

DROIT DE LA SA

Olivier DUNANT

Photo

LA POSTPOSITION DE CRÉANCES ET SON IMPACT SUR LE CALCUL DU DOMMAGE EN CAS DE FAILLITE – LE TF POURRAIT ENVISAGER DE REVOIR SA JURISPRUDENCE 4A.478/2008 DU 16 DÉCEMBRE 2008

A. PROBLÉMATIQUE

I. AVIS AU JUGE EN CAS DE SURENDETTEMENT

L'article 725 al. 2 du Code des obligations (CO) impose au conseil d'administration d'aviser le juge en cas de surendettement¹. C'est la règle. Exceptionnellement, le conseil d'administration peut renoncer à l'avis au juge si «*des créanciers de la société acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société*» dans la mesure de l'insuffisance d'actif². Cette base légale introduit la notion de postposition et vise à faciliter l'assainissement des entreprises. Le conseil d'administration est responsable d'aviser le juge

¹ Je remercie M^e JACQUES JOHNER de l'aide qu'il m'a apportée dans la préparation de cet article.

² Art. 725 al. 2 i.f. CO.

en première ligne, puis l'organe de révision en deuxième ligne, en cas d'inaction du conseil d'administration³.

II. NOUVELLE PRATIQUE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

En 2007, le Tribunal fédéral a décidé dans le cadre d'une action en responsabilité contre les organes, que l'existence d'une postposition ne contribue pas à réduire le dommage dont répondent les organes⁴. Au contraire, dans le calcul du dommage, les créances postposées sont imputées aux organes responsables.

Le professeur Alain Hirsch a publié un commentaire critique de cet arrêt en 2007⁵, considérant que la communauté des créanciers ne peut pas invoquer valablement un dommage, notamment au motif que les créanciers postposés auraient consenti au dommage. En 2008, dans la même affaire genevoise, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence de l'année précédente⁶.

III. PRINCIPE DE LA POSTPOSITION DE CRÉANCES

La postposition de créances (en anglais *the subordination of claims* et en allemand *der Rangrücktritt*) est un contrat conclu entre le créancier et la société débitrice par lequel, aussi longtemps que la société est surendettée, le créancier renonce à l'exigibilité de sa créance et accepte de manière irrévocable qu'en cas de faillite de la société débitrice, sa créance soit placée à un rang inférieur par rapport à toutes les autres créances⁷. La loi ne définit pas la postposition, mais l'art. 725 al. 2 CO décrit la postposition ainsi : le conseil d'administration avise le juge, «*à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif*». La postposition

³ Art. 728c al. 3 CO pour le contrôle ordinaire et art. 729c CO pour le contrôle restreint.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.58/2007 du 25 mai 2007.

⁵ ALAIN HIRSCH, Responsabilité de l'organe de révision – Portée d'une «postposition de créance» pour l'évaluation du dommage, Arrêt du Tribunal fédéral 4C.58/2007 du 25 mai 2007, RSDA 5/2007, p. 412-414.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A.478/2008 du 16 décembre 2008.

⁷ CR CO II–PETER/CAVADINI, art. 725 CO N 50.

n'est soumise à aucune forme particulière. En pratique, la forme écrite s'impose toutefois pour des raisons de preuve⁸.

Les caractéristiques principales de la postposition ont été rappelées par le professeur Olivier Hari⁹ ainsi :

- La postposition doit être irrévocable et valoir non seulement en cas de faillite ou d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs, mais également en cas de sursis concordataire.
- La convention de postposition doit préciser si le remboursement des intérêts est également concerné par la postposition.
- La postposition permet à une société surendettée de poursuivre son activité dans l'optique d'un assainissement.
- Pendant toute la durée de la postposition, la créance ne peut pas être remboursée par la société.

En pratique, un créancier n'accepte d'être remboursé après les autres créanciers que s'il a des raisons économiques de le faire. Une postposition dispense uniquement le conseil d'administration de l'avis de surendettement au juge. Elle n'annule pas le surendettement¹⁰. D'un point de vue comptable, la postposition ne constitue pas un abandon de créance; le ratio actifs/passifs reste donc inchangé. Dans le bilan de la société, une créance postposée sera hybride, à mi-chemin entre les dettes (fonds étrangers) et le capital (fonds propres). On peut parler de quasi-fonds propres¹¹.

B. RÉSUMÉ L'ARRÊT 4A.478/2008 DU 16 DÉCEMBRE 2008

I. LES FAITS

Il s'agit d'un cas classique dans lequel les organes ont tardé à aviser le juge malgré une situation de surendettement selon l'art. 725 al. 2 CO.

