

NE_GERICHTE CACIV.2014.84 vom 20. April 2016

NE Tribunal cantonal, 2016-04-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2014.84

FR: NE_GERICHTE CACIV.2014.84 du 20 avril 2016

IT: NE_GERICHTE CACIV.2014.84 del 20 aprile 2016

Erwägungen

E. 1

, le 24 avril 2002, et son utilisation à des fins personnelles pour 59'000.30 francs, aux fins de paiement de dettes personnelles à raison de 15'000 francs et par versement de 30'000 francs à un certain C. qui n'était pas créancier de Z. Sàrl. De ces trois préventions, le juge de police n'a retenu que la dernière précitée, le prévenu ayant établi ou du moins rendu vraisemblables des paiements au nom de Z. Sàrl à hauteur d'environ 95'000 francs. D'autre part, la gestion déloyale était visée – et a été retenue, ce qui paraît avoir échappé à la demanderesse – pour un autre acte commis au détriment de Z. Sàrl, soit le fait d'avoir investi dans « D. SA », en novembre et décembre 2001, plus de 70'000 francs prélevés sur les actifs de l'autre société dont il reconnaissait avoir, de la sorte, mis en péril l'exploitation, le juge ajoutant qu'on n'était « pas loin d'une infraction à l'article 165 CPS », ce qui constitue sans doute un euphémisme. Ce jugement pénal, expédié le jour où il a été rendu, n'a apparemment fait l'objet d'aucun recours. D. Après avoir cité Y. en conciliation, le 4 avril 2013, et obtenu l'autorisation de procéder le 20 juin 2013 X. SA a actionné ce dernier le

E. 2

renvoie déjà à la LP » (FF 2008 1407, 1512), ce qui paraît au contraire procéder de l'idée que si l'art.757 al. 2 CO fonde (ou rappelle) le droit subsidiaire des créanciers à agir si la masse y renonce (tout en ouvrant ce droit aux actionnaires, ce qui est peut-être son contenu essentiel), ce droit ne peut être mis en œuvre que dans les formes de l'art. 260 LP.

5. On ne peut s'éviter les incertitudes qui précèdent en se référant à l'opinion de Corboz, lequel admet « que le créancier est aussi habilité à agir si l'administration de la faillite n'est jamais entrée en fonction parce que la faillite a été suspendue faute d'actifs » (op. cit., N.29 ad art. 757 CO). En effet, on ne saurait dire ici que l'administration n'est jamais entrée en fonction, dès lors que la suspension faute d'actifs n'est intervenue que deux ans après le prononcé de la faillite, que l'Office a envisagé une liquidation par voie sommaire, ainsi qu'une action envers les organes de la société faillie, en y renonçant faute de moyens.

On ne peut pas non plus résoudre la question en déniaut à la demanderesse la qualité de créancière. Certes, elle n'a pas déposé au dossier sa production dans la faillite et aucun état de collocation n'a été établi, mais la créance de X. SA figurait au passif de Z. Sàrl pour 2000-2001 et on peut retenir que les démarches effectuées de concert avec le préposé de l'Office, en juillet 2003, n'étaient concevables qu'en admettant sa qualité de créancière dans la faillite, laquelle n'a d'ailleurs pas été contestée en tant que telle.

6. L'action sociale suppose, selon le texte de l'art.757 CO, d'agir au nom de la société. On parle d'action « oblique » (voir par exemple Montavon, Droit suisse de la Sàrl, 2008, p. 598,

pour lequel l'« action d'un créancier ou d'un associé invoquant son seul dommage réfléchi est exclue »; voir également Corboz, op. cit., N. 25 et 28 ad art. 757 CO, selon lequel l'actionnaire ou le créancier demandeur « réclament donc le paiement de dommages-intérêts à la société faillie ». La demanderesse et appelante n'a rien fait de tel. Toutefois, la jurisprudence récente admet, en se référant à ce qui est « usuel dans la pratique », que « si le créancier cessionnaire a ainsi un devoir d'information et des devoirs quant à l'utilisation du gain du procès, rien ne l'empêche de conclure à la condamnation du défendeur de payer directement en ses mains » (ATF 139 III 391).

