

**RESPONSABILITÉ DU
CONSEIL D'ADMINISTRATION AVANT ET
APRÈS LE SURENDETTEMENT**
**Réflexions sur la restructuration d'entreprise
(assainissement)**

par

JACQUEMOUD Philippe
avocat, LL.M., Jacquemoud Stanislas, Genève

et

PASQUIER Aurélien
MLaw, Homburger, Zurich

*«Des soins accordés aux bestiaux
dépend la beauté des races et des
individus, partant celle des produits;
je prêchai donc l'assainissement des
étables»*

(Balzac, Le médecin de
campagne, 1833)

I. INTRODUCTION

Le terme assainissement évoque la saleté qu'il convient de faire disparaître. Dans le cas des étables pour que les bestiaux aient le poil soyeux, dans le cas des sols pour que l'herbe soit verdoyante, dans le cas des entreprises pour que les actionnaires puissent rêver et les créanciers dormir sereinement. Souvent, les besoins d'action sont impérieux avant que la crasse ne s'installe. C'est ainsi que nous préférons parfois le terme restructuration à celui d'assainissement. Celui-là nous semble englober une part plus large des besoins d'une société en difficulté que celui-ci. La restructuration consiste effectivement à donner une nouvelle

organisation à une société, suivant de nouveaux principes, en vue d'une meilleure adaptation aux besoins¹. Malgré cette fine distinction, les deux termes seront aussi souvent utilisés comme synonymes.

Nous commencerons par rappeler les situations qui devraient allumer chez le conseil d'administration (le **Conseil**) les voyants jaunes puis rouges. Concernant le premier, nous prendrons position sur la manière de traiter l'agio dans le calcul de la perte de capital, sur la convocation de l'assemblée générale et sur la nature informelle des mesures à proposer à celle-ci. Concernant le second, nous montrerons que le bilan servant au calcul du surendettement ne peut être dressé aux valeurs d'exploitation que si la continuation des activités de la société est réaliste; à cette fin, nous développerons le concept d'un *safe harbor* permettant au Conseil de s'affranchir d'examiner plus en détail ce point si la solvabilité est donnée pour douze mois. Pour les *start-ups*, nous proposerons une règle différente, qui tient compte de la volonté du législateur. Nous finirons ce chapitre par la présentation des innovations prévues par le nouveau droit de la société anonyme.

Ensuite, nous distinguerons deux phases de restructuration, qui n'engendrent pas la même responsabilité pour le Conseil. Celle que nous baptisons «restructuration privée» se déroule à confesse mais sans ministre alors que l'autre, dite «restructuration publique», est jouée devant salle comble avec dans tous les cas un maître de cérémonie et parfois des adjudants bienveillants.

La responsabilité du Conseil lors de la première pièce est un Vaudeville bien connu et décortiqué à foison dans notre doctrine. Nous nous attarderons néanmoins sur certaines problématiques, qui ne nous paraissent pas encore très développées. Nous martèlerons surtout le principe selon lequel le Conseil ne doit pas être tenu pour responsable lorsque ses décisions sont prises de manière informée avec toute la diligence que nous pouvons raisonnablement attendre de lui et sans conflit d'intérêt. Le pire service que nous pourrions rendre aux sociétés de notre pays serait de les laisser se confronter à des administrateurs dont la prise de risque aurait été bridée à tort par nos tribunaux.

L'acte de restructuration dite publique, soit après le dépôt de bilan ou la demande de mesures conservatoires, a moins été mis en lumière par la doctrine, certainement en raison de l'absence de casuistique. Ce désintérêt apparent masque les problèmes pratiques que rencontre le Conseil qui reste aux commandes ou souhaite démissionner pendant cette représentation. Nous tenterons de systématiser les différentes problématiques et d'apporter des éléments de réponse.

¹ Définition selon le dictionnaire électronique du Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales.

Enfin, cette contribution n'a pas pour but de décrire toutes les mesures de restructuration que peut et doit prendre le Conseil lors des différentes phases pour se conformer à ses obligations. Notre approche se fait bien plus par le prisme de la responsabilité, dont l'illicéité, un manquement aux devoirs, n'est qu'une facette.

II. BESOINS DE RESTRUCTURATION

A. Perte de capital

1. *Remarques préliminaires*

La première alarme, qui oblige le Conseil à une réaction, retentit lorsque la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte selon le dernier bilan annuel² (art. 725 al. 1 CO). La notion de perte de capital peut être difficile à appréhender pour le praticien, qui n'est souvent pas très familier avec les chiffres. Quelques explications préalables nous permettront de mieux aborder la matière.

Concrètement, l'intention du législateur était que le Conseil doive proposer des mesures d'assainissement à l'assemblée générale lorsque la perte nette (*i.e.*, pertes cumulées moins bénéfices cumulés et réserves librement disponibles) dépasse la moitié de la somme du capital-actions et des réserves légales. La situation est la même lorsque les actifs nets de la société (*i.e.*, actifs moins fonds étrangers) ne couvrent plus la moitié de la somme du capital-actions et des réserves légales³. Le calcul de la perte de capital se fait sur la base d'un bilan à valeur d'exploitation⁴. Il faut garder à l'esprit que la société est surendettée lorsque les actifs sont inférieurs aux fonds étrangers, c'est-à-dire que la perte nette est plus élevée que la somme du capital-actions et des réserves légales⁵.

La perte de capital est ainsi un premier seuil qui est censé être franchi à mi-chemin du surendettement.

Il est encore important de relever que le législateur n'a pas prévu la participation des créanciers au processus d'assainissement de l'art. 725 al. 1 CO. Cela est parfaitement logique et opportun, puisque le recouvrement de leurs créances n'est à ce stade pas fondamentalement

² Si des indices matériels laissent penser au Conseil qu'une perte de capital est intervenue depuis l'établissement du dernier bilan, il doit dresser un nouvel état financier qui à notre avis n'a pas besoin d'être révisé (cf. II.A.3. ci-dessous). Si une perte de capital est constatée, il doit convoquer une assemblée générale avec des propositions d'assainissement (cf. II.A.4. ci-dessous).

³ Cf. II.A.2. ci-dessous; voir aussi CR CO II-PETER / CAVADINI, Art. 725 CO, n. 18 s.

⁴ Dans le cas où le *going concern* de la société n'est pas réaliste (cf. II.B.3 ci-dessous), le bilan sera exceptionnellement établi à valeur de liquidation.

⁵ Cf. II.B.1. ci-dessous.

menacé, étant donné que ces dernières sont encore couvertes par les actifs de la société. Les mesures d'assainissement interviennent en premier lieu dans le but de protéger les intérêts patrimoniaux des actionnaires⁶, car ceux-ci voient leur capital investi être mis en danger par les pertes engendrées par la gestion du Conseil.

Le cadre étant posé, il nous reste à préciser que la perte de capital peut être calculée de deux manières selon que l'agio⁷ est comptabilisé comme une réserve librement disponible ou une réserve légale. A l'aide d'un bilan simplifié, nous allons illustrer la problématique pour une société opérationnelle.

2. Calcul de la perte de capital

a. Bilan simplifié

ACTIFS	PASSIFS
Actifs	Fonds étrangers
CHF 100'000'000	CHF 50'000'000
Pertes cumulées	Capital-actions + Réserves
CHF 70'000'000	CHF 5'000'000 (capital-actions)
	CHF 100'000'000 (agio)
	CHF 1'000'000 (actions propres)
	CHF 2'500'000 (réserve générale)
	CHF 11'500'000 (bénéfices cumulés)

b. Calcul conservateur des réserves légales au sens de l'art. 725 al. 1 CO

ACTIFS	PASSIFS	NOTE
Actifs	Fonds étrangers	
CHF 100'000'000	CHF 50'000'000	
Pertes cumulées	Capital-actions + Réserves	Librement disponible
CHF 70'000'000	CHF 5'000'000 (capital-actions)	Non
	CHF 100'000'000 (agio)	Non
	CHF 1'000'000 (actions propres)	Non
	CHF 2'500'000 (réserve générale)	Non (50% capital-actions)
	CHF 11'500'000 (bénéfices cumulés)	Oui
	Moitié = CHF 54'250'000	

⁶ ATF 121 III 420 (425), cons. 3.a; ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, diss. Lausanne, Zurich 2008, p. 162 (= SSHW 247); FRANÇOIS VOUILLOZ, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de faillite, ECS 2004, p. 313.

