

# Jurisprudence récente en droit des affaires

Une manifestation de  
Académie de la Chambre fiduciaire SA

Hôtel Mont-Blanc au Lac, Morges

Genève, le 24 novembre 2011

# Liquidation et assainissement de sociétés

## Développements récents

Sébastien Bettschart

Dr en droit, LL.M. (NYU)

Avocat, ABELS Avocats

Chargé d'enseignement à l'Université de Genève

[bettschart@abels.pro](mailto:bettschart@abels.pro)

# I. Jurisprudence

## 1. ATF 136 III 278 (faits résumés *in* SJ 2010 I 385)

- Faits
  - A, B (administrateur unique) et C détiennent chacun environ 1/3 de X SA, une société immobilière
  - La société est saine, réalise chaque année des bénéfices mais ne distribue pas de dividendes
  - A est systématiquement minorisée
  - Nombreuses procédures civiles et pénales en cours
  - Après avoir obtenu l'annulation de certaines décisions de l'AG, A demande finalement la dissolution de la société pour justes motifs (art. 736 IV CO)
  - TPI ordonne la dissolution; jugement annulé par le TC puis en dernier recours par le TF
- Droit
  - *Obiter dicta*: refus de distribuer des dividendes et injonction du juge

# I. Jurisprudence

- Conditions de l'art. 736 IV CO
  - 10%
  - Justes motifs => large pouvoir d'appréciation (équité)
  - Autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés
- Exégèse de l'art. 736 IV CO
  - Principe de majorité
  - Dissolution est une mesure de dernier recours lorsque l'application du principe de majorité aboutit à une situation intolérable parce que la majorité agit systématiquement à l'encontre des intérêts de la société ou à l'encontre des droits et intérêts légitimes des actionnaires minoritaires (cas typique)
  - Autres cas:
    - Mauvaise gestion constante de nature à entraîner la ruine de la société (ATF 126 III 266)
    - Impossibilité d'atteindre le but social ou décisions poursuivant un but étranger au but social
    - Situation de blocage des organes
  - Dissolution est une mesure subsidiaire par rapport à des mesures moins lourdes (action en annulation ou demande en renseignements)
  - Conflits personnels n'entrent, en principe, pas en ligne de compte
  - Principe de proportionnalité (pesée des intérêts: autres actionnaires, travailleurs, créanciers)

# I. Jurisprudence

- En l'occurrence
  - Revue du TF limitée (violation du droit ou établissement des faits manifestement inexacts)
  - Compte tenu du large pouvoir d'appréciation du TC, il n'y a pas lieu de considérer qu'il ait violé le droit fédéral en ne prononçant pas la dissolution pour justes motifs
- Commentaires
  - Large pouvoir d'appréciation des juridictions cantonales ("justes motifs", "autre solution adaptée")
  - TF peu enclin à substituer son appréciation à celle des juridictions cantonales
  - Dans une SA, l'aspect financier est prépondérant
  - Des conflits, même importants, entre actionnaires ne constituent pas un juste motif suffisant, tant que cela ne conduit pas à une situation de blocage
  - Dans le cadre de petites sociétés à caractère familial, les aspects personnels peuvent, marginalement, jouer un rôle dans la pesée d'intérêts
  - Autre solution adaptée? A avait reçu une offre de rachat de ses actions!
    - Réduction du capital-actions
    - Rachat d'actions
    - Représentant des minoritaires au CA
    - Transfert d'actifs, scission, etc.