7. Il sied encore d'examiner si la question de la prescription des droits de la demanderesse ne conduit pas à une conclusion plus indiscutable. L'intimé n'a certes pas clairement invoqué la prescription, avant ses plaidoiries écrites, mais la demanderesse avait elle-même affirmé que ses droits n'étaient pas prescrits (ch. 12 et 13 de la demande), ce que le défendeur avait contesté en affirmant non applicable « la prescription pénale prévue à l'art. 60 al. 2 CO », de sorte qu'il faut admettre que la prescription a été invoquée.

Comme la demanderesse exerce l'action sociale, c'est la créance en dommages-intérêts de Z. Sàrl contre le défendeur qui est déterminante. Selon l'art. 760 al. 1er CO, le délai de prescription ordinaire est de cinq ans dès la connaissance du dommage et de la personne responsable, avec un délai absolu (mais néanmoins susceptible d'interruption, cf. Werro, La responsabilité civile, 2^{ème} éd., N. 1536) de 10 ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit. En l'espèce, l'acte sur lequel se fonde l'appelante tient dans le prélèvement indu, par l'intimé, du montant de 30'000 francs sur le prix de vente de la discothèque, par autorisation donnée au notaire le 25 avril 2002. Il est piquant de noter, à ce sujet, que le notaire ne s'est pas exécuté et que le tiers à favoriser, C., a finalement obtenu du notaire (ou de son assureur RC) la somme de 26'000 francs, selon convention signée en son nom par Me E., le 17 décembre 2004 ! Le mandataire de l'appelante avait donc connaissance, mieux que quiconque, de l'acte en lien avec la plainte pénale du 10 juillet 2003, de sorte que le délai ordinaire de prescription était largement échu lors de l'ouverture du présent procès, le 4 avril 2013, et même déjà avant le prononcé du jugement pénal, aucun acte interruptif de prescription n'ayant pu intervenir alors, pour la créance sociale dont la demanderesse ne poursuivait pas encore le paiement.

L'appelante se prévaut toutefois du délai de la prescription pénale, que réserve l'art. 760 al. 2 CO, dans des termes analogues à ceux de l'art. 60 al. 2 CO en matière d'actes illicites. Pour déterminer si le droit pénal prévoit « une prescription de plus longue durée », il convient selon la jurisprudence de « prendre en considération la prescription relative du droit pénal, et non pas la prescription absolue » (ATF 137 III 481, avec référence à ATF 100 II 339). Pour pimenter la discussion, il faut relever que les règles de prescription pénale ont changé quelques mois après la commission du délit pour lequel l'intimé a été condamné (loi du 5 octobre 2001, entrée en vigueur le 1er octobre 2002; cf. RO 2002 2993). L'appelante relevait à juste titre, dans sa réplique de plaidoirie écrite, que la disposition déterminante, pour juger du délai applicable, est l'article 158 ch 1 al. 3 CP qui prévoit une peine privative de liberté d'au maximum cinq ans (et le faisait déjà à la date de l'infraction), si l'auteur a agi dans un dessein d'enrichissement illégitime (pour lui ou un tiers), circonstance évidemment réalisée lorsque le défendeur a donné mandat de rembourser au nommé C., grâce aux fonds de Z. Sàrl, une dette pesant sur lui ou une autre société. Cela étant, la prescription de l'action pénale était de dix ans selon l'art. 70 aCP et elle est désormais de quinze ans (art. 97 al. 1 let. b CP). Comme rappelé dans l'arrêt 137 III 481 précité, il « convient d'appliquer, pour la