⁸ PASCAL MONTAVON, *Droit suisse de la SA*, éditions juridiques AMC, Lausanne 2004, p. 431.

⁹ OLIVIER HARI, *La Chambre fiduciaire suisse modifie son modèle type de convention de postposition*, <http://www.cdbf.ch/791/>, 15 février 2012.

¹⁰ Manuel suisse d'audit, tome «Contrôle restreint», *Chambre fiduciaire*, Zurich 2014, I.5.5.6.1, p. 90.

¹¹ RITA TRIGO TRINDADE, *Les prêts remplaçant les fonds propres, in Insolvence, désendettement et redressement*, Mélanges Dallèves, 2000, p. 379.

L'état de fait résumé plus bas est limité aux éléments pertinents pour le calcul du dommage.

La société C exploitait un café-restaurant. En raison des pertes subies, les créanciers-actionnaires ont signé plusieurs conventions de postposition de créances successives pour un montant total d'environ 4,3 mio de francs. Puis le conseil d'administration a déposé le bilan auprès du juge et la faillite a été prononcée fin 1998.

Les actionnaires n'ont pas produit leur créance postposée dans la faillite.

L'administration de la faillite a cédé les droits de la masse contre les organes responsables à un créancier selon l'art. 260 LP.

Dans le cadre du procès en responsabilité contre les organes, un expert a établi que le surendettement était manifeste dès fin 1996. Les pertes de la société ont augmenté de fin 1996 à fin 1998, lorsque la faillite a été prononcée. Cependant, l'expert démontre que les créances non postposées ont diminué, tandis que les créances postposées ont augmenté entre 1996 et 1998. L'expert est d'avis qu'il n'y a pas de dommage, car le découvert a en réalité diminué durant la période critique.

II. LE DROIT

Les juges ont considéré que l'organe de révision était responsable de l'augmentation du dommage entre le moment de la constatation du surendettement manifeste (fin 1996) et le moment où la faillite a été prononcée, près de deux ans plus tard, malgré le fait que les créances non postposées ont diminué.

Le Tribunal fédéral rappelle dans les deux arrêts de 2007 et 2008 le calcul du dommage classique selon la **théorie de la différence**. Lorsqu'il s'agit de déterminer le dommage que les administrateurs (cf. art. 754 CO) ou les réviseurs (cf. art. 755 CO) ont causé à la société en tardant de manière fautive à aviser le juge (cf. art. 725 al. 2 et 729b al. 2 CO), il y a lieu de comparer, conformément à la théorie de la différence, le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le dommage de la société consiste ainsi dans l'augmentation du découvert entre le moment où la faillite aurait été prononcée si le défendeur n'avait

pas manqué à ses devoirs et le moment où la faillite a effectivement été prononcée (ATF 132 III 342 consid. 6.2, 564 consid. 6.2; arrêt 4C.117/1999 du 6 novembre 1999, consid. 2b).

Ce dommage doit être calculé en évaluant les actifs de la société à leur **valeur de liquidation** (arrêt 4C.58/2007 du 25 mai 2007, consid. 4.2). Le Tribunal fédéral a jugé que l'expert renseigne le juge sur son domaine d'expertise, mais que c'est au juge qu'il revient de résoudre les questions juridiques, comme la définition du dommage. L'expert avait conclu à l'absence de dommage en raison de la diminution du découvert entre 1996 et 1998.

Le Tribunal fédéral expose ensuite qu'il ne faut pas se fonder, pour calculer le dommage subi par la société, sur les seules dettes sociales envers les tiers, mais sur l'ensemble des fonds étrangers inscrits au passif du bilan de la société, **y compris les créances postposées des actionnaires**. En effet, la postposition de créance ne constitue pas un abandon de créance et n'élimine pas le surendettement; la créance postposée continue d'exister en tant que passif de la société et le créancier obtiendra un acte de défaut de biens dans la faillite (arrêt 4C.58/2007 du 25 mai 2007, consid. 4.3). À notre avis, cette conclusion est critiquable et nous y reviendrons plus bas.

L'arrêt considère qu'un organe responsable d'avoir causé un dommage ne peut pas objecter à un créancier postposé, cessionnaire des droits de la masse, que l'on ne devrait pas tenir compte du dommage subi par les créanciers postposés, au motif que ceux-ci auraient **consenti à ce dommage** en acceptant la postposition de leurs créances (arrêt 4C.58/2007 du 25 mai 2007, consid. 4.3).

