



COLLOCATION DANS LA FAILLITE D'UNE CRÉANCE DÉCOULANT D'UN PRÊT ET
POSTPOSITION FORCÉE EQUITABLE

ATF 151 III 440 : « Equitable subordination » des créances de proches en cas de faillite

Olivier HARI, 01.09.2026

Dans un arrêt de principe 5A_440/2024 du 31 mars 2025, publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral sous la référence **ATF 151 III 440**, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur la validité d'une postposition forcée de créances décidée par la commission de surveillance des créanciers dans le cadre de la collocation de créances découlant de prêts accordés par des parties liées (à savoir des membres du conseil d'administration et des actionnaires) à une société en difficulté financière, laquelle a finalement été déclarée en faillite. Cette postposition forcée se fondait sur l'interdiction de l'abus de droit (**art. 2 CC**). Le surendettement (**art. 725b CO / 725 al. 2 aCO**) au moment de l'octroi des prêts litigieux n'avait toutefois pas été établi ni démontré. Le Tribunal fédéral se prononce ici plus précisément sur la question de savoir si et à quelles conditions une créance peut être automatiquement postposée en cas de faillite, indépendamment de toute volonté contractuelle expresse du créancier.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que la doctrine considère généralement les prêts de personnes proches à des sociétés en difficulté comme problématiques, car ils permettent une poursuite d'activité sans assainissement réel, au détriment des créanciers existants et futurs. Deux courants doctrinaux principaux s'opposent quant à la solution : la requalification en fonds propres d'une part, et la postposition (forcée) d'autre part.

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite avoir définitivement écarté la thèse de la requalification en fonds propres. Les créances d'actionnaires envers leur propre société doivent être traitées comme des fonds étrangers et honorées comme tels, sous la seule réserve de l'abus de droit.

Le Tribunal fédéral examine par la suite le fondement retenu par l'instance cantonale, à savoir l'interdiction de l'abus de droit (**art. 2 al. 2 CC**). Il rappelle que cette norme constitue un correctif dans les cas où le droit conduirait matériellement à une injustice crasse. Et précise qu'une certaine retenue s'impose dans la reconnaissance de l'abus, qui ne doit être admise que dans des cas patents. S'agissant plus précisément du comportement contradictoire, il n'existe pas de principe général imposant une obligation de se conformer à son comportement antérieur ; seule la rupture d'une confiance digne de protection, découlant d'un comportement antérieur, puis déçue par un comportement ultérieur, constitue une violation de la bonne foi.

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence cantonale admettent un abus de droit lorsqu'un actionnaire prête à sa société en difficulté puis, dans une faillite, demande la collocation de sa créance. Trois tests alternatifs sont couramment utilisés en doctrine pour circonscrire cet abus :

- Le test du tiers (*Drittmannstest*) : un tiers n'aurait pas accordé le prêt aux mêmes conditions ;
- Le test de l'assainissement (*Sanierungstest*) : le prêt a été octroyé à un moment où seul un apport en capital aurait permis un assainissement ;
- Le test du surendettement au sens de l'**art. 725 al. 2 aCO** : au moment de l'octroi du prêt, la société était surendettée.

Notre haute Cour tranche en faveur de l'application du seul critère du surendettement. Pour qu'un abus de droit reposant sur un comportement contradictoire soit retenu, il faut que le créancier proche ait, par l'octroi du prêt, fondé une confiance digne de protection chez les autres créanciers, déçue ensuite par la production dans la faillite de sa propre créance. En effet, en vertu de l'**art. 725 al. 2 aCO**, les créanciers peuvent légitimement compter sur le fait qu'une société commercialement active n'est pas surendettée, ou qu'une postposition a été conclue à hauteur de l'insuffisance d'actifs. Hors cas de surendettement, en revanche, aucune base légale ne permet de fonder une confiance des créanciers dans l'absence de difficultés financières de la société. Le Tribunal fédéral relève qu'une situation de perte de capital impose certes des obligations au conseil d'administration, mais ne crée aucune confiance digne de protection correspondante chez les créanciers. Le Tribunal fédéral écarte donc explicitement, comme fondements d'une confiance légitime, tant le test du tiers que de l'assainissement, puisque leurs critères ne créent pas une attente légitime protégée. Le Tribunal fédéral rappelle aussi qu'un surendettement peut toujours être établi après-coup, même si aucun bilan intermédiaire n'a été dressé à l'époque des faits, en violation de l'**art. 725 al. 2 aCO**.

Appliquant ces principes au cas d'espèce, le Tribunal fédéral conclut qu'en l'absence de surendettement, la situation financière obérée, connue des créanciers, et l'impossibilité d'obtenir des financements bancaires, ne suffisent pas à qualifier de manifestement abusif l'octroi des prêts et la production ultérieure de créances découlant de ces prêts dans la faillite. L'argument de la masse en faillite, selon lequel le critère du surendettement serait inadéquat car il inciterait le créancier proche à retarder la faillite, notamment pour laisser expirer le délai de l'action révocatoire au sens des **art. 285 ss LP**, est également écarté : la simple poursuite de la participation à la vie commerciale ne crée pas, à elle seule, l'état de confiance nécessaire pour retenir un comportement contradictoire.

Le Tribunal fédéral examine ensuite la problématique de la postposition conclue par actes concluants ou implicitement entre le créancier et la société. Appliquant les règles générales sur l'interprétation des contrats, le Tribunal fédéral constate que rien ne vient démontrer l'existence d'une volonté réelle des parties de postposer les créances. Il relève, sous l'angle de la volonté objective, qu'un contrat de prêt régit un rapport bilatéral entre prêteur et emprunteur ; toutefois, une postposition profite à des tiers qui ne sont pas parties au contrat – les autres créanciers. Sans indice(s) contraire(s), l'on ne saurait présumer qu'un prêteur consent

à une postposition.

Pour terminer, le Tribunal fédéral analyse si l'absence de disposition légale sur la postposition des prêts de proches constitue une lacune à combler par le juge (**art. 1 al. 2 CC**) ou un silence qualifié du législateur. Retraçant l'historique législatif de manière approfondie depuis 2001, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que le législateur a sciemment renoncé à réglementer la matière, considérant l'interdiction de l'abus de droit (**art. 2 al. 2 CC**) comme un correctif suffisant.

SOCIETAS.LAW

La plateforme du droit suisse de l'entreprise



01.09.2026



Commentaires



Créanciers & fonds étrangers, Faillite & assainissement, Jurisprudence, Liquidation, faillite & assainissement, Structure du capital, Surendettement & perte de capital



SA & SCmA, Sàrl, SCoop, Sociétés de capitaux

Reproduction autorisée avec la référence suivante :

Olivier HARI, ATF 151 III 440 : « *Equitable subordination* » des créances de proches en cas de faillite, 01.09.2026 in : <https://societas.law/15/>