⁷ Cf. Art. 671 al. 2 ch. 1 CO.

c. *Calcul libéral des réserves légales au sens de l'art. 725 al. 1 CO*

ACTIFS	PASSIFS	NOTE
Actifs	Fonds étrangers	
CHF 100'000'000	CHF 50'000'000	
Pertes cumulées	Capital-actions + Réserves	Librement disponible
CHF 70'000'000	CHF 5'000'000 (capital-actions)	Non
	CHF 100'000'000 (agio)	Oui
	CHF 1'000'000 (actions propres)	Non
	CHF 2'500'000 (réserve générale)	Non (50% capital-actions)
	CHF 11'500'000 (bénéfices cumulés)	Oui
	Moitié = CHF 4'250'000	

d. *Conséquences*

Si le calcul conservateur est suivi, la somme du capital-actions et des réserves légales se monte à CHF 108'500'000. Il manque alors CHF 4'250'000 pour que les actifs nets de CHF 50'000'000 couvrent la moitié de cette somme (CHF 50'000'000 moins CHF 54'250'000). L'autre manière d'appréhender le problème est de dire que la perte nette de CHF 58'500'000 dépasse de CHF 4'250'000 la moitié de ladite somme (CHF 58'500'000 moins CHF 54'250'000). Le Conseil doit convoquer immédiatement une assemblée générale et proposer des mesures d'assainissement, dont la dissolution des réserves pour couvrir la perte fait partie (art. 671 al. 3 CO)⁸.

Si le calcul libéral est suivi, la somme du capital-actions et des réserves légales se monte à CHF 8'500'000. Les actifs nets de CHF 50'000'000 couvrent alors allègrement la moitié de cette somme, à hauteur de CHF 45'750'000 (CHF 50'000'000 moins CHF 4'250'000). Autrement dit, la perte nette devient un «surplus» net de CHF 41'500'000 (CHF 70'000'000 moins CHF 111'500'000) et l'alarme de l'art. 725 al. 1 CO ne sera déclenchée que lorsque la société aura eu des pertes à hauteur du cumul de ce «surplus» net et de la moitié de ladite somme, soit CHF 45'750'000 (CHF 41'500'000 plus CHF 4'250'000).

⁸ La dissolution des réserves n'est qu'une mesure cosmétique, étant donné qu'elle ne provoque qu'une amélioration comptable du bilan de la société. Il faut dans ce contexte faire attention aux conséquences fiscales de la dissolution de l'agio, car elle a pour effet de faire disparaître des réserves de capital qui sont précieuses, étant donné qu'elles peuvent être distribuées sans impôt anticipé (art. 5 al. 1^{bis} LIA) et qu'elles ne sont pas soumises à l'impôt sur le revenu de la personne physique détenant les actions dans la fortune privée (art. 20 al. 3 LIFD). A ce sujet, voir: PETER BÖCKLI, L'agio, champ de bataille, ECS 2011, p. 549 ss; RENÉ MATTEOTTI / PETER RIEDWEG, Ausschüttungsschranke und Prioritätsregel für Kapitaleinlagen, ECS 2011, p. 776 s.

Dans l'exemple du calcul libéral, nous voyons que la société est déjà presque surendettée avant que des mesures d'assainissement ne soient proposées aux actionnaires. Effectivement, les actifs ne se montent alors plus qu'à CHF 52'250'000 (CHF 100'000'000 moins CHF 47'750'000) et les fonds étrangers ne sont ainsi couverts plus qu'à hauteur de CHF 2'250'000. Dans un tel cas, le système d'alarme est pratiquement inopérant.

e. Prise de position

Nous avons vu que selon la qualification de l'agio, l'efficacité de l'art. 725 al. 1 CO peut être plus ou moins bonne. Les avis des auteurs sur cette question sont partagés. Certains considèrent l'agio comme des fonds propres ayant pour but d'être affectés perpétuellement à la société. Ils considèrent en conséquence que l'agio jouit de la même protection que le capital-actions et qu'il ne peut être distribué qu'en respectant la réglementation sur la réduction de capital (art. 732 ss CO)⁹. D'autres, majoritaires¹⁰, considèrent que selon le texte de l'art. 671 CO, l'agio peut être distribué librement pour autant que la réserve générale (y inclus l'agio) dépasse 150% du capital-actions pour les sociétés opérationnelles et 120% pour les holdings. Ils considèrent par conséquent que l'agio ne jouit pas de la même protection que le capital-actions. Nous partageons cet avis pour plusieurs raisons¹¹. En particulier, nous pensons comme DAVID OSER / HANS-UELI VOGT et RENÉ MATTEOTTI / PETER RIEDWEG que la fonction de l'agio n'est pas en premier lieu de fournir une sécurité aux créanciers, ce rôle étant rempli par le capital-actions publié au registre du commerce. Dans la pratique, l'agio sert bien plus à éviter la dilution des droits patrimoniaux et sociaux des actionnaires préexistants lorsque la société procède à une augmentation de capital¹². De plus, nous constatons l'absence de règles spécifiques concernant la protection de l'agio, l'absence de publicité quant à son existence et montant,

⁹ BÖCKLI, L'agio (note 8), p. 547; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^{ème} édition, Zurich 2009, § 1 n. 178 et § 12 n. 526 s.; ROLAND VON BÜREN / WALTER A. STOFFEL / ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3^{ème} édition, Zurich 2011, n. 1093.

¹⁰ Voir parmi de nombreux autres: CR CO II-CHENAUX, Art. 675 n. 14 ss; BSK OR II-KURER / KURER, Art. 675 n. 19; BSK OR II-KURER / KURER Art. 680 n. 19; BSK OR II-NEUHAUS / BALKANYI, Art. 671 n. 28 ss; URS KÁGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, diss. Fribourg, Zurich 2012, § 6 n. 48 (= SSHW 309); MATTEOTTI / RIEDWEG (note 8), p. 778 ss; DAVID OSER / HANS-UELI VOGT, Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigen Aktienrecht, GesKR 2012, p. 12 ss.

¹¹ Le P CO prévoit d'aborder cette question, qui continuera certainement à faire débat après la révision de la loi (cf. art. 671 P CO). A ce sujet: MATTEOTTI / RIEDWEG (note 8), p. 780 ff; OSER / VOGT (note 10), p. 23 ss.

¹² Cf. MATTEOTTI / RIEDWEG (note 8), p. 781; OSER / VOGT (note 10), p. 17.

l'absence de règles particulières concernant son paiement (le registre du commerce accepte que l'agio ne soit pas payé sur un compte bloqué¹³), ainsi que la possibilité d'effectuer des paiements dans les réserves sans formalités prescrites.

Quelle que soit l'issue du débat autour de la qualification de l'agio dans le cadre l'art. 671 CO, l'agio ne peut à notre sens pas être considéré comme du capital librement disponible lors du calcul de l'art. 725 al. 1 CO. Nous fondons cette solution différenciée sur la base de la *ratio legis* du texte de loi.

- D'une part, l'art. 725 al. 1 CO n'a pas le même but que l'art. 671 al. 3 CO. Il protège en premier lieu les actionnaires et non les créanciers, dont le recouvrement des créances n'est que menacé sans être fondamentalement remis en question¹⁴. Les actionnaires ont ainsi tout intérêt à être mis au courant le plus tôt possible de l'état des finances de la société et des mesures nécessaires à la préservation des fonds propres, donc de leur investissement¹⁵.
- D'autre part, l'analyse des bilans, qui serait encore exacerbée dans le cas d'une holding, montre sans équivoque que l'exclusion de l'agio lors du calcul de l'art. 725 al. 1 CO peut vider de sa substance cette disposition, puisque la société court le risque d'être quasiment déjà surendettée lorsque l'alarme est déclenchée¹⁶. Cela contredit l'idée du mécanisme d'alerte à mi-chemin voulu par le législateur. De même, cela encourage l'optimisme exagéré du Conseil lors de la première phase de turbulence, alors que les mesures de redressement les plus efficaces devraient justement être prises à ce moment-là¹⁷. L'apparition plus précoce de la perte de capital doit donc être perçue par le Conseil comme une chance et non pas comme un fléau. Elle permet effectivement de prendre les mesures de restructuration nécessaires avant qu'une société en

¹³ Cf. LUKAS GLANZMANN, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, dans: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Kunz / Jörg / Arter (éd.), Berne 2011, p. 20; GREGOR THOMI, Stellungnahmen der Oltnen Arbeitstagung 1999-2003, REPRAX 2004, p. 14 s.

¹⁴ Les créanciers ne bénéficient ainsi que de manière indirecte de l'art. 725 al. 1 CO, par le fait que le recouvrement de leurs créances devient moins risqué grâce aux mesures d'assainissement.

¹⁵ PETER / CAVADINI (note 3), n. 4; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725, n. 3; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 713.

¹⁶ Cf. II.A.2.d. ci-dessus.

¹⁷ Voir à ce sujet une remarquable description du scénario fréquemment rencontré en pratique: PETER BÖCKLI, Das Ende legitimer Amtsführung eines Verwaltungsrats bei Eintritt der Überschuldung, dans: Bohnet / Wessner (éd.), Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Bâle 2006, p. 166 s.

difficulté ne suffoque et qu'une restructuration ne soit pratiquement impossible¹⁸.

