.

Dans des décisions récentes concernant la responsabilité des organes de révision pour violation de l'art. 725 CO, le Tribunal fédéral a jugé que le dommage subi par la société équivalait aux dettes qu'elle avait envers ses créanciers, alors que selon l'état de fait, la société n'avait subi qu'un préjudice moindre du fait du surendettement, voire pas de préjudice du tout⁶⁹. Ces décisions opèrent un amalgame entre les différents préjudices causés par un même comportement fautif de l'organe et confondent le dommage social et les préjudices des créanciers. Or, le dommage distinct d'un créancier ne devient pas automatiquement un dommage à la société simplement parce que le comportement fautif de l'administrateur viole en même temps une norme qui protège les intérêts de la société⁷⁰. Il est nécessaire de les distinguer clairement, sans quoi les art. 754 et 757 I CO resteraient lettre morte. En outre, la distinction est importante non seulement pour définir la qualité pour agir et le régime de la «cession» de l'exercice de ce droit, comme on l'a vu, mais également pour déterminer le montant de la réparation et la répartition des dommages-intérêts.

⁶⁴ HOHL, nos 437 ss, sp. nos 452 ss; WALTHER HABSCHIED, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Genève 1981, 188.

⁶⁵ GLANZMANN, 169, propose (dans tous les cas) de suspendre les procès individuels des créanciers jusqu'au moment où l'administration de la faillite serait en mesure de faire valoir le préjudice subi par la société, par application analogique de l'art. 207 LP.

⁶⁶ Responsabilité des réviseurs, no 331. PETER FORSTMOSER qualifie ces dommages de «directs».

⁶⁷ La cession de l'art. 260 LP peut également porter sur le droit d'agir de l'administration de la faillite: GILLIÉRON, 350.

⁶⁸ ATF 128 III 180 c. 2c.

⁶⁹ *Masse en faillite Gamma c. Delta*, arrêt du TF du 31 décembre 1998 non publié, cité par HIRSCH, 97 s.: ATF 122 III 176 c. 7b.

⁷⁰ GLANZMANN, 168 s.; voir aussi WATTER/TRUFFER, 1582 N 19.

C. La répartition des dommages-intérêts

Selon la jurisprudence actuelle, le produit du procès en responsabilité tombe dans la masse active, y compris la part des dommages-intérêts afférente aux préjudices distincts des créanciers, et sert à désintéresser l'ensemble des créanciers colloqués. Une telle solution est manifestement inéquitable lorsque la société elle-même n'a pas subi de dommage ou lorsque le dommage social représente une simple fraction du montant total des préjudices causés par l'administrateur responsable. Dans ces cas, les dommages-intérêts afférents aux préjudices distincts soufferts par certains créanciers bénéficient à tous ceux qui sont colloqués et non pas aux seules personnes effectivement lésées par les actes ou omissions en cause⁷¹. On devrait donc admettre, si l'administration de la faillite fait valoir, en plus de la réparation du dommage social proprement dit, les droits matériels de certains créanciers, que la part du produit du procès en responsabilité afférent à ces prétentions de tiers serve à désintéresser ces derniers et ne tombe pas dans la masse active⁷². Si les fonds d'indemnisation sont limités, la répartition se fera proportionnellement aux créances invoquées.

D. Les exceptions opposables

On renverra sur ce point aux considérations de la section 1 C. ci-dessus, qui s'appliquent aussi en cas de concours de prétentions. La décharge n'est pas opposable à l'action en réparation des dommages distincts des créanciers. Etant donné que leur droit à réparation naît avec la faillite de la société, le consentement de la société ou la décharge antérieure à la naissance de leurs droits, conféré par des tiers, n'a pas d'effet à leur égard.

En outre, là également, l'administrateur défendeur doit pouvoir se prévaloir de tous moyens de défense qui visent à contester *la réalisation des conditions de la responsabilité*, qu'il s'agisse du dommage social ou des dommages distincts des créanciers. Si l'administration de la faillite ou le créancier cessionnaire succombe à l'action, le produit de liquidation sera diminué d'autant. En revanche, le sort du procès en responsabilité n'aura pas d'effet sur l'état de collocation. Le demandeur qui aurait échoué dans la preuve du dommage restera colloqué et participera à la répartition des deniers proportionnellement à sa créance colloquée.