question en cause, la loi la plus favorable au responsable. S'agissant du délai relatif qui est déterminant, il est évident que le délai de cinq ans [dix ans ici] prévu par l'ancien droit est plus favorable que le nouveau délai fixé à sept ans [quinze ans ici] ». Pour le reste, comme souligné toujours dans le même arrêt, « la prescription de l'action civile, dans son mécanisme, est entièrement régie par le droit privé; cela vaut notamment pour déterminer les actes interruptifs de la prescription et les effets d'une interruption; le droit pénal n'intervient que pour substituer au délai prévu par le droit civil le délai plus long découlant du droit pénal ». C'est dire en particulier que les actes interruptifs de la prescription pénale n'ont pas d'incidence sur le cours de la prescription civile, contrairement à ce qui semblait pouvoir être déduit d'un arrêt bien antérieur (ATF 124 IV 49, critiqué notamment par Tappy, La prescription pénale de plus longue durée applicable en matière civile, in : Mélanges en l'honneur de Baptiste Rusconi, 2000, p. 383 et s., 410). Ainsi, contrairement à ce qu'alléguait la demanderesse, le jugement pénal n'a pas interrompu la prescription (et elle ne s'était pas portée partie civile, de sorte que les effets d'un tel acte n'ont pas à être discutés ici). En revanche, le commandement de payer notifié le 26 octobre 2009 avait un tel effet. Certes, la demanderesse n'alléguait rien à ce sujet, mais le défendeur discutait la portée de cet acte, sans que son opinion à ce sujet puisse être suivie. En effet, le libellé du commandement de payer (« Gestion fautive. Faillite de Z. Sàrl. Jugement pénal du 30.10.08 ») avait clairement trait à la créance sociale née du détournement de la somme de 30'000 francs et le montant de la poursuite, précisément 30'000 francs, le confirmait.

Ainsi donc, les droits de l'appelante n'étaient pas prescrits et l'issue de la cause dépend de la reconnaissance ou non, à l'appelante, de la qualité pour agir au sens étroit, soit de la « capacité de faire valoir en son propre nom le droit d'un tiers » (ATF 121 III 488, JT 1997 II 147, 150 ; voir aussi Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, p. 143, ainsi que CPC-Bohnet, N. 97 ad art. 59 CPC).

8. Comme vu au consid. 4 ci-dessus, la jurisprudence fédérale ne fournit pas, pour l'heure, de réponse catégorique sur les rapports entre l'art. 757 CO et l'art. 260 LP. Si l'on s'en tenait aux termes du Message relatif à la révision du droit de la société anonyme (FF 1983 II 757), selon lequel « il est ainsi [par l'art. 757 al. 2 CO] clairement établi que les actionnaires et les créanciers exercent des droits propres », tandis que le Parlement n'a pas consacré une phrase à ce sujet (BO 1985 1788 pour le Conseil national et BO 1988 525 pour le Conseil des Etats), la qualité pour agir de l'appelante devrait assurément être reconnue. Toutefois, la jurisprudence a retenu, peu avant l'adoption de la révision du 4 octobre 1991 (ATF 117 II 432) et maintenu depuis lors que la créance de la société en responsabilité de ses organes est remplacée, dès sa faillite, par « une créance de la communauté des créanciers » (ATF 132 III 564), ce qui diffère assurément d'un droit propre de chaque créancier. Le transfert du droit d'action, de la communauté des créanciers à l'un ou plusieurs d'entre eux, est précisément l'objet de l'art. 260 LP. L'article 757 CO ne crée donc pas d'exception à l'art. 260 LP qui constitue, lui, la lex specialis applicable en cas de faillite, à laquelle l'art. 757 al. 2 CO se réfère d'ailleurs expressément. Il y a donc lieu ■ hormis peut-être le cas de la clôture immédiate faute d'actifs (encore que le créancier prêt à engager les frais d'un procès puisse aussi faire l'avance des frais d'une liquidation sommaire à cette fin), non réalisé en l'espèce comme vu plus haut ■ de s'en tenir à la nécessité d'une cession au sens de l'art. 260 LP. Outre l'articulation logique des dispositions en cause, le respect de la distribution des éventuels deniers exige un minimum de clarté dans le transfert du droit d'action, comme l'illustre le cas d'espèce : au moment de l'ouverture du procès, la société faillie était radiée