Nous relevons encore que notre position semble être partagée par les réviseurs. Ceux-ci acceptent de délivrer l'attestation des art. 728a et 729a CO même si la distribution de dividende provient des réserves constituées d'agio, alors qu'ils traitent ce même agio comme du capital-actions lors du calcul de la perte de capital.

Le débat autour de l'attribution de l'agio dans le calcul de la perte de capital sera clos avec la révision de l'art. 725 al. 1 CO, qui prévoit que la réserve de capital¹⁹ sera prise en compte dans le calcul selon la méthode conservatrice²⁰.

3. *Dernier bilan*

Selon le texte clair de l'art. 725 al. 1 CO, le dernier bilan est pertinent pour évaluer la perte de capital. La doctrine est néanmoins d'avis que, dès qu'il y a de sérieuses raisons d'admettre que cela pourrait être le cas, le Conseil doit établir un bilan intermédiaire pour constater ou exclure une perte de capital²¹. La jurisprudence a rejeté une telle obligation²². Le projet de révision de la loi n'apporte pas de réponse à cette question, en pratique épineuse, car il prévoit également que le dernier bilan annuel est pertinent²³.

Sans préjuger d'une position, il convient en général d'être prudent dans l'attribution au Conseil de devoirs qui sortent du texte de loi, cela d'autant plus qu'il se trouve déjà dans une situation délicate lors d'une phase de restructuration. Bien qu'il soit légitime d'exiger de lui d'être vigilant, il ne faut ainsi pas perdre de vue que le Conseil est le bouc émissaire naturel lorsque la société tombe en faillite.

¹⁸ Cela est corroboré par le fait qu'un déclenchement tardif de l'alarme provoque en règle générale une dégradation de l'état des liquidités. Dans cette optique, l'exclusion de l'agio lors du calcul de la perte de capital s'avère doublement pénalisant pour la société, car non seulement les raisons sérieuses d'admettre un surendettement n'apparaîtront que peu après le déclenchement de la première alarme, mais en plus le manque de liquidités sera un désavantage pour la société lors du calcul du bilan intermédiaire de l'art. 725 al. 2 CO (cf. II.B.3. ci-dessous).

¹⁹ L'art. 671 P CO introduit la notion de «réserve légale issue du capital», à laquelle notamment l'agio sera attribué (art. 671 al.1 ch.1 P CO).

²⁰ Cf. art. 725 al. 1 P CO.

²¹ Les auteurs tirent cette obligation du devoir de surveiller constamment la santé financière de la société (art. 716a ch. 3 CO). Cf. ZK-HOMBURGER, Art. 725 n. 1198 s.; PETER / CAVADINI (note 3), n. 21; WÜSTINER (note 15), n. 21; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 723; VOUILLOZ (note 6), p. 313.

²² ATF 121 III 420 (426), cons. 3a.

²³ Cf. art. 725 al. 1 P CO.

Des devoirs importants comme l'obligation de proposer des mesures d'assainissement, qui plus est quand cette obligation a pour but principal de protéger les actionnaires, ne doivent pas devenir le remède miracle des créanciers.

Dans le cas de l'annonce de la perte de capital, la position de la doctrine majoritaire nous semble cependant légitime afin d'assurer un fonctionnement efficace du système d'alarme mis en place par le législateur. Effectivement, l'art. 699 al. 2 CO prévoit de toute façon qu'une assemblée générale ordinaire doit avoir lieu dans les six mois qui suivent la clôture des comptes. En conséquence, si la lettre du texte légal de l'art. 725 al. 1 CO était suivie, le Conseil ne serait obligé de convoquer une assemblée générale extraordinaire (aussi appelée «assemblée d'assainissement»), et surtout de proposer des mesures d'assainissement, que dans la fenêtre très courte allant de la clôture des comptes à la tenue de l'assemblée générale ordinaire. En d'autres termes, la mesure dictant au Conseil de convoquer une assemblée générale ne servirait à rien en pratique. Si l'on admet en revanche que le Conseil doit convoquer une assemblée d'assainissement sans attendre l'établissement du bilan annuel, des mesures d'assainissement efficaces peuvent être proposées dans la période allant de la dernière assemblée générale ordinaire à la clôture des comptes²⁴. La violation de ce devoir n'engendre néanmoins pas automatiquement une responsabilité du Conseil en cas de faillite. En effet, le créancier devra encore démontrer que la violation a adéquatement causé son dommage²⁵, ce qui pourra s'avérer particulièrement difficile si le Conseil a agi en temps opportun dans le contexte du surendettement. Effectivement, le reproche le plus facile, le creusement de la perte de la société, ne pourra alors pas être imputé au Conseil²⁶.

Enfin, une fois que le Conseil a constaté pour la première fois une perte de capital et qu'il sait que la situation déficitaire persiste²⁷, il ne doit pas établir de manière continue un nouveau bilan. Il doit bien plus

²⁴ Cette position n'est toutefois valable que pour la première assemblée d'assainissement. En effet, si une société présentant une perte de capital possède des réserves conséquentes (p.ex. un agio important comme dans l'exemple au point II.A.2. ci-dessus), il est tout à fait possible que la perte de capital se prolonge sur plusieurs exercices annuels sans que la société ne soit pour autant menacée de surendettement. Dans ce cas, il convient de renoncer à la convocation quasiment «constante» d'une assemblée générale extraordinaire. Pour des raisons pratiques, il est alors effectivement justifié de tenir l'assemblée d'assainissement lors de l'assemblée générale ordinaire.

²⁵ Cf. notamment, dans le cadre de la responsabilité de l'organe de révision, ATF 129 III 129 (134), cons. 8 (= SJ 2003 I 293).

²⁶ Cf. III.E. ci-dessous.

²⁷ Cf. l'exemple présenté sous II.A.2.b. ci-dessus, où la marge de manœuvre du Conseil est de CHF 50 millions dans le cas du calcul conservateur.

prendre les mesures d'assainissement qui s'imposent²⁸ et surveiller la situation financière.

4. *Mesures d'assainissement*

Après la constatation de la perte de capital, le Conseil doit «immédiatement» convoquer une assemblée générale. Comme mentionné précédemment, une perte de capital peut être une situation durable, p.ex. dans la phase de décollage ou si le rétablissement de la situation prend du temps. Dans un tel cas, une seule assemblée d'assainissement doit être convoquée après la première constatation de la perte de capital. Ensuite, le Conseil peut en principe attendre l'assemblée générale ordinaire²⁹. Si la perte est toujours présente lors de l'assemblée suivante, il est conseillé au Conseil de mettre un point à l'ordre du jour prévoyant des explications concernant les mesures d'assainissement.

Il n'existe pas de catalogue clair des mesures d'assainissement que peut et doit prendre le Conseil. Cette notion doit être interprétée largement³⁰ et matériellement³¹. Dans la pratique, les mesures d'assainissement diffèrent suivant les circonstances du cas d'espèce. Elles dépendent de nombreux critères, dont p.ex. le type de société et la cause de la perte de capital³². Dans ce cadre, il ne faut pas perdre de vue le but que poursuivent les mesures d'assainissement prescrites à l'art. 725 al. 1 CO: le rétablissement de la santé financière de la société afin de supprimer la perte de capital³³, et ce dans l'intérêt des actionnaires. En conséquence, il convient suivant la situation de renoncer à proposer des mesures trop lourdes, qui au final auraient un effet contre-productif³⁴. Il s'agira bien plus de proposer les mesures qui, d'un point de vue pratique, seront les plus aptes à renforcer la société qui se trouve en difficulté.

²⁸ Cf. II.A.4. ci-dessous.

²⁹ Cf. note 24 ci-dessus.

³⁰ PETER / CAVADINI (note 3), n. 28; BRUNO KISTLER, Perte de capital et surendettement, ECS 1993, p. 104; JÜRIG A. KOEFERLI, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, diss. Zurich 1994, p. 111 (= SSHW 158).

³¹ P.ex., il n'y a pas besoin de mentionner expressément un point «mesures d'assainissement» dans l'ordre du jour de la convocation à l'assemblée générale. Il suffit bien plus de citer les mesures concrètement proposées (augmentation de capital, abandon de créance, etc.).

³² A ce sujet, voir: JEAN-LUC CHENAUX / LOÏC PFISTER, Aspects juridiques de l'assainissement, dans: Ohja (éd.), Aspects pratiques du droit de l'entreprise, Lausanne 2010, p. 131.

³³ CHENAUX / PFISTER (note 32), p. 131.

³⁴ Ce point de vue peut être illustré par l'adage anglais suivant: «On ne tire pas du canon pour écraser une punaise».