# I. Jurisprudence

## 2. ATF 136 III 322 = SJ 2010 I 577 (caviar)

- Faits
  - Y SA, active dans le commerce du caviar, est déclarée en faillite le 6 octobre 1994
  - Cession des créances en responsabilité (env. CHF 21 mio.) contre les administrateurs et l'organe de révision pour avoir notamment retardé le dépôt de bilan
- Droit
  - Lorsque le dommage consiste dans l'augmentation du surendettement en raison d'un dépôt de bilan tardif, il faut comparer l'état du patrimoine au moment de l'ouverture de la faillite et celui qui aurait existé si la faillite avait été prononcée à temps (art. 725 II et 729c CO) – théorie de la différence
  - Sur la base des bilans établis aux valeurs de liquidation (confirmation de jurisprudence)

# I. Jurisprudence

- Le calcul de la différence de patrimoine reposant sur une hypothèse, le dommage ne peut être qu'estimé (art. 42 II CO)
- Le juge doit appliquer d'office l'art. 42 II CO
- Il appartient toutefois aux parties d'alléguer les faits pertinents de manière suffisamment précise pour permettre une contestation circonstanciée ou une offre de preuve contraire
- Le délai de prescription relatif de 5 ans (art. 760 I CO) commence à courir à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne responsable. Pour les créanciers cessionnaires, la date déterminante (connaissance suffisante) est normalement celle du dépôt de l'état de collocation et de l'inventaire. En aucun cas, avant l'ouverture de la faillite.

# I. Jurisprudence

## 3-4. Arrêt 4C.58/2007 = SJ 2008 I 55 et Arrêt 4A\_478/2008

- Action en responsabilité par un créancier cessionnaire contre l'organe de révision ayant failli à son devoir d'informer le juge du surendettement manifeste (art. 729c CO)
- Expertise montre que le montant des créances non postposées avaient en réalité diminué entre le moment où la faillite aurait dû être prononcée et l'ouverture de la faillite

Date	Créances non postposées	Créances postposées
1995	2'531'541	667'985
1998	<u>1'420'448</u>	<u>2'559'896</u>
Différence	1'111'092	1'891'190

# I. Jurisprudence

- Compte tenu des valeurs de liquidation, l'expert est d'avis qu'il n'y a pas de dommage car le découvert avait en réalité diminué entre 1995 et 1998
- Non dit le TF:
  - Expert renseigne le juge sur son domaine d'expertise mais c'est au juge qu'il revient de résoudre les questions juridiques (définition du dommage)
  - Les créances postposées doivent être prises en compte dans le calcul du dommage
    - Postposition ≠ abandon de créances
    - "Consentement" des créanciers postposants (exception personnelle) n'est pas opposable aux créanciers cessionnaires (créance de la communauté des créanciers en réparation du dommage causé à la société faillie)
    - Le fait que les créanciers postposants n'aient *in fine* pas produit leurs créances n'est pas pertinent, le moment déterminant pour calculer le dommage étant celui de l'ouverture de la faillite

# I. Jurisprudence

- Est-ce juste?
  - Remboursement des créanciers sociaux par des créanciers proches
  - Organe a violé ses obligations (art. 729c CO) – sinon il n'y aurait pas eu de prétention en responsabilité
  - Dividende de faillite disponible pour les créanciers sociaux plus important
  - Créanciers survenants

# I. Jurisprudence

## 5. Arrêt du TC FR du 7 septembre 2011

- Faits
  - X Sàrl ne dispose pas d'un organe de révision inscrit et agréé
  - RC somme X Sàrl de régulariser sa situation puis requiert le juge de prendre les mesures nécessaires
  - Juge fixe à X Sàrl un nouveau délai faute de quoi la société sera dissoute
  - Le 20 juin 2011, dissolution prononcée et liquidation confiée à l'office des faillites
  - Le 22 juin 2011, X Sàrl écrit au juge pour l'informer qu'elle avait mandaté une fiduciaire 8 mois auparavant, qu'elle n'arrivait pas à la joindre et qu'elle ne voulait pas être radiée
  - Juge dessaisi ne peut modifier sa décision mais indique voie de droit => appel déposé le 17 août 2011
  - Inscription de l'organe effectuée pendant la procédure d'appel