depuis près de neuf ans, de sorte que l'action sociale prétendument exercée se résume à un rappel historique. Le montant réclamé est certes inférieur à la créance initiale de la demanderesse, mais c'est un hasard et l'inverse pourrait très bien se produire (on a vu qu'une demande en paiement de 100'000 francs eût été très concevable, sur la base du jugement de police), sans que la nécessité d'une cession puisse dépendre de cette circonstance. En cas de gain du procès et d'admission de la conclusion en paiement prise par la demanderesse, on ne voit nullement comment une répartition de l'excédent éventuel interviendrait, sinon selon son bon vouloir, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant. En outre, admettre qu'une telle action est sans autre possible reviendrait à contredire la jurisprudence rendue en matière de réinscription au registre du commerce, ce droit étant reconnu ■ car reposant alors sur un intérêt suffisant ■ au créancier qui entend obtenir la cession de prétentions en dommages-intérêts contre les organes de la société en faillite, avec la précision que « si celui-ci avait été lésé directement, il disposerait d'une action contre l'organe en question, qu'il pourrait faire valoir indépendamment de la dissolution de la société (cf. ATF 132 III 564cons. 3.2.1) et n'aurait de ce fait aucun intérêt à obtenir la réinscription de cette dernière » (ATF 132 III 731).

9. Au vu de ce qui précède, la qualité pour agir ne pouvait être reconnue à la demanderesse, dans le cadre de l'action sociale. Quant à la conclusion en paiement prise ■ et toujours recevable comme telle, si le demandeur affirme qu'un montant lui est dû ■, elle ne pouvait prospérer hors du cadre précité, de sorte que son rejet en première instance était justifié.

L'appel étant rejeté, l'appelante supportera les frais et dépens de deuxième instance, alors qu'il n'y a pas lieu à modification de ceux de première instance.

Par ces motifs, LA COUR D'APPEL CIVILE

1. Rejette l'appel, dans la mesure de sa recevabilité, et confirme le jugement attaqué.

2. Condamne l'appelante aux frais de seconde instance, qu'elle a avancés par 1'800 francs, ainsi qu'au versement à l'intimé d'une indemnité de dépens de 2'000 francs.

Neuchâtel, le 20 avril 2016

1 Dans la faillite de la société lésée, les créanciers sociaux ont aussi le droit de demander le paiement à la société de dommages-intérêts. Toutefois, les droits des actionnaires et des créanciers sociaux sont exercés en premier lieu par l'administration de la faillite.

2 Si l'administration de la faillite renonce à exercer ces droits, tout actionnaire ou créancier social peut le faire. Le produit sert d'abord à couvrir les créances des créanciers demandeurs, conformément aux dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite². Les actionnaires demandeurs participent à l'excédent dans la mesure de leur participation à la société; le reste tombe dans la masse.

3 Est réservée la cession de créance de la société, conformément à l'art. 260 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

1 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 4 oct. 1991, en vigueur depuis le 1er juil. 1992 (RO1992733; FF1983II 757). 2 RS281.1

1 Le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action.

2 Ces conditions sont notamment les suivantes:

- a. le demandeur ou le requérant a un intérêt digne de protection;
- b. le tribunal est compétent à raison de la matière et du lieu;
- c. les parties ont la capacité d'être partie et d'ester en justice;
- d. le litige ne fait pas l'objet d'une litispendance préexistante;
- e. le litige ne fait pas l'objet d'une décision entrée en force;
- f. les avances et les sûretés en garantie des frais de procès ont été versées.

1Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse.1

2Le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédent est versé à la masse.

3Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention et qu'aucun d'eux n'en demande la cession, cette prétention peut être réalisée conformément à l'art. 256.2

1Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 16 déc. 1994, en vigueur depuis le 1erjanv. 1997 (RO19951227; FF1991III 1).2Introduit par le ch. I de la LF du 16 déc. 1994, en vigueur depuis le 1erjanv. 1997 (RO19951227; FF1991III 1).

E. 3

Si le premier fondement de responsabilité énuméré sous c. 2 ci-dessus a donné lieu à la procédure clôturée par jugement du 28 mai 2009, l'appelante a alterné, dans la présente cause, les deux autres fondements, insistant d'abord sur « le détournement dont elle a été victime » avant d'alléguer, par référence au jugement de police, des irrégularités de gestion de Z. Sàrl se répercutant sur les créanciers de la société, tout en maintenant être « directement lésée par les agissements du défendeur ». En appel, elle admet désormais expressément invoquer « un dommage indirect ou par ricochet ». Malgré les inconvénients (voir cons. 1 ci-dessus) de ce qu'on pourrait qualifier de motivation oscillatoire, il y a lieu de s'en tenir à la dernière présentation des faits, admissible en réplique (art. 229 CPC a contrario, applicable par analogie) dès lors qu'un second échange d'écritures a été ordonné (art. 246 al. 2 CPC). Sur le fond, il saute aux yeux, au demeurant, que l'acte de gestion déloyale retenu au pénal – soit l'utilisation du prix de vente du fonds de commerce, à concurrence de 30'000 francs, pour rembourser un emprunt personnel du défendeur ou d'une société tierce – n'a pas directement lésé X. SA, qui n'avait aucun droit à la remise de ce prix de vente (même si elle pouvait légitimement espérer qu'il permette de régler partiellement ses factures en souffrance).