Parmi les mesures d'assainissement les plus «classiques», nous pouvons citer les suivantes à titre exemplatif³⁵:

- L'augmentation de capital. Dans la pratique, le prix d'achat des nouvelles actions est souvent compensé avec une créance préexistante (*debt/equity swap*)³⁶. Des fonds étrangers se convertissent ainsi en fonds propres.
- L'abandon de créances³⁷.
- La postposition de créance³⁸. L'effet assainissant de cette dernière est controversé, étant donné que selon la jurisprudence, les créances postposées ne sont pas des fonds propres³⁹. A notre avis, il convient quoi qu'il en soit de considérer qu'une postposition de créance constitue une mesure d'assainissement dans le cadre de l'art. 725 al. 1 CO. En effet, bien qu'en l'état de la jurisprudence elle ne produise pas une amélioration comptable du bilan, elle offre néanmoins un peu de répit à la société, ce qui lui permettra de respecter ses engagements auprès d'autres créanciers⁴⁰.
- La réduction à zéro du capital-actions, suivie immédiatement d'une augmentation du même montant, appelée également l'«accordéon» (art. 732a CO). Une telle procédure doit cependant être l'*ultima ratio*, car elle est très incisive pour les actionnaires. Elle n'est ainsi autorisée que lorsque le capital-actions semble de manière objective voué à la perte⁴¹. De manière générale, elle sera ainsi inappropriée en cas de perte de capital.

Il est encore recommandé au Conseil de proposer à l'assemblée générale d'adopter une structure de capital lui permettant de lever des fonds le plus rapidement possible. Le Conseil proposera d'avoir le maximum de capital autorisé et conditionnel pour offrir un maximum de souplesse.

³⁵ Pour un aperçu plus détaillé des différentes mesures d'assainissement, voir notamment: CHENAUX / PFISTER (note 32), p. 133 ss; KOEFERLI (note 30), p. 111 ss; DOROTHEA SENN, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, diss. Bâle, Zurich 2001, p. 138 ss (= SSHW 209).

³⁶ Cf. BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 2 n. 38 ss.

³⁷ A ce sujet, voir: RASHID BAHAR, Les créanciers dans l'assainissement, RDS 2005 (I), p. 482 ss.

³⁸ Cf. PETER / CAVADINI (note 3), n. 30; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 752.

³⁹ Cf. II.B.4. et III.B.2. ci-dessous. Concernant la problématique épineuse des créances postposées dans la responsabilité pour avis tardif au juge, voir également: PHILIPPE JACQUEMOUD / AURÉLIE 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 sursis concordataire par abandon d'actifs, RSDA 2013, fascicule 4.

⁴⁰ Cf. CHENAUX / PFISTER (note 32), p. 159 s.

⁴¹ ATF 138 III 204 (208), cons. 3.2.

A côté de ces mesures dites «classiques», le Conseil est libre de proposer des mesures plus atypiques, qui sont souvent plus simples⁴². Cela est p.ex. le cas lorsque le Conseil propose un «embellissement» des comptes par le biais d'une réduction déclarative de capital au sens de l'art. 735 CO⁴³ ou d'une dissolution de réserves latentes⁴⁴.

Enfin, il convient de rappeler que s'il estime que des mesures d'assainissement ne sont pas nécessaires, le Conseil est en droit d'y renoncer. Dans ce cas, il devra néanmoins expliquer à l'assemblée générale les raisons pour lesquelles il est à prévoir que la perte de capital se résorbera dans le futur⁴⁵. Cette situation est notamment susceptible de voir le jour dans l'exemple décrit plus haut, en suivant le mode de calcul conservateur⁴⁶. Effectivement, il appert que puisque la société présente une perte de capital, le Conseil devrait en principe proposer des mesures d'assainissement à l'assemblée générale. Or, de telles mesures ne sont pas indispensables dans l'immédiat, car la société dispose d'une marge confortable en raison de son agio élevé. En outre, éponger la perte de capital avec une partie de l'agio s'avèrerait aller à l'encontre des intérêts des actionnaires, étant donné que celui-ci est précieux fiscalement⁴⁷. En résumé, il convient donc de laisser au Conseil la possibilité de poursuivre sa gestion sans amener des chamboulements qui risqueraient de déséquilibrer encore davantage la société. Ce nonobstant, le Conseil est tenu d'expliquer aux actionnaires en quoi une poursuite de la gestion en l'état permettra à la société de recouvrir une bonne santé financière.

⁴² CHENAUX / PFISTER (note 32), p. 131.

⁴³ A ce sujet, voir notamment: MAX BOEMLE / CARSTEN STOLZ, *Unternehmensfinanzierung* 2, 14^{ème} édition, Zurich 2012, p. 265 ss; CHENAUX / PFISTER (note 32), p. 140 ss; LUKAS GLANZMANN, *Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen*, dans: Roberto (éd.), *Die Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis*, 2^{ème} édition, Zurich 2003, p. 58 s.; KOEFERLI (note 30), p. 115 ss.

⁴⁴ Cette mesure est du ressort des actionnaires. A ce sujet, voir notamment: CHENAUX / PFISTER (note 32), p. 134; KOEFERLI (note 30), p. 90 s. et 113 s.

⁴⁵ Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983 (FF 83.015), ch. 332.6, p. 954; KISTLER (note 30), p. 104.

⁴⁶ Cf. II.A.2.b. ci-dessus.

⁴⁷ Cf. art. 5 al. 1^{bis} LIA et 20 al. 3 LIFD. Voir également note 8 ci-dessus.

B. Surendettement

1. *Notion*

Un surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO signifie que les actifs d'une société sont inférieurs à ses fonds étrangers⁴⁸. Une autre façon de calculer est de dire que la perte est supérieure aux fonds propres⁴⁹. En cas de surendettement, les prétentions des créanciers ne sont donc plus couvertes par les biens de la société. Contrairement aux dispositions sur la perte de capital, les règles relatives au surendettement ont ainsi en premier lieu pour but de protéger les intérêts des créanciers et non pas ceux des actionnaires⁵⁰. Cette distinction est importante, car les développements qui vont suivre doivent constamment être observés sous cet angle.

2. *Moment de l'établissement du bilan intermédiaire*

La loi prévoit qu'en cas de «raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée», un bilan intermédiaire doit être dressé puis soumis à la vérification d'un réviseur agréé (art. 725 al. 2 CO). Le moment auquel apparaissent ces «raisons sérieuses» ainsi que les critères à prendre en compte sont spécifiques à chaque cas d'espèce, en fonction de la situation économique et financière de la société ainsi que des fonds propres sur lesquels elle peut s'appuyer. Dans ce cadre, l'état des liquidités de la société joue notamment un rôle prépondérant⁵¹. Il découle des attributions inaliénables de l'art. 716a CO une obligation pour le Conseil d'être en permanence attentif à l'apparition de tels critères⁵². Une fois qu'il a établi le bilan intermédiaire, le Conseil doit le soumettre pour vérification à l'organe de révision. En cas d'*opting down* ou d'*opting out* (art. 727a CO), le bilan intermédiaire devra être vérifié par un réviseur agréé (art. 727c CO), ou par un expert-réviseur

⁴⁸ L'art. 725c al. 1 P CO intègre la définition du surendettement dans le texte de la loi, en stipulant qu'il survient lorsque «les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs».

⁴⁹ PETER / CAVADINI (note 3), n. 31 s.; VON BÜREN / STOFFEL / WEBER (note 9), n. 715.

⁵⁰ ATF 130 V 196 (208), cons. 5.5; ATF 121 III 420 (425), cons. 3.a; ATF 116 II 320 (324), cons. 3.c; Verwaltungsrat Praxiskommentar-KRNETA, Art. 725, n. 2198; PETER / CAVADINI (note 3), n. 4 s.; WÜSTINER (note 15), n. 3 s.; TOBIAS MEYER, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, diss. Zurich 2009, p. 84 (= SSHW 282); VOUILLOZ (note 6), p. 312.

⁵¹ PETER / CAVADINI (note 3), n. 35; WÜSTINER (note 15), n. 32; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), n. 768 s.

⁵² HOMBURGER, Art. 725 (note 21), n. 1199; PETER / CAVADINI (note 3), n. 35; WÜSTINER (note 15), n. 32; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 767.

agréé (art. 727b al. 2 CO), ou encore par une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'état (art. 727b al. 1 CO)⁵³.

3. *Test de l'art. 725 al. 2 CO*

a. *Valeur de calcul*

Selon le texte de l'art. 725 al. 2 CO, le Conseil doit aviser le juge lorsque le bilan intermédiaire révèle un surendettement aux valeurs d'exploitation et de liquidation. Un bien est estimé à sa valeur d'exploitation lorsqu'il est évalué en fonction de son utilisation future dans la société. Il est en revanche estimé à sa valeur de liquidation lorsqu'il est évalué en fonction de son prix de vente, indépendamment de son utilité au sein de la société⁵⁴.