# I. Jurisprudence

- Droit
  - Délai de recours de 10 jours (art. 314 CPC) applicable aux procédures sommaires ou de 30 jours (art. 311 I CPC) et faisant l'objet d'une suspension pendant les fêtes (art. 145 I b CPC)?
  - Type de procédure applicable aux mesures prises en vertu de l'art. 731b CO (carences dans l'organisation de la société)?
    - Procédure sommaire expressément prévue pour la fixation d'un délai lorsque le nombre des membres est insuffisant ou que des organes font défaut (art. 250 c 6 CPC, exemplatif) mais non pour la décision de dissoudre
    - Compte tenu de la matière régie par l'art. 731b CO (réglementation uniforme des cas dans lesquels les dispositions impératives relatives à l'organisation de la société sont violées), il paraît justifié de soumettre l'ensemble des mesures prévues à l'art. 731b CO à la procédure sommaire
  - Appel irrecevable => société dissoute (sous réserve d'un recours au TF)
  - Autres solutions *in casu*?
    - Art. 153 V ORC par analogie (absence de domicile)? (ATF 136 III 369 = JdT 2010 I 362; Arrêt 4A\_234/2011)
    - Révocation de la faillite (art. 195 LP)?

# I. Jurisprudence

## 6. Arrêt de l'Obergericht ZH du 1<sup>er</sup> mars 2011

- Faits
  - RC requiert du juge qu'il prenne les mesures nécessaires suite à la radiation de l'administrateur unique de P AG (art. 731b I 1 CO)
  - P AG nomme deux administrateurs suite à la décision judiciaire
  - Procédure radiée du rôle mais P AG condamnée aux frais de justice => recours
- Droit
  - Art. 154 I ORC prescrit que, en cas de carences dans l'organisation de la société, le RC somme, par lettre recommandée, **les personnes tenues de requérir l'inscription** (art. 17 I c ORC) de régulariser la situation
  - Faute d'administrateurs en mesure de procéder à l'inscription, le RC n'avait pas envoyé une telle sommation

# I. Jurisprudence

- Faux dit l'Obergericht. Dans ce cas il faut sommer la **société** elle-même (*cf.* art. 731b I 1 CO; art. 29 II Cst)
- Eventuellement publication dans la FOOSC (*cf.* art. 153 II ORC)?

# I. Jurisprudence

## 7. Arrêt 4A\_496/2010

- Faits
  - X SA se trouve dans une situation financière délicate et mène des négociations intensives avec ses banques
  - Accord entre Y SA et les banques par lequel celles-ci acceptent d'augmenter la ligne de crédit de 15,4 à 16,4 mio. si le capital-actions de X SA est augmenté en espèces d'un montant de CHF 4 mio.
  - Montant souscrit notamment par C (adm.) pour CHF 400'000 et G SA (détenue par C) pour CHF 600'000
  - Immédiatement après l'augmentation, X SA paie CHF 400'000 à C et CHF 600'000 à G SA en remboursement (partiel) de dettes échues faisant l'objet de poursuites (crédit commercial et livraison de biens)
  - Ces remboursements avaient été prévus avec les banques
  - Quelques jours plus tard, la société présente une perte de capital (art. 725 I CO) puis la situation s'aggrave et le sursis est accordé

# I. Jurisprudence

- Dans le cadre du concordat par abandon d'actifs subséquent, action en responsabilité de X SA contre les administrateurs à hauteur des montants remboursés à C et G SA; rejetée en 1<sup>ère</sup> et 2<sup>e</sup> instances cantonales
- Droit
  - Le TF confirme sa jurisprudence: le fait de rembourser à des actionnaires des dettes exigibles (réelles) qui existaient avant l'augmentation du capital-actions ne constitue pas un remboursement illicite du capital-actions (art. 680 II CO), même si ce remboursement est effectué directement au moyen des fonds résultant de l'augmentation du capital-actions
  - Compte tenu des circonstances (et du pouvoir d'examen du TF), on ne peut pas reprocher aux administrateurs de n'avoir pas compté sur la continuation de la société
  - La situation aurait été différente si la situation économique de la société avait été sans espoir et que la continuation de l'exploitation ne rentrait plus sérieusement en considération