E. 4

La responsabilité de l'associé-gérant d'une société à responsabilité limitée s'examine selon les règles du droit de la société anonyme, appliquées par analogie (selon l'art. 827 CO, dans sa teneur du 16 décembre 2005; l'ancien article 827 CO soumettait cette responsabilité « aux règles prescrites pour la société anonyme », sans faire appel à la notion d'analogie, mais la différence est sans effet, à tout le moins dans la présente cause). Dans une affaire où étaient recherchés les organes d'une société à responsabilité limitée (arrêt du TF du 21.05.2014 [4A_77/2014]), le Tribunal fédéral a rappelé que la « responsabilité civile des associés gérants est subordonnée, à l'instar de celle des administrateurs, à la réunion de quatre conditions générales cumulatives: la violation d'un devoir, une faute (intentionnelle

ou par négligence), un dommage et l'existence d'un lien de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et le dommage ». Distinguant ensuite les trois situations qui peuvent se présenter (acte lésant directement le créancier, indépendamment de la société; acte lésant la société et, par ricochet, ses créanciers; acte lésant à la fois un créancier et la société), la Haute Cour exposait ce qui suit au sujet du deuxième cas de figure, soit celui qui doit être discuté en l'espèce : « Les manquements des organes occasionnent en premier lieu un préjudice à la société, le créancier social n'étant lésé que par ricochet. Seule l'administration de la masse en faillite peut agir contre les organes pour réclamer la réparation du préjudice que leur comportement a causé à la société. Si l'administration de la faillite renonce à exercer l'action sociale (art. 757 al. 2 CO), un créancier social peut introduire l'action de la communauté des créanciers sur la base d'un mandat procédural, c'est-à-dire en qualité de cessionnaire des droits de la masse en application de l'art. 260 LP, le produit éventuel de l'action servant à couvrir ses prétentions telles qu'elles ont été colloquées (ATF 132 III 342 cons. 2.1 et 2.2) ». Dans l'arrêt 141 III 112, le Tribunal fédéral se prononce d'abord dans un sens analogue (« 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 ») mais se réfère ensuite, pour ce qui est du rapport entre l'art. 757 al. 2 et 3 CO et l'art. 260 LP, à Corboz (Commentaire Romand, N. 36 et s. ad art. 757 CO), lequel affirme que l'action de l'art. 757 CO « peut être intentée par un créancier ou un actionnaire, même s'il n'y a eu aucune cession selon LP 260 » et que cette dernière disposition « constitue donc une autre voie procédurale, également ouverte, pour parvenir au même résultat », tout en reconnaissant que « la jurisprudence reste dubitative quant à la possibilité d'agir sans une quelconque forme de cession ». Cette opinion n'est pas parfaitement concordante avec la description faite dans l'arrêt 132 III 564 (« si l'administration de la faillite renonce à exercer l'action sociale (art. 757 al. 2 CO), un créancier social peut réclamer la réparation du dommage subi directement par la société [...]. Il exerce alors l'action de la communauté des créanciers, mais le produit éventuel de l'action servira d'abord à couvrir ses propres prétentions telles que colloquées [...]. En matière de poursuite et faillite, ce mécanisme est réglé à l'art. 260 LP »), ni avec les doutes exprimés dans l'arrêt [4C.263/2004], du 23 mai 2005 sur la possibilité pour un créancier d'agir même en l'absence de toute prise de position formelle de la masse, malgré les opinions doctrinales citées en ce sens. Ces doutes ne sont pas dissipés non plus dans l'arrêt [4A_446/2009], du 8 décembre 2009, qui laisse la question ouverte (une cession étant intervenue dans l'affaire en cause), en précisant d'une part : « In materiellrechtlicher Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lässt und demjenigen, den die Aktionäre oder Gläubiger direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erheben » (ce qui paraît exclure la nécessité d'une cession) mais rappelant d'autre part que l'abrogation de l'art. 757 al. 3 CO est prévue dans le Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 (on ne sait si cette intention est toujours maintenue, la révision de ces questions ayant été reportée à plusieurs reprises), au motif que cette réserve « est superflue puisque, matériellement, l'al. 2 renvoie déjà à la LP » (FF 2008 1407, 1512), ce qui paraît au contraire procéder de l'idée que si l'art. 757 al. 2 CO fonde (ou rappelle) le droit subsidiaire des créanciers à agir si la masse y renonce (tout en ouvrant ce droit aux actionnaires, ce qui est peut-être son contenu essentiel), ce droit ne peut être mis en œuvre que dans les formes de l'art. 260 LP.