En conclusion, le recours a été rejeté et la condamnation de l'organe de révision au paiement du dommage confirmée.

C. COMMENTAIRE

I. INCITATION POUR LES ORGANES DE DÉPOSER LE BILAN AU LIEU DE FAVORISER L'ASSAINISSEMENT

La possibilité offerte par l'art. 725 CO de postposer des créances a pour but de favoriser l'assainissement des entreprises en difficulté. Si de nouvelles pertes sont compensées par une postposition, les organes

peuvent renoncer à aviser le juge. La jurisprudence du Tribunal fédéral considère que les organes sont responsables de l'augmentation du dommage, malgré l'existence d'une postposition. Cette situation incite donc le conseil d'administration et, subsidiairement, l'organe de révision à déposer le bilan sans tenir compte de la postposition, pour éviter d'être tenus ensuite responsables de l'augmentation du dommage. La postposition devrait permettre d'éviter l'intervention du juge. La jurisprudence commentée va à l'encontre de ce but.

Ce résultat est contraire au but de l'art. 725 al. 2 i. f. CO qui vise à favoriser l'assainissement. En effet, la postposition permet à une société surendettée de poursuivre légalement son exploitation et d'effectuer un assainissement, à condition toutefois que ni les créanciers actuels ni de futurs créanciers ne subissent de perte. La société peut ainsi, légalement, prendre part aux affaires alors qu'elle a perdu ses fonds propres¹².

Si la seule faute de l'organe de révision est de tarder à déposer le bilan, ce dernier n'aura plus intérêt à accepter une convention de postposition, mais sera poussé à provoquer la faillite malgré des possibilités d'assainissement. La façon dont le Tribunal fédéral calcule le dommage réduit fortement l'intérêt d'accepter des conventions de postposition¹³.

Les créances postposées ne devraient pas être additionnées au dommage supporté par le conseil d'administration ou l'organe de révision. La doctrine a critiqué la solution retenue par le Tribunal fédéral¹⁴.

¹² Manuel suisse d'audit, tome «Contrôle restreint», Chambre fiduciaire, Zurich 2014, I.5.5.6.1, p. 89.

¹³ WALTER STOFFEL, Le droit des sociétés 2008/2009 *in* RSDA 2010 p. 63.

¹⁴ ALAIN HIRSCH, Responsabilité de l'organe de révision – Portée d'une «postposition de créance» pour l'évaluation du dommage, Arrêt du Tribunal fédéral 4C.58/2007 du 25 mai 2007, RSDA 5/2007, p. 412-414. RICO CAMPOUNOVO/ANDREAS BAUMGARTNER, Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall, ST 12/2011, p. 1036-1039. PHILIPPE JACQUEMOUD/AURÉLIEN PASQUIER, Responsabilité du Conseil d'administration avant et après le surendettement, Réflexions sur la restructuration d'entreprise, SJ 2013 II, p. 271-330. PHILIPPE JACQUEMOUD/AURÉLIEN PASQUIER, Postposition (subordination), Calcul du dommage lors du procès en responsabilité contre le Conseil d'administration et/ou le réviseur lors de la faillite ou du sursis concordataire par abandon d'actifs, SZW 4/2014, p. 292-300. LUKAS GLANZMANN, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens *in* Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Berne 2014, p. 261 à 266 avec exemples.

II. DÉLIMITATION ENTRE LA POSTPOSITION ET L'ABANDON DE CRÉANCE

Un abandon de créance, irrévocable, constitue une modalité d'extinction de la créance concernée du bilan. En ce sens, l'abandon de créance conduit à un assainissement réel du bilan, sans pour autant procurer des liquidités à la société surendettée. Une créance postposée n'est pas éteinte. Elle demeure au bilan, et autorise seulement le conseil d'administration à ne pas avertir le juge du surendettement¹⁵.

Si les créanciers postposés renoncent à faire valoir leurs créances postposées en cas de faillite, les organes seront plus enclins à accepter la postposition, sans déposer le bilan auprès du juge.

III. NOUVEAU MODÈLE DE CONVENTION DE POSTPOSITION

Outre la critique de la doctrine, l'arrêt du Tribunal fédéral commenté a donné lieu à d'autres rebondissements.

Lorsque les dirigeants d'une société sont confrontés à des difficultés financières, ils se tournent souvent vers leur organe de révision pour évaluer les options disponibles. L'organe de révision mentionne souvent la postposition comme solution temporaire pour éviter l'avis au juge. L'organe de révision a intérêt à ce que la postposition soit inattaquable. En pratique, le modèle de convention de subordination de la Chambre fiduciaire (devenue entre-temps EXPERTsuisse) est très utilisé. L'organe de révision dispose de bons arguments pour suggérer l'utilisation de ce modèle, en lien avec la délivrance d'une opinion d'audit sans réserve et l'avis au juge.