# I. Jurisprudence

- Dans ce cas (Arrêt 5C.29/2000):
  - Les comptes à la valeur d'exploitation ne sont plus pertinents et il faut les établir à la valeur de liquidation
  - Dès ce moment, le fait de favoriser un créancier constitue une violation des devoirs de l'administrateur
  - Les créanciers doivent être traités de manière égale, conformément aux rangs prévus à l'art. 219 LP
- En l'occurrence, il n'y a pas non plus violation des obligations de fidélité de l'administrateur (conflit d'intérêts), les dettes étant exigibles et le remboursement faisant partie du plan d'assainissement convenu avec les banques (art. 717 I CO). L'intérêt de la société n'aurait pas été mieux préservé en retardant le remboursement de ces dettes.
- Commentaire
  - Le raisonnement relatif au remboursement du capital doit être approuvé
  - Libération par compensation (déclaration, attestation et publicité)?
  - Egalité de traitement des créanciers en droit des sociétés?

# I. Jurisprudence

- Action révocatoire?
- Le raisonnement sur le conflit d'intérêts est moins convaincant

# I. Jurisprudence

## 8. Arrêt 5A\_269/2010

- Faits
  - X SA demande qu'il lui soit accordé un ajournement de faillite (art. 725a CO) puis, à l'issue de celui-ci, un sursis concordataire (art. 293 LP)
  - Aucun bilan intermédiaire n'est présenté au juge de la faillite et le bilan provisoire n'indique pas de surendettement (mais des problèmes de liquidité existent)
  - Ajournement de la procédure de faillite (art. 173a LP)
  - Echec du concordat et retour au juge de la faillite
  - Le juge de première instance prononce la faillite d'X SA
- Droit
  - Formellement, la faillite prévue à l'article 725a CO ne peut être prononcée que sur la base d'un avis de surendettement et de bilans intermédiaires vérifiés – elle ne peut être ajournée qu'aux mêmes conditions

# I. Jurisprudence

- Matériellement, la société doit être surendettée
- La requête de sursis concordataire ne peut être assimilée à un avis de surendettement au sens de l'art. 725a CO; les deux procédures sont distinctes l'une de l'autre
- Le jugement cantonal et la faillite sont annulés

## II. Assainissement – Projets de révision

### 1. Projet de révision du droit de la SA et du droit comptable (FF 2008 1407)

- Art. 725 PCO – Perte de capital
  - " ... moitié de la somme du capital-actions, de la **réserve légale issue du capital et de la réserve légale issue du bénéfice** ... "
  - Art. 671 s. PCO
  - Suppression de la possibilité de réévaluer (art. 670 CO)

## II. Assainissement – Projets de révision

- Art. 725a PCO – Insolvabilité

<sup>1</sup> *S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est insolvable, le conseil d'administration établit immédiatement un **plan de trésorerie** qui dresse un inventaire actualisé des liquidités et contient une liste des versements et des paiements attendus au cours des douze mois suivants.*

<sup>2</sup> *Le conseil d'administration fait vérifier le plan de trésorerie par un **réviseur agréé**. Il appartient à ce dernier de procéder aux avis obligatoires qui incombent à l'organe de révision.*

<sup>3</sup> *Si la société est insolvable, le conseil d'administration doit convoquer une **assemblée générale** sans délai et lui proposer des **mesures d'assainissement**."*

- Erreur de conception?
- Avis obligatoires (art. 728c et 729b I 2 CO)
- Convocation de l'assemblée (art. 699 I CO)

## II. Assainissement – Projets de révision

- Art. 725b PCO – Avis obligatoire selon les statuts  
*"Les statuts peuvent prévoir d'**autres situations** dans lesquelles le conseil d'administration est tenu de convoquer immédiatement l'**assemblée générale** et de lui proposer des mesures d'assainissement."*
  - Avis obligatoires (art. 728c et 729b I 2 CO)
  - Convocation de l'assemblée (art. 699 I CO)

## II. Assainissement – Projets de révision

- Art. 725c PCO – Surendettement

"<sup>2</sup> Dans le bilan intermédiaire, les valeurs de liquidation peuvent être fixées à un niveau supérieur à la valeur maximale prévue par la loi s'il est prévu **d'aliéner les biens en question dans les douze mois et que cette aliénation paraît possible**. Le bilan intermédiaire doit présenter **séparément** les dettes de rang inférieur.