E. 5

On ne peut s'éviter les incertitudes qui précèdent en se référant à l'opinion de Corboz, lequel admet « que le créancier est aussi habilité à agir si l'administration de la faillite n'est jamais entrée en fonction parce que la faillite a été suspendue faute d'actifs » (op. cit., N.29 ad art. 757 CO). En effet, on ne saurait dire ici que l'administration n'est jamais entrée en fonction, dès lors que la suspension faute d'actifs n'est intervenue que deux ans après le prononcé de la faillite, que l'Office a envisagé une liquidation par voie sommaire, ainsi qu'une action envers les organes de la société faillie, en y renonçant faute de moyens. On ne peut pas non plus résoudre la question en déniait à la demanderesse la qualité de créancière. Certes, elle n'a pas déposé au dossier sa production dans la faillite et aucun état de collocation n'a été établi, mais la créance de X. SA figurait au passif de Z. Sàrl pour 2000-2001 et on peut retenir que les démarches effectuées de concert avec le préposé de l'Office, en juillet 2003, n'étaient concevables qu'en admettant sa qualité de créancière dans la faillite, laquelle n'a d'ailleurs pas été contestée en tant que telle.

E. 6

L'action sociale suppose, selon le texte de l'art. 757 CO, d'agir au nom de la société. On parle d'action « oblique » (voir par exemple Montavon, Droit suisse de la Sàrl, 2008, p. 598, pour lequel l'« action d'un créancier ou d'un associé invoquant son seul dommage réfléchi est exclue »; voir également Corboz, op. cit., N. 25 et 28 ad art. 757 CO, selon lequel l'actionnaire ou le créancier demandeur « réclament donc le paiement de dommages-intérêts à la société faillie »). La demanderesse et appelante n'a rien fait de tel. Toutefois, la jurisprudence récente admet, en se référant à ce qui est « usuel dans la pratique », que « si le créancier cessionnaire a ainsi un devoir d'information et des devoirs quant à l'utilisation du gain du procès, rien ne l'empêche de conclure à la condamnation du défendeur de payer directement en ses mains » (ATF 139 III 391).

E. 7

Il sied encore d'examiner si la question de la prescription des droits de la demanderesse ne conduit pas à une conclusion plus indiscutable. L'intimé n'a certes pas clairement invoqué la prescription, avant ses plaidoiries écrites, mais la demanderesse avait elle-même affirmé que ses droits n'étaient pas prescrits (ch. 12 et 13 de la demande), ce que le défendeur avait contesté en affirmant non applicable « la prescription pénale prévue à l'art. 60 al. 2 CO », de sorte qu'il faut admettre que la prescription a été invoquée. Comme la demanderesse exerce l'action sociale, c'est la créance en dommages-intérêts de Z. Sàrl contre le défendeur qui est déterminante. Selon l'art. 760 al. 1^{er} CO, le délai de prescription ordinaire est de cinq ans dès la connaissance du dommage et de la personne responsable, avec un délai absolu (mais néanmoins susceptible d'interruption, cf. Werro, La responsabilité civile, 2^{ème} éd., N. 1536) de 10 ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit. En l'espèce, l'acte sur lequel se fonde l'appelante tient dans le prélèvement indu, par l'intimé, du montant de 30'000 francs sur le prix de vente de la discothèque, par autorisation donnée au notaire le 25 avril 2002. Il est piquant de noter, à ce sujet, que le notaire ne s'est pas exécuté et que le tiers à favoriser, C., a finalement obtenu du notaire (ou de son assureur RC) la somme de 26'000 francs, selon convention signée en son nom par Me E., le 17 décembre 2004 ! Le mandataire de l'appelante avait donc connaissance, mieux que quiconque, de l'acte en lien avec la plainte pénale du 10 juillet 2003, de sorte que le délai ordinaire de prescription était largement échu lors de l'ouverture du présent procès, le 4 avril 2013, et même déjà avant le prononcé du jugement pénal, aucun acte interruptif de prescription n'ayant pu intervenir