Fin 2011, EXPERTsuisse a publié un nouveau modèle de convention de postposition¹⁶. Ce modèle contient le texte suivant :

« En cas d'ouverture de la faillite (art. 175 et 192 LP) et d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs (art. 317 LP), le créancier renonce à faire valoir les créances précitées dans la mesure où le produit de la

¹⁵ OLIVIER HARI, La Chambre fiduciaire suisse modifie son modèle type de convention de postposition, <http://www.cdbf.ch/791/>, 15 février 2012.

¹⁶ Le modèle est publié dans le Manuel suisse d'audit, tome « Contrôle restreint », p. 94.

réalisation est nécessaire à l'extinction complète de toutes les prétentions des autres créanciers de la société et aux paiements des éventuels frais de liquidation, de sursis ou de faillite».

EXPERTsuisse explique que ce changement est rendu nécessaire par les arrêts du Tribunal fédéral 4C.58/2007, 4A_478/2008 et 4A_277/2010¹⁷.

IV. AVANT-PROJET DE GRANDE RÉVISION DU DROIT DE LA SA

Le Conseil fédéral a publié le 28 novembre 2014 un avant-projet de grande révision du droit de la SA¹⁸. Suite aux critiques émises par une partie de la doctrine, le gouvernement a proposé de modifier l'art. 757 CO sur la responsabilité des administrateurs, du représentant indépendant et des personnes qui s'occupent de la gestion et de la liquidation et les prétentions dans la faillite. Un nouvel art. 757 al. 4 CO est proposé ainsi :

« Les créances des créanciers sociaux qui ont accepté qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société ne sont pas prises en compte dans le calcul du dommage. »

Le rapport explicatif de l'avant-projet indique que la jurisprudence précitée entrave les assainissements : conformément aux considérations du Tribunal fédéral, lorsque l'assainissement échoue par la suite et qu'une faillite est ouverte, les créances postposées sont prises en compte dans le calcul du dommage relatif à l'action en responsabilité, ce qui ne paraît indiqué ni eu égard aux créanciers tiers bénéficiant de l'ajournement, ni du point de vue de la responsabilité des organes. Une clarification du législateur est donc nécessaire dans ce domaine si l'on veut éviter de pérenniser la situation juridique actuelle, qui ne permet plus aux entreprises de bénéficier de l'avantage offert par une postposition de créances¹⁹.

¹⁷ OLIVIER HARI, La Chambre fiduciaire suisse modifie son modèle type de convention de postposition, <http://www.cdbf.ch/791/>, 15 février 2012.

¹⁸ L'avant-projet peut être consulté sur le site http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2499/CO-droit-de-la-societe-anonyme_Projet_fr.pdf.

¹⁹ Avant-projet de rapport explicatif relatif à la modification du Code des obligations (droit de la société anonyme), p. 151.

D. CONCLUSION

Dans l'arrêt commenté et d'un point de vue économique, des proches de la société ont postposé leurs créances envers la société et ont permis le remboursement des autres créanciers sociaux (non postposés). Entre 1996 et 1998, le découvert a diminué, ce qui est dans l'intérêt des autres créanciers sociaux. Si le conseil d'administration et l'organe de révision avaient déposé le bilan tout de suite en 1996 et la faillite prononcée à ce moment-là, la situation des autres créanciers sociaux aurait été moins bonne.

Ce problème a été identifié par la doctrine, par EXPERTsuisse et par le Conseil fédéral.

EXPERTsuisse a modifié le modèle de convention de postposition pour prévoir que les créanciers postposés renoncent à leur créance en cas de faillite. Toutefois, toutes les conventions de postposition ne suivent pas ce modèle.

Par ailleurs, ce problème a également été identifié dans l'avant-projet de grande révision du droit de la société anonyme. Un nouvel art. 757 al. 4 CO est proposé pour que les créances postposées ne soient pas prises en compte dans le calcul du dommage. Cependant, on peut s'attendre à ce que le processus législatif prenne encore des années avant que la modification entre en vigueur.

Il serait donc judicieux que le Tribunal fédéral modifie sa jurisprudence à la prochaine occasion, pour que les créances postposées ne soient pas prises en compte dans le calcul du dommage. Il faut éviter que la jurisprudence ne prive le mécanisme de postposition de créance prévu à l'art. 725 al. 2 CO de tout effet.