<sup>4</sup> Si les deux bilans intermédiaires montrent que la société est surendettée, le conseil d'administration en informe le juge.

<sup>5</sup> Il n'est pas tenu d'aviser le juge si des créanciers **ajournent** des créances et acceptent qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de l'insuffisance de l'actif. L'ajournement doit porter sur le principal et sur les **intérêts dus** pendant toute la durée du surendettement."

## II. Assainissement – Projets de révision

### 2. Projet de révision de la LP (FF 2010 5871)

- Du grounding de Swissair le 2 octobre 2001 au refus d'entrée en matière du Conseil national du 27 septembre 2011
- Protection des employés (PS) et protection des créanciers (UDC)?
- Besoin ponctuel de révision
  - Suppression de l'ajournement de faillite (art. 725a CO)
  - Transformation du sursis-étape vers le concordat en un sursis-assainissement
    - Octroi du sursis facilité (art. 293 et 293d PLP)
    - Nomination du commissaire provisoire et publication du sursis provisoire facultatives (art. 293b II et 293c II PLP)
    - Annulation du sursis en cas d'assainissement (art. 296a PLP)
    - Suspension des procès (art. 297 V PLP)
    - Renforcement de la participation des créanciers (art. 295a et 295c PLP)

## II. Assainissement – Projets de révision

- **Modification du droit matériel**
  - Possibilité de convertir de force les créances en nature en créances en argent (art. 297 IX PLP)
  - Cession de créances futures cesse de produire des effets pour les créances nées postérieurement au sursis (art. 297 IV PLP), sauf autorisation du juge ou de la commission des créanciers (art. 298 II PLP)
  - Possibilité de résilier les contrats de durée (art. 297a PLP)
  - Règlementation du sort des contrats de durée en cas de faillite (art. 211a PLP)
- **Sort des travailleurs**
  - Régime en cas de transfert d'entreprises (art. 333b PCO)
  - Droit d'information et de consultation (art. 333b et 335e II PCO)
  - Plan social obligatoire (art. 335h ss PCO)
- **Privilèges et procédure**
  - Suppression du privilège de la TVA (2<sup>e</sup> classe) (art. 219 IV e LP)
  - Suppression des droits de rétention du bailleur de locaux commerciaux (art. 268 ss CO) et de la communauté des copropriétaires par étage (art. 712k CC)
  - Suppression de la garantie des créanciers chirographaires comme condition à l'homologation du concordat (art. 306 II 2 PLP)

## II. Assainissement – Projets de révision

- Obligation pour les actionnaires de s'acquitter d'une contribution équitable en cas de concordat ordinaire (art. 306 I 3 PLP)
- Désintéressement au moyen d'actions d'une société de défaisance (*Auffanggesellschaft*) (art. 314 Ibis et 318 Ibis LP)
- Irrévocabilité des actes accomplis pendant le sursis avec l'autorisation du juge ou de la commission des créanciers (art. 285 III PLP)
- Questions non traitées
  - Prêts assimilables aux fonds propres
  - Prêts d'assainissement
  - Insolvabilité des groupes de sociétés
- Appréciation
  - Intervention quantitativement limitée
  - Mais qualitativement importante

**Merci de votre attention**

**Sébastien Bettschart**  
**ABELS Avocats**  
**1, r. Michel-Roset**  
**1201 Genève**  
**T 022 715 07 00**  
**F 022 715 07 01**  
**bettschart@abels.pro**  
**www.abels.pro**