Le plus souvent, l'estimation à la valeur d'exploitation (également appelée «valeur de continuation») est plus élevée qu'à la valeur de liquidation. Effectivement, celle-ci provoque en principe une implosion des actifs et une augmentation des engagements de la société, notamment en raison des provisions à fournir en vue des coûts de liquidation (p.ex. les frais de réalisation, les impôts de liquidation ou les plans sociaux)⁵⁵. Etant donné que le calcul des biens à la valeur d'exploitation se base sur la continuation de l'entreprise, il ne prend pas en compte les réserves latentes⁵⁶. Cela signifie que si une société comptabilise des réserves latentes très élevées, il est exceptionnellement imaginable que sa valeur de liquidation soit plus haute que celle d'exploitation. Ce scénario est p.ex. envisageable lorsqu'une société possédant de nombreux biens-fonds les comptabilise à leur valeur d'acquisition malgré une forte augmentation de leur prix sur le marché⁵⁷. Certaines sociétés technologiques ne comptabilisant pas leur propriété intellectuelle à l'actif pourront se trouver dans une situation similaire.

⁵³ PETER / CAVADINI (note 3), n. 41 s.; WÜSTINER (note 15), n. 39; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 773.

⁵⁴ THORSTEN KLEIBOLD, Liabilität und Liquidität in der Unternehmenskrise, dans: Haunreiter / Juchli / Knupp / Würmli (éd.), Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Berne 2009, p. 160; KOEFERLI (note 30), p. 151 s.

⁵⁵ Arrêt du TF 4C.58/2007 du 25 mai 2007, cons. 2.4; PETER / CAVADINI (note 3), n. 38; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 8 n. 771; VON BÜREN / STOFFEL / WEBER (note 9), n. 719; URS SCHENKER, OC Oerlikon: Eine komplexe, aber erfolgreiche Restrukturierung, GesKR 2010, p. 543; VOUILLOZ (note 6), p. 315.

⁵⁶ HOMBURGER, Art. 725 (note 21), n. 1235; PETER / CAVADINI (note 3), n. 38.

⁵⁷ BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 771; VON BÜREN / STOFFEL / WEBER (note 9), n. 719.

Conformément à la jurisprudence⁵⁸ et à la doctrine majoritaire⁵⁹, nous sommes d'avis qu'un bilan intermédiaire ne peut être établi à la valeur d'exploitation que dans le cas où une continuation de l'entreprise (*going concern*) semble réaliste. L'essence même du calcul à la valeur de continuation se base en effet sur l'hypothèse selon laquelle les biens continueront à être employés pour l'activité de la société⁶⁰. Une société dont la continuation de l'activité ne semble pas réaliste ne saurait donc retarder un dépôt de bilan — et porter ainsi préjudice à ses créanciers — en prétextant que les biens évalués à leur valeur de continuation ne révèlent pas de surendettement. Il est d'autant plus important d'insister sur ce point que, comme nous l'avons mentionné plus haut, l'évaluation des biens à leur valeur d'exploitation est dans la grande majorité des cas supérieure à celle à leur valeur de liquidation. Au demeurant, il convient de se souvenir de la raison qui a motivé l'apparition du calcul à la valeur d'exploitation lors de la révision de 1991. Ce dernier avait en effet été instauré dans le but d'éviter qu'une société viable qui débute son activité ne doive déposer le bilan en raison d'un surendettement à la valeur de liquidation, et non dans celui de prolonger la subsistance d'une société à l'agonie⁶¹. A ce sujet, bien que l'art. 725c al.1 P CO («[...] le conseil d'administration établit immédiatement des bilans intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation») conserve en

⁵⁸ Arrêt du TF 5C.29/2000 du 19 septembre 2000, cons. 4.b/aa; décision non publiée de l'*Obergericht Zürich* du 18 mars 2002, cons. 3.b; décision de l'*Obergericht Zürich* PS110058-O/U du 15 juillet 2011, cons. II; décision non publiée du Tribunal de première instance de Genève du 14 novembre 2002. A ce sujet, voir également: RICO A. CAMPONOVO, Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur, ECS 2004, p. 76 s.

⁵⁹ NAS 290 (édition 2013), § K; HOMBURGER, Art. 725 (note 21), n. 1232; WÜSTINER (note 15), n. 37 s.; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 771; PETER BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zurich 2007, n. 729; CHENAUX / PFISTER (note 32), p. 117; PETER FORSTMOSER / ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 50 n. 206; GLANZMANN, Pflichten (note 43), p. 67; LUKAS HANDSCHIN, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Sanierungsfall, RJB 2000, p. 437; ADRIAN HARTMANN / HANS-UELI VOGT, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 2009, p. 244; KLEIBOLD (note 54), p. 160; RUDOLF LANZ, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, diss. Berne, Zurich 1985, p. 85 (= SSTR 68); FRANZ NYFFELER, Wie geht das Bundesgericht mit Verantwortlichkeitsprozessen um?, dans: Weber (éd.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zurich 2004, p. 14; DANIEL CHRISTIAN PFIFFNER, Revisionsstelle und Corporate Governance, diss. Zurich 2008, n. 554; THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch das Aktienrecht, diss. Fribourg, Zurich 2004, n. 706 (= AISUF 231); SCHENKER (note 55), p. 543.

⁶⁰ PETER / CAVADINI (note 3), n. 38; VOUILLOZ (note 6), p. 315.

⁶¹ Cf. arrêt du TF 4C.58/2007 du 25 mai 2007, cons. 2.4; HOMBURGER, Art. 725 (note 21), n. 1232; PETER FORSTMOSER, Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, dans: Helbling (éd.), Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Zurich 1984, p. 118 (= SSHW 74). Voir également II.B.3.c. ci-dessous.

substance le texte trompeur du CO de 1991, il faut saluer l'apparition de l'art. 958a CO, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, qui stipule que les comptes sont à établir dans l'hypothèse de la continuation de l'entreprise, à moins que «la cessation de tout ou partie de l'activité de l'entreprise est envisagée ou paraît inévitable dans les douze mois qui suivent la date du bilan», auquel cas «les comptes sont dressés sur la base des valeurs de liquidation pour les parties concernées de l'entreprise». Ce nouvel article devrait clarifier la situation et clore le débat doctrinal autour de la question de la valeur à employer afin d'établir le bilan intermédiaire. Ainsi, seul un bilan à valeur de liquidation sera dressé si la continuation de l'exploitation n'est pas réaliste.

b. Conditions du going concern

Cela étant exposé, il convient désormais de déterminer à quelles conditions la continuation d'une société semble réaliste. A notre sens, cette question est étroitement liée à l'état des liquidités de la société et par là à l'examen de sa solvabilité. Une société est solvable lorsqu'elle bénéficie d'assez de liquidités afin de régler ses dettes exigibles. Une difficulté de paiement passagère ne suffit toutefois pas à fonder l'insolvabilité, à moins qu'il n'existe pas de signe d'amélioration financière et que la société semble insolvable pour une durée indéfinie⁶². Il en suit que l'insolvabilité ne peut pas être déterminée à un moment précis, mais qu'elle doit plutôt être constatée sur un certaine période⁶³. Selon l'art. 191 al. 2 ch. 2 LP, les créanciers d'un débiteur insolvable peuvent requérir sa mise en faillite sans poursuite préalable⁶⁴. En conséquence, une société insolvable ne peut pas prétendre que la continuation de son activité semble réaliste⁶⁵. *A contrario*, nous sommes d'avis qu'une société qui parvient à démontrer sa solvabilité sur une période durable établit ainsi sa capacité de continuation et peut éviter le surendettement en présentant un bilan intermédiaire à valeur d'exploitation (*safe harbor*). La période de solvabilité justifiant un tel *safe harbor* doit être fixée à un exercice

⁶² Arrêt du TF 5A.115/2012 du 20 avril 2012, cons. 3; arrêt du TF 5A.642/2010 du 7 décembre 2010, cons. 2.4.

⁶³ KLEIBOLD (note 54), p. 166.

⁶⁴ PETER BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 829c.

⁶⁵ D'autres éléments que l'insolvabilité sont susceptibles de rendre la continuation d'une exploitation irréaliste. Voir à ce sujet la NAS 570 (édition 2013), § A2.

comptable, soit une période de 12 mois à partir de la date du dernier bilan⁶⁶.

