

ATF 148 III 11 | TF, 01.11.2021, 4A_36/2021*

À l'inverse de ce qui vaut en cas de faillite, une SA en activité n'a pas la priorité pour intenter une action en responsabilité contre ses organes sur la base de l'art. 754 CO. L'action individuelle du créancier et/ou de l'actionnaire peut dès lors entrer en concours avec les prétentions de la société.

Faits

Une société d'investissement à capital variable domiciliée aux Îles Caïmans détient plusieurs sous-fonds. Ces derniers n'ont pas de personnalité juridique et gèrent leurs actifs séparément. Un de ces sous-fonds a pour but de participer à des projets immobiliers en Afrique.

En 2011, la société d'investissement conclut un « *Administrative Services Agreement* » avec une société de gestion suisse, active dans le conseil pour des placements collectifs étrangers. Cet accord prévoit que la société de gestion administre et gère le sous-fonds.

Quatre ans plus tard, la société d'investissement détenant le sous-fonds réalise qu'il manque environ USD 26 millions au sous-fonds. Une partie des fonds aurait été détournée par un ancien administrateur de la société de gestion.

En sa qualité de créancière, la société d'investissement ouvre une action en responsabilité à l'encontre de l'ex-administrateur de la société de gestion auprès du *Handelsgericht* zurichois. Elle exige le paiement de USD 25'688'901.30. L'ex-administrateur conteste la légitimation active de la créancière. Il soutient qu'elle aurait cédé ses droits, notamment sa prétention en responsabilité civile, en concluant un contrat d'achats d'actifs avec une filiale de la société d'investissement un an après la découverte des actes de l'ex-administrateur. Le *Handelsgericht* zurichois reconnaît la légitimation active de la créancière, mais rejette sa demande au motif qu'elle n'a pas suffisamment allégué son dommage (HG170213-O).

Saisi d'un recours de la société d'investissement créancière, le Tribunal fédéral est amené à se prononcer sur la légitimation active du créancier dans le cadre d'une action en responsabilité contre les organes d'une société en activité (art. 754 CO).

Droit

L'[art. 754 CO](#) prévoit que les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.

Le Tribunal fédéral rappelle que la nature de l'action dont dispose un créancier social à l'encontre des organes d'une société ([art. 754 CO](#)) - et donc sa légitimation active - dépend de la nature du dommage subi.

La jurisprudence distingue trois cas de figure (cf. [ATF 141 III 112](#) résumé *in* [LawInside.ch/13/](#)):

1. Lorsque les manquements des organes de la société causent un dommage direct exclusivement dans le patrimoine du créancier et/ou de l'actionnaire, seul le créancier et/ou l'actionnaire a qualité pour agir dans et hors de la faillite.
2. Lorsque les manquements des organes causent d'abord un dommage dans le patrimoine de la société et seulement par « ricochet » - en raison de la faillite de la société - dans le patrimoine du créancier et/ou de l'actionnaire, on parle de dommage « par ricochet ». Dans ce cas, seule la société a la qualité pour agir.
3. Lorsque les manquements des organes causent un dommage direct tant à la société qu'au créancier ou à l'actionnaire, ces derniers ne peuvent agir sur la base de l'[art. 754 CO](#) que si le comportement du membre du conseil d'administration est constitutif d'un acte illicite, d'une *culpa in contrahendo* ou viole une disposition du droit des sociétés visant exclusivement à protéger les créanciers/actionnaires.

En l'espèce, le dommage direct de la créancière n'est pas contesté. En revanche, le *Handelsgericht* zurichois a laissé ouverte la question de savoir si la société de gestion était aussi directement lésée.

Selon le Tribunal fédéral, tel est le cas. En effet, la société est responsable envers la créancière du comportement de ses organes ([art. 55 al. 2 CC](#)). Elle est donc directement

lésée par une augmentation de ses obligations. On se trouve donc dans le troisième cas de figure.

Dans ce troisième cas de figure, l'action individuelle des créanciers/actionnaires entre en concours avec les prétentions de la société. Afin d'éviter une course entre les actions en responsabilité de l'administration de la faillite et des créanciers/actionnaires, la jurisprudence du Tribunal fédéral a limité la possibilité d'un tel concours d'actions et donné la priorité à l'action sociale (ATF 141 III 112 résumé in LawInside.ch/13/). Ainsi, les créanciers et/ou les actionnaires ne peuvent faire valoir leur dommage direct sur la base de l'art. 754 CO qu'à titre exceptionnel, lorsque le dommage qu'ils ont subi est dû à un acte illicite, une *culpa in contrahendo* ou une violation des dispositions du droit de la société anonyme.

Cette limitation s'applique toutefois lorsque la société est en faillite. Se pose dès lors la question de savoir si cette limitation s'applique aussi lorsque - comme en l'espèce - la société est en activité.

Le Tribunal fédéral répond par la négative. En effet, à la différence d'une société en faillite, l'action individuelle des créanciers/actionnaires d'une société en activité ne risque pas d'entrer en concours avec les prétentions de la société. Par ailleurs, la nature du dommage, à savoir un dommage direct et non un simple dommage « par ricochet », ne justifie pas non plus de donner la priorité à la société.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire que l'action en responsabilité intentée par un créancier contre une société en activité en vertu de l'art. 754 CO soit fondée sur un acte illicite, une *culpa in contrahendo* ou une violation d'une disposition du droit des sociétés visant à protéger exclusivement les créanciers.

Le Tribunal fédéral précise toutefois que le créancier ne peut pas invoquer une disposition visant à protéger exclusivement la société (p.ex. l'art. 717 CO). En revanche, il peut s'appuyer sur une disposition qui vise à protéger à la fois la société et les créanciers (p.ex. les règles comptables et dispositions sur le comportement à adopter en cas de surendettement).

En l'espèce, la créancière invoque une prétention fondée sur l'art. 41 CO en relation avec les dispositions du CP visant à protéger les créanciers, notamment l'abus de confiance et la gestion déloyale. En ce sens, elle devrait disposer de la légitimation active.

Partant, sur la problématique de la légitimation active du créancier, le Tribunal fédéral confirme l'appréciation du *Handelsgericht* zurichois.

Note

Le Tribunal fédéral ne se prononce pas définitivement sur la légitimation active de la créancière dans le cas d'espèce. Bien qu'il admette partiellement le recours, il renvoie la cause au *Handelsgericht* zurichois pour qu'il se penche sur un contrat d'achat d'actifs conclu par la créancière et une filiale de la société un an après la découverte des actes de l'ex-administrateur. En effet, s'il était établi que la créancière avait cédé ses droits à la filiale, notamment la prétention en responsabilité contre la société, elle perdrait alors sa légitimation active.

Pour plus de détails concernant le contrat d'achat d'actifs et la cession de créances (consid. 3.3 ss), cf. cdbf.ch/1218/.

Proposition de citation : ARIANE LEGLER, Action en responsabilité contre les organes d'une SA en activité (art. 754 CO) et légitimation active du créancier, in: <https://lawinside.ch/1137/>