alors, pour la créance sociale dont la demanderesse ne poursuivait pas encore le paiement. L'appelante se prévaut toutefois du délai de la prescription pénale, que réserve l'art. 760 al. 2 CO, dans des termes analogues à ceux de l'art. 60 al. 2 CO en matière d'actes illicites. Pour déterminer si le droit pénal prévoit « une prescription de plus longue durée », il convient selon la jurisprudence de « prendre en considération la prescription relative du droit pénal, et non pas la prescription absolue » (ATF 137 III 481 , avec référence à ATF 100 II 339). Pour pimenter la discussion, il faut relever que les règles de prescription pénale ont changé quelques mois après la commission du délit pour lequel l'intimé a été condamné (loi du 5 octobre 2001, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002; cf. RO 2002 2993).

L'appelante relevait à juste titre, dans sa réplique de plaidoirie écrite, que la disposition déterminante, pour juger du délai applicable, est l'article 158 ch 1 al. 3 CP qui prévoit une peine privative de liberté d'au maximum cinq ans (et le faisait déjà à la date de l'infraction), si l'auteur a agi dans un dessein d'enrichissement illégitime (pour lui ou un tiers), circonstance évidemment réalisée lorsque le défendeur a donné mandat de rembourser au nommé C., grâce aux fonds de Z. Sàrl, une dette pesant sur lui ou une autre société. Cela étant, la prescription de l'action pénale était de dix ans selon l'art. 70 aCP et elle est désormais de quinze ans (art. 97 al. 1 let. b CP). Comme rappelé dans l'arrêt 137 III 481 précité, il « convient d'appliquer, pour la question en cause, la loi la plus favorable au responsable. S'agissant du délai relatif qui est déterminant, il est évident que le délai de cinq ans [dix ans ici] prévu par l'ancien droit est plus favorable que le nouveau délai fixé à sept ans [quinze ans ici] ». Pour le reste, comme souligné toujours dans le même arrêt, « la prescription de l'action civile, dans son mécanisme, est entièrement régie par le droit privé; cela vaut notamment pour déterminer les actes interruptifs de la prescription et les effets d'une interruption; le droit pénal n'intervient que pour substituer au délai prévu par le droit civil le délai plus long découlant du droit pénal ». C'est dire en particulier que les actes interruptifs de la prescription pénale n'ont pas d'incidence sur le cours de la prescription civile, contrairement à ce qui semblait pouvoir être déduit d'un arrêt bien antérieur (ATF 124 IV 49 , critiqué notamment par Tappy, La prescription pénale de plus longue durée applicable en matière civile, in : Mélanges en l'honneur de Baptiste Rusconi, 2000, p. 383 et s., 410). Ainsi, contrairement à ce qu'alléguait la demanderesse, le jugement pénal n'a pas interrompu la prescription (et elle ne s'était pas portée partie civile, de sorte que les effets d'un tel acte n'ont pas à être discutés ici). En revanche, le commandement de payer notifié le 26 octobre 2009 avait un tel effet. Certes, la demanderesse n'alléguait rien à ce sujet, mais le défendeur discutait la portée de cet acte, sans que son opinion à ce sujet puisse être suivie. En effet, le libellé du commandement de payer (« Gestion fautive. Faillite de Z. Sàrl. Jugement pénal du 30.10.08 ») avait clairement trait à la créance sociale née du détournement de la somme de 30'000 francs et le montant de la poursuite, précisément 30'000 francs, le confirmait. Ainsi donc, les droits de l'appelante n'étaient pas prescrits et l'issue de la cause dépend de la reconnaissance ou non, à l'appelante, de la qualité pour agir au sens étroit, soit de la « capacité de faire valoir en son propre nom le droit d'un tiers » (ATF 121 III 488 , JT 1997 II 147, 150 ; voir aussi Guldener, Schweizerisches Zivprozessrecht, p. 143, ainsi que CPC-Bohnet, N. 97 ad art. 59 CPC).