⁷¹ HIRSCH, 100.

⁷² HIRSCH, 100, a suggéré une telle solution lorsque l'administration de la masse agit comme représentante de certains créanciers sociaux alors que la société ne subit pas de dommage dans son patrimoine. Le même raisonnement s'applique en cas de concours de prétentions, du moins si le dommage social est bien moins important que les préjudices distincts des créanciers.

3. La réparation du dommage direct des créanciers

Aux termes de la jurisprudence actuelle, les créanciers peuvent agir en réparation de leurs préjudices en tout temps, que la société soit ou non en faillite⁷³, pour autant que leurs préjudices soient directs, c'est-à-dire qu'ils résultent de la violation d'une norme du droit des sociétés qui protège exclusivement leurs intérêts. Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de préciser quelle norme ouvrirait la porte à de telles actions directes et ne s'étend pas sur la justification de sa jurisprudence. On relèvera à ce propos que les problèmes pratiques qui ont conduit le Tribunal fédéral à centraliser la qualité pour agir en mains de l'administration de la faillite en cas de dommage indirect ou de concours de prétentions risquent de se présenter aussi en cas de dommage direct. Certes, en principe la société elle-même ne subit pas de préjudice en raison de l'atteinte portée au patrimoine d'un créancier⁷⁴. Cependant, les prétentions des créanciers en réparation de leurs dommages directs pourraient entrer en concours avec l'action sociale lorsque le même administrateur a commis plusieurs actes ou omissions différents qui ont provoqué divers types de dommages. Le Tribunal fédéral sera alors confronté aux mêmes questions que celles, précédemment invoquées, liées à l'insuffisance des fonds d'indemnisation et à la course aux tribunaux qui en résulterait. Le régime de la qualité pour agir, lié à la distinction actuelle entre dommage direct et indirect, ne permettra pas de les résoudre.

III. Remarques finales

La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, qui centralise en mains de l'administration de la faillite la qualité pour agir en responsabilité contre les administrateurs, se justifie par des raisons pratiques et par le désir d'éviter la constitution d'un privilège de fait en faveur de certains créanciers. Elle doit être approuvée, du moins lorsque les créanciers subissent un pur dommage réflexe à celui de la société.

Toutefois, le régime actuel consacré par le Tribunal fédéral ne règle pas tous les problèmes liés à la mise en œuvre des prétentions en responsabilité des créanciers dans la faillite d'une société. Pour paraphraser PETER FORSTMOSER, il présente des lacunes et des contradictions. En particulier, la distinction actuelle entre dommage direct et indirect des créanciers n'empêcherait pas des actions parallèles et la course aux tribunaux si l'administrateur défendeur causait, par des comportements distincts,

⁷³ ATF 127 III 374 c. 3a, SJ 2002 I 24 et références citées.

⁷⁴ ATF 122 III 176 c. 7.

des dommages directs et indirects à la société et à différents créanciers. Il est vrai que ce cas de figure reste théorique pour l'instant puisque le Tribunal fédéral n'a pas encore précisé quelles normes du droit des sociétés seraient propres à fonder une réclamation pour dommages directs des créanciers. Néanmoins, il met en doute la nécessité de maintenir la distinction entre dommage direct et indirect des créanciers pour définir leur qualité pour agir.

En outre, la mise en œuvre des prétentions en responsabilité dans la faillite est d'une complexité peu compatible avec la sécurité du droit. Elle est régie par des normes relevant du droit de la responsabilité, de la procédure civile et de la LP, lesquelles visent à protéger des intérêts divergents, voire opposés. Il serait dès lors opportun de régler de manière claire, au besoin par la voie législative, les rapports entre les normes de responsabilité du CO et celles de l'exécution forcée afin d'éviter les confusions et contradictions déjà mentionnées.