La capacité de continuation d'une société qui n'est pas insolvable mais qui ne parvient pas non plus à atteindre le *safe harbor* que représente l'assurance de 12 mois de liquidités à partir du dernier bilan doit être déterminée en fonction des circonstances du cas concret. Toute une série d'autres critères, de nature financière (p.ex. le recours excessif à des emprunts à court terme pour financer des actifs à long terme) ou opérationnelle (p.ex. la perte d'un marché important), entre alors en jeu⁶⁷.

c. Cas particulier des start-ups

Les *start-ups* sont des sociétés qui débutent leur activité. A notre sens, elles se caractérisent par trois particularités:

- Premièrement, leur financement survient en plusieurs étapes. Les raisons de ce financement particulier sont multiples⁶⁸. Nous retenons principalement qu'une activité innovatrice est en principe à la base d'une telle société⁶⁹. Il s'en suit que la *start-up* constitue une sorte de «pari» technologique, dont les coûts sont difficiles à chiffrer par les investisseurs au début de l'aventure. En conséquence, du capital doit être investi au fur et à mesure. De plus, une augmentation progressive du capital-actions de la *start-up* permet, par le biais de l'agio, d'éviter la dilution du capital investi par les fondateurs et récompense ainsi le «pari» qu'ils ont entrepris⁷⁰.

⁶⁶ Cf. NAS 570 (édition 2013), § 13; Décision non publiée de l'*Obergericht Zürich* du 18 mars 2002, cons. 3b; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 8 n. 136; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (note 59), § 50 n. 206; KLEIBOLD (note 54), p. 161. Voir aussi l'art. 725 al. 1 P CO, qui prévoit un inventaire des liquidités sur 12 mois, ainsi que l'art. 958a al. 2 CO, qui mentionne également une période de 12 mois dans le cadre de la question de la continuation de l'activité de l'entreprise. Il convient encore de noter que des provisions devront dans ce cas aussi être constituées pour couvrir les coûts de liquidation (art. 958a al. 2 CO *in fine*).

⁶⁷ Voir à ce sujet: NAS 570 (édition 2013), § A2; KLEIBOLD (note 54), p. 161.

⁶⁸ Voir à ce sujet: CLARENCE PETER, Financing Start-Up Companies, Peter / Jeandin / Kilborn (éd.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Zurich 2006, p. 52 s.

⁶⁹ MARKUS J. MÜLLER, Kooperationen von Jungunternehmen als Instrument des Risiko-Managements in Venture-Capital-Gesellschaften, diss. Bâle, Berne 2006, p. 6 (= SECA 9).

⁷⁰ PETER (note 68), p. 52 s.

- Deuxièmement, les *start-ups* ne génèrent en principe aucun revenu lors de leur phase de lancement, la seule source de financement étant alors constituée par les contributions des investisseurs⁷¹.
- Troisièmement, la plupart des fonds investis sont généralement presque entièrement attribués à des recherches et des projets de développement, qui ne sont en principe pas activés⁷². Pour cette raison, les actifs des *start-ups* sont souvent très limités⁷³.

En raison des particularités précitées, les *start-ups* présentent régulièrement une perte de capital au sens de l'art. 725 al. 1 CO ou un surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO, alors qu'elles sont en fait totalement viables. Cette situation malheureuse survient en particulier avant un nouveau financement, lorsque la *start-up* se trouve momentanément dans un creux⁷⁴. Etant donné l'importance des *start-ups* pour l'économie nationale⁷⁵, nous sommes d'avis qu'elles nécessitent un traitement différencié.

Nous proposons ainsi d'évaluer leur bilan constamment à valeur d'exploitation, en renonçant à la condition du *going concern*⁷⁶. Cette position repose sur la *ratio legis* de l'art. 725 CO. Effectivement, le calcul à valeur d'exploitation a été introduit avec la révision de 1991 précisément dans le but d'éviter que les *start-ups* soient déclarées en perte de capital ou en surendettement juste après leur création⁷⁷. Nous constatons de plus que même si la condition du *going concern* était

⁷¹ PETER (note 68), p. 53; LORENZO TREZZINI, *Finanzierungsstrukturierung im Venture Capital*, Berne 2005, p. 23.

⁷² Voir le nouvel art. 959 al. 2 CO *in initio* et le premier critère prévoyant que la société doit pouvoir, en raison d'événements passés, disposer du bien en question pour pouvoir l'activer.

⁷³ TETIANA BERSHEDA VUCUROVIC, «Avis obligatoire et faillite» dans la révision du droit de la société anonyme – Le nouveau système d'alarme de la santé financière des sociétés anonymes: surprotection des actionnaires aux dépens des créanciers ou ignorance de la réalité économique?, *GesKR* 2008, p. 248; TETIANA BERSHEDA VUCUROVIC, *Civil Liability of Company Directors and Creditor Protection in the vicinity of Insolvency*, diss. Fribourg, Zurich 2008, n. 877 (= AISUF 263).

⁷⁴ Voir à ce sujet le tableau très descriptif de PETER (note 68), p. 53.

⁷⁵ Les entreprises nouvellement créées se montaient à 12'596 pour l'année 2010, générant 23'482 emplois. Voir à ce sujet le communiqué de presse de l'OFS du 3 juillet 2012, disponible sous: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/06/01/new/nip_detail.html?gnpID=2012-110.

⁷⁶ A ce sujet, CLARENCE PETER (note 68), p. 55, affirme que la distinction entre la valeur d'exploitation et de liquidation ne joue aucun rôle pour les *start-ups*, étant donné que les coûts de recherches et de développements ne peuvent pas être comptabilisés comme des actifs. Nous ne partageons que partiellement ce point de vue, car les recherches et développements peuvent être comptabilisés comme actifs intangibles lorsque, en raison d'événements passés, la société peut en disposer (voir le nouvel art. 959 al. 2 CO *in initio*).

⁷⁷ Arrêt du TF 4C.58/2007 du 25 mai 2007, cons. 2.4; HOMBURGER, Art. 725 (note 21), n. 1232; FORSTMOSER, *Würdigung der Aktienrechtsreform* (note 61), p. 118.

maintenue pour les *start-ups*, il existerait de bonnes raisons d'affirmer que leur capacité de continuation est systématiquement réaliste. En effet, bien que leurs liquidités ne suffisent généralement pas à démontrer une solvabilité de 12 mois, leurs perspectives d'avenir témoignent de leur capacité de continuation, notamment en raison des investissements entrepris par leurs créanciers, qui se confondent fréquemment avec leurs employés ou leurs actionnaires et qui sont au courant du risque élevé de leur crédit⁷⁸. La conscience qu'ont les créanciers du risque de défaut très élevé de la *start-up* justifie également notre position, car l'interprétation de l'art. 725 al. 2 CO doit se faire en gardant en ligne de mire l'intérêt des créanciers qui, en raison de leur comportement par acte concluant, ne sont de la sorte justement pas lésés.

4. *Dépôt de bilan et exceptions*

Si le surendettement est établi, le Conseil doit en principe en aviser le juge (art. 725 al. 2 et 716a al. 1 ch. 7 CO). Le dépôt de l'avis de surendettement (appelé aussi «dépôt de bilan») souffre néanmoins trois exceptions:

- Selon une pratique constante, le Conseil peut tout d'abord renoncer à l'avis de surendettement s'il existe des perspectives d'assainissement concrètes et réalisables à court terme, à l'exclusion d'expectatives exagérées ou de vagues espoirs⁷⁹. Ce délai de tolérance n'excède généralement pas quatre à six semaines⁸⁰. L'art. 725 al. 5 AP CO prévoyait par ailleurs de le supprimer, en stipulant que l'avis de surendettement devait survenir «immédiatement». L'art. 725c al. 4 P CO revient volontairement sur cette formulation et maintient la situation actuelle, car la procédure de consultation a révélé qu'il fallait «laisser au conseil d'administration une marge de temps». Ainsi, une obligation impérative d'aviser le juge sur-le-champ irait notamment à l'encontre des tentatives d'assainissement «tacite»⁸¹.

⁷⁸ Cf. BERSHEDA VUCUROVIC, *Avis obligatoire et faillite* (note 73), p. 249.

⁷⁹ ATF 132 III 564 (573), cons. 5.1 (= SJ 2007 I 13); ATF 127 IV 110 (113), cons. 5.a (= SJ 2001 I 435); ATF 116 II 533 (541), cons. 5.a; arrêt du TF 4C.436/2006 du 18 avril 2007, cons. 4.1; KRNETA (note 50), n. 2213a ss; PETER / CAVADINI (note 3), n. 49; WÜSTINER (note 15), n. 40a; BÖCKLI, *Aktienrecht* (note 9), § 13 n. 777; CHRISTOPH B. BÜHLER, *Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft*, ECS 2010, p. 446; MEYER (note 50), p. 85. *Contra*: EMMANUEL PIAGET / ROLAND RUEDIN, *Le moment de l'avis au juge*, PJA 2003, p. 1329 ss.