E. 8

Comme vu au consid. 4 ci-dessus, la jurisprudence fédérale ne fournit pas, pour l'heure, de réponse catégorique sur les rapports entre l'art. 757 CO et l'art. 260 LP . Si l'on s'en tenait aux termes du Message relatif à la révision du droit de la société anonyme (FF 1983 II 757), selon lequel « il est ainsi [par l'art. 757 al. 2 CO] clairement établi que les actionnaires et les

créanciers exercent des droits propres », tandis que le Parlement n'a pas consacré une phrase à ce sujet (BO 1985 1788 pour le Conseil national et BO 1988 525 pour le Conseil des Etats), la qualité pour agir de l'appelante devrait assurément être reconnue. Toutefois, la jurisprudence a retenu, peu avant l'adoption de la révision du 4 octobre 1991 (ATF 117 II 432) et maintenu depuis lors que la créance de la société en responsabilité de ses organes est remplacée, dès sa faillite, par « une créance de la communauté des créanciers » (ATF 132 III 564), ce qui diffère assurément d'un droit propre de chaque créancier. Le transfert du droit d'action, de la communauté des créanciers à l'un ou plusieurs d'entre eux, est précisément l'objet de l'art. 260 LP . L'article 757 CO ne crée donc pas d'exception à l'art. 260 LP qui constitue, lui, la *lex specialis* applicable en cas de faillite, à laquelle l'art. 757 al. 2 CO se réfère d'ailleurs expressément. Il y a donc lieu – hormis peut-être le cas de la clôture immédiate faute d'actifs (encore que le créancier prêt à engager les frais d'un procès puisse aussi faire l'avance des frais d'une liquidation sommaire à cette fin), non réalisé en l'espèce comme vu plus haut – de s'en tenir à la nécessité d'une cession au sens de l'art. 260 LP . Outre l'articulation logique des dispositions en cause, le respect de la distribution des éventuels deniers exige un minimum de clarté dans le transfert du droit d'action, comme l'illustre le cas d'espèce : au moment de l'ouverture du procès, la société faillie était radiée depuis près de neuf ans, de sorte que l'action sociale prétendument exercée se résume à un rappel historique. Le montant réclamé est certes inférieur à la créance initiale de la demanderesse, mais c'est un hasard et l'inverse pourrait très bien se produire (on a vu qu'une demande en paiement de 100'000 francs eût été très concevable, sur la base du jugement de police), sans que la nécessité d'une cession puisse dépendre de cette circonstance. En cas de gain du procès et d'admission de la conclusion en paiement prise par la demanderesse, on ne voit nullement comment une répartition de l'excédent éventuel interviendrait, sinon selon son bon vouloir, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant. En outre, admettre qu'une telle action est sans autre possible reviendrait à contredire la jurisprudence rendue en matière de réinscription au registre du commerce, ce droit étant reconnu – car reposant alors sur un intérêt suffisant – au créancier qui entend obtenir la cession de prétentions en dommages-intérêts contre les organes de la société en faillite, avec la précision que « si celui-ci avait été lésé directement, il disposerait d'une action contre l'organe en question, qu'il pourrait faire valoir indépendamment de la dissolution de la société (cf. ATF 132 III 564 cons. 3.2.1) et n'aurait de ce fait aucun intérêt à obtenir la réinscription de cette dernière » (ATF 132 III 731).

E. 9

Au vu de ce qui précède, la qualité pour agir ne pouvait être reconnue à la demanderesse, dans le cadre de l'action sociale. Quant à la conclusion en paiement prise – et toujours recevable comme telle, si le demandeur affirme qu'un montant lui est dû –, elle ne pouvait prospérer hors du cadre précité, de sorte que son rejet en première instance était justifié. L'appel étant rejeté, l'appelante supportera les frais et dépens de deuxième instance, alors qu'il n'y a pas lieu à modification de ceux de première instance.