⁸⁰ WÜSTINER (note 15), n. 40a; BÖCKLI, *Aktienrecht* (note 9), § 13 n. 777; MEYER (note 50), p. 85.

⁸¹ Message concernant la révision du code des obligations du 21 décembre 2007 (FF 08.011), ch. 2.1.32, p. 1509 s.

- Le Conseil peut également renoncer à l’avis de surendettement lorsque des créanciers de la société acceptent de postposer leurs créances à hauteur de l’insuffisance de l’actif (art. 725 al. 2 CO)⁸². La postposition de créance est un contrat par lequel il est convenu que la créance (i) ne soit plus exigible tant que dure le surendettement et (ii) soit placée à un rang inférieur à toutes les autres créances⁸³ en cas de faillite de la société⁸⁴. Le contrat est conclu uniquement entre la société et le créancier⁸⁵ et n’a ainsi besoin ni de l’approbation des actionnaires, ni de celle des autres créanciers⁸⁶. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la postposition de créance ne change rien à l’état du surendettement, les passifs conservant ainsi leur teneur dans le bilan⁸⁷. Nous sommes d’avis que cette solution n’est pas satisfaisante. Effectivement, elle a pour conséquence que le montant de la créance postposée est intégré au *Fortsetzungsschaden*⁸⁸ en cas d’avis tardif au juge, ce qui nous semble peu justifié⁸⁹. La postposition peut être résiliée

⁸² Dans la doctrine, de nombreuses voix soutiennent que la postposition doit également couvrir le montant des pertes anticipées (cf. notamment NAS 290 [édition 2013], § FF). Ce point de vue repose sur la réflexion selon laquelle le surendettement d’une société qui se trouve financièrement sur la pente descendante ne serait immédiatement plus couvert par le montant postposé si ce dernier ne s’élevait qu’à l’insuffisance de l’actif existant au moment de la postposition. D’autres auteurs acceptent sur le fond l’idée que le montant postposé doit prévoir une certaine marge, mais y voient un cas d’application de l’obligation de diligence du Conseil (art. 717 al. 1 CO) et non pas une condition de validité de la convention de postposition. Pour un aperçu de la controverse doctrinale, voir: CHENAUX / PFISTER (note 32), p. 162; GLANZMANN, Pflichten (note 43), p. 76 s. La question n’est malheureusement pas tranchée dans le P CO.

⁸³ La postposition de créance se différencie en cela de la convention de subordination (*Nachrangvereinbarung*), qui ne lie que les créanciers parties à la convention et qui ne permet pas au Conseil d’éviter l’avis au juge. A ce sujet, voir: LUKAS GLANZMANN, Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung? – Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung, GesKR 2007, p. 6 ss.

⁸⁴ PETER / CAVADINI (note 3), n. 50.

⁸⁵ Si le créancier est également actionnaire, il convient de faire attention aux potentiels conflits d’intérêts et à l’appauvrissement de la société mère au détriment de ses propres créanciers. Cf. arrêt du TF 4A.74/2012 du 18 juin 2012. A ce sujet, voir également III.C.3. ci-dessous.

⁸⁶ WÜSTINER (note 15), n. 45.

⁸⁷ Arrêt du TF 4A.277/2010 du 2 septembre 2010, cons. 2.3; arrêt du TF 4A.478/2008 du 16 décembre 2008, cons. 4.3 s.; arrêt du TF 4A.188/2008 du 9 septembre 2008, cons. 4.5; arrêt du TF 4C.58/2007 du 25 mai 2007, cons. 4.3.

⁸⁸ Pour la notion de *Fortsetzungsschaden*, voir III.B.2. ci-dessous.

⁸⁹ Voir également III.B.2. ci-dessous. Cette situation lacunaire est en fait causée par la superposition de plusieurs jurisprudences du Tribunal fédéral. A ce sujet, voir: JACQUEMOUD / PASQUIER (note 39).

dès que la société n'est plus surendettée⁹⁰. De manière cohérente avec nos développements précédents⁹¹, nous sommes également ici d'avis qu'il est nécessaire que la capacité de continuation de la société soit réaliste pour justifier un calcul à valeur d'exploitation. Si la continuation de la société n'est pas réaliste, la postposition de créance ne peut prendre fin que si la société ne présente plus de surendettement à valeur de liquidation⁹². Nous estimons ainsi que la réglementation en matière de postposition de créance serait vidée de sa substance si, en arguant l'absence de surendettement à valeur d'exploitation, un créancier postposé pouvait se départir du contrat le liant avec une société dont la continuation est irréaliste⁹³. L'art. 725c al. 5 P CO maintient le système actuel, en précisant encore que les intérêts des créances postposées doivent également être ajournés.

- Enfin, la jurisprudence⁹⁴ et la doctrine⁹⁵ considèrent que le Conseil remplit son obligation d'avis au juge si, à la place de l'avis de surendettement, il soumet au juge de faillite compétent une requête de sursis concordataire au sens de l'art. 293 LP. Il convient ici de préciser que la demande de sursis concordataire ne remplace pas pour autant le dépôt de bilan. Sans avis de surendettement concomitant, il ne peut ainsi être sujet ni de faillite, ni d'ajournement de celle-ci au sens de l'art. 725a CO⁹⁶. Dans ce cas, l'obligation de l'avis de surendettement renaîtra si le sursis concordataire n'aboutit pas.

⁹⁰ Comme LUKAS GLANZMANN, Rangrücktritt (note 83), p. 15, nous sommes d'avis que, pour autant que le montant du surendettement demeure couvert, la résiliation de la postposition peut intervenir par étapes.

⁹¹ Cf. II.B.3. ci-dessus.

⁹² BAHAR, créanciers (note 37), p. 488; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), n. 801; GLANZMANN, Rangrücktritt (note 83), p. 13.

⁹³ Dans l'arrêt du TF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003, cons. 2.2, le Tribunal fédéral rejette l'idée selon laquelle la continuation de l'entreprise doit être assurée afin de pouvoir résilier la postposition. Il rappelle à juste titre que c'est bien plus la disparition du surendettement au bilan qui est déterminante. Cela ne préjuge toutefois en rien que dans l'évaluation de celle-ci, le calcul ne pourra se faire à valeur d'exploitation que dans l'hypothèse où la continuation de l'entreprise semble réaliste.

⁹⁴ ATF 62 III 22 (25).

⁹⁵ HOMBURGER, Art. 725 (note 21), n. 1261; KRNETA (note 50), n. 2217 ss; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 830a; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (note 59), § 50 n. 225. HANSPETER WÜSTINER (note 15), n. 40b, est lui d'avis que la demande de sursis concordataire ne peut être une alternative à l'avis de surendettement que dans le cas où les conditions de l'ajournement de faillite sont également remplies.

⁹⁶ Arrêt du TF 5A.269/2010 du 3 septembre 2010, cons. 3.5; HANSJÖRG PETER, Le point sur le droit des poursuites et des faillites / Entwicklungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, RSJ 2011, p. 361.

C. Innovations du P CO

Le nouveau droit de la SA prévoit un test de solvabilité ayant les mêmes conséquences que la perte de capital. Lorsque le Conseil a des raisons sérieuses d'admettre que la société est insolvable, il doit établir un plan de trésorerie portant sur douze mois et le soumettre à un réviseur agréé. Si la société est effectivement insolvable, le Conseil doit alors convoquer immédiatement une assemblée générale et lui soumettre des mesures d'assainissement⁹⁷.

Nous saluons le fait que le législateur essaie d'introduire une approche de solvabilité dans le droit de l'assainissement. Nous partageons néanmoins l'avis de TETIANA BERSHEDA VUCUROVIC, selon qui le sort de l'insolvabilité ne devrait pas être confié à l'assemblée générale mais au juge⁹⁸. Laisser le choix aux actionnaires nous paraît en effet être une erreur, étant donné qu'ils se retrouvent dans une position de conflit par rapport aux intérêts de la société et des créanciers⁹⁹. Cela a pour conséquence que non seulement ce nouvel article n'apporte rien, mais qu'en plus il est contre-productif, car il est susceptible de provoquer des décisions nuisibles à la société. Nous pensons en outre que le test de l'art. 725a P CO va introduire une confusion de plus dans la notion de *going concern*, qui définit les conditions dans lesquelles peut intervenir l'établissement d'un bilan à valeur d'exploitation¹⁰⁰. Il nous paraît effectivement inimaginable qu'une société puisse établir son bilan à la valeur d'exploitation alors qu'elle n'est plus solvable¹⁰¹.

Nos considérations sur les *start-ups* dans le cadre du surendettement¹⁰² sont applicables *mutatis mutandis* au test de solvabilité. Une *start-up* ne bénéficiant pas de 12 mois de liquidités mais étant capable de continuation ne devra ainsi pas y être soumise.

⁹⁷ Cf. art. 725a P CO.

⁹⁸ Cf. BERSHEDA VUCUROVIC, Avis obligatoire et faillite (note 73), p. 239.

⁹⁹ Les actionnaires, sentant le surendettement approcher, seront tentés d'entreprendre un «coup de poker» afin de sauver leur investissement. Ayant plus à y gagner qu'à y perdre, ils seront prêts à prendre des risques disproportionnés par rapport aux retours estimés pour la société. En conséquence, la nature de leur participation (*i.e.*, le capital-actions) se transformera alors de «capital-risque» en «capital-kamikaze». A ce sujet, voir: JONATHAN BERK / PETER DEMARZO, Corporate Finance, Prentice Hall PTR 2010, § 16.5.

¹⁰⁰ Cf. II.B.3.b. ci-dessus.

¹⁰¹ Le seul scénario visé par l'art. 725a P CO serait alors celui très improbable d'une société insolvable dont le bilan à la valeur de liquidation ne présente néanmoins pas de surendettement.

¹⁰² Cf. II.B.3.c. ci-dessus.

Enfin, le nouveau droit instaure la possibilité pour la société d'établir dans ses statuts d'autres critères obligeant le Conseil à convoquer une assemblée générale et à lui proposer des mesures d'assainissement¹⁰³. Le choix du législateur nous semble ici être à double tranchant. Il permet certes à des actionnaires prévenants de convenir d'une alarme plus rapide que celle de l'art. 725 al. 1 CO, avec les effets positifs qui en résultent. Mais d'un autre côté, il permet également à des actionnaires opportunistes de décider de mesures d'assainissement peu avant le surendettement de l'art. 725 al. 2 CO, avec le même effet contre-productif que nous venons de décrire dans le cadre des mesures d'assainissement faisant suite à une insolvabilité¹⁰⁴.

III. RESPONSABILITÉ LORS DE LA PHASE DE RESTRUCTURATION «PRIVÉE»

A. Responsabilité des administrateurs

La responsabilité des administrateurs est fondée sur les art. 754 à 761 CO¹⁰⁵. Les conditions générales de la responsabilité délictuelle sont applicables à moins qu'une disposition particulière du droit des sociétés n'y déroge. Ainsi, les conditions sont un dommage, un acte illicite, une faute et un lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage¹⁰⁶.

La question de la responsabilité des administrateurs pour les actes commis lors de la restructuration se pose presque exclusivement si cette dernière est infructueuse, soit lors d'une faillite¹⁰⁷. Elle survient donc si le plan de restructuration établi par le Conseil et surtout l'estimation de ses chances de réussite s'avèrent fausses *a posteriori*. En remarque préliminaire, nous aimerions souligner que le résultat négatif d'une restructuration ne signifie pas en soi que le Conseil

¹⁰³ Cf. art. 725b P CO.

¹⁰⁴ Cf. note 99 ci-dessus. A ce sujet, voir également: BERSHEDA VUCUROVIC, Avis obligatoire et faillite (note 73), p. 239 ss.

¹⁰⁵ Cela est applicable *mutatis mutandis* aux organes matériels et de fait, sauf pour l'avis au juge qui n'est que l'apanage du Conseil et non des autres sortes d'organes (arrêt du TF 4A.474/2011 du 4 janvier 2012, cons. 3.1 et 3.4; arrêt du TF 5A.587/2011 du 9 novembre 2011, cons. 4.3; arrêt du TF 4C.366/2000 du 19 juin 2001, cons. 6.b/bb). En d'autres termes, l'avis au juge constitue une compétence inaliénable et intransmissible du Conseil (art. 716a al. 1 ch. 7 CO). Cf. également ATF 99 Ia 10 (16), cons. 3.b; WÜSTINER (note 15), n. 41.

¹⁰⁶ CR CO II-CORBOZ, Intro aux art. 752-761, n. 9; BSK OR II-GERICKE / WALLER, Vor Art. 754-761, n. 2.

¹⁰⁷ Ce n'est en général qu'à ce moment-là que les actionnaires et les créanciers constatent la mauvaise gestion de la société.

a commis un acte illicite¹⁰⁸. Il convient en effet de préserver la latitude de jugement des administrateurs, car la prise de risque est indispensable à toute croissance.

Dans le cas d'une faillite, la masse en faillite est légitimée à actionner les organes de la société pour le dommage causé à la société. Si elle y renonce, elle en offre la possibilité aux créanciers et actionnaires¹⁰⁹.

B. Dommage de la société

1. Dommage direct et indirect

Dans la faillite, le dommage qui peut être récupéré par l'actionnaire ou le créancier est celui causé à la société (i.e., dommage indirect)¹¹⁰, à moins qu'il ne s'agisse d'un dommage direct ou d'un dommage direct et indirect, dont le recouvrement est soumis à d'autres règles.

Le dommage est direct lorsqu'il intervient uniquement dans le patrimoine du créancier ou de l'actionnaire, sans que la société ne soit lésée. Dans ce cas de figure, le créancier ou l'actionnaire peut agir en responsabilité, car une action de la société est d'emblée exclue¹¹¹.

¹⁰⁸ Dans ce cadre se pose fréquemment la problématique dite du *hindsight bias*. Celle-ci peut être résumée par l'adage populaire: «On est toujours plus intelligent après». Les recherches psychologiques démontrent en effet que rétrospectivement, l'homme a tendance à surestimer la prévisibilité d'événements passés. Lors de l'examen de la responsabilité du Conseil, le juge doit donc estimer avec retenue les décisions prises lors de la tentative de restructuration. A ce sujet, voir également: BSK OR II-GERICKE / WALLER, Art. 754, n. 31c; ALEXANDER NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, diss. Zurich 2007, p. 119 (= SSHW 266); HANS-UELI VOGT / MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, p. 612.

¹⁰⁹ Cf. art. 757 CO et 260 LP.

¹¹⁰ La réparation du dommage directement subi par la société (i.e., le dommage indirect du créancier ou de l'actionnaire) doit en premier lieu être demandée par l'administration de la faillite (art. 757 al. 1 CO). Si cette dernière y renonce, l'action en réparation peut alors être lancée par le créancier ou l'actionnaire (art. 757 al. 2 CO). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, dite jurisprudence *Raschein* (ATF 132 III 564 [570], cons. 3.2.2; ATF 132 III 342 [347], cons. 2.3.1; ATF 122 III 195 [201], cons. 9.a; ATF 122 III 176 [189 s.], cons. 7.a; ATF 122 III 166 [168 s.], cons. 3.a; ATF 117 II 432 [439 s.], cons. 1.b/ee ss), le créancier ou l'actionnaire ne fait toutefois pas valoir son dommage indirect, mais plutôt celui subi directement par la société. En conséquence, il n'exerce pas ses propres droits mais bien plus ceux de la communauté des créanciers, l'art. 757 al. 2 CO étant ainsi un cas d'application de l'art. 260 LP. Néanmoins, le produit éventuel de l'action servira d'abord à couvrir les prétentions du créancier ou de l'actionnaire qui a agi en responsabilité. A ce sujet, voir notamment: CR CO II-CORBOZ, Art. 757, n. 9 ss; BSK OR II-GERICKE / WALLER, Art. 757 n. 4 ss; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 18 n. 287 ss.

¹¹¹ ATF 132 III 564 (569), cons. 3.2.1; ATF 131 III 306 (311), cons. 3.1.2 (aussi appelé l'arrêt *Biber Holding*); arrêt du TF 4C.200/2002 du 13 novembre 2002, cons. 3 non publié dans l'ATF 129 III 129.

Le dommage du créancier ou de l'actionnaire est en revanche direct et indirect lorsqu'il intervient directement à la fois (i) dans le patrimoine du créancier ou de l'actionnaire et (ii) dans celui de la société. Lorsque survient ce cas de figure, il existe le danger que l'action individuelle du créancier ou de l'actionnaire entre en conflit avec l'action sociale de la société. Pour cette raison, la jurisprudence du Tribunal fédéral¹¹² prévoit qu'un actionnaire ou un créancier ne peut agir à titre individuel que s'il fait valoir (i) un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, ou (ii) une *culpa in contrahendo*, ou encore (iii) une violation d'une norme du droit de la société anonyme conçue exclusivement pour le protéger¹¹³.

Nous n'aborderons ici que le cas du dommage par ricochet (*i.e.*, dommage indirect), qui intervient lorsque le créancier ne recouvre pas sa créance ou que l'actionnaire subit une perte totale de la valeur de ses actions¹¹⁴.

2. *Fortsetzungsschaden*

Le dommage consiste dans une diminution involontaire du patrimoine¹¹⁵. Conformément à la *Differenztheorie* généralement applicable en matière de responsabilité, il correspond à la différence entre l'état actuel du patrimoine et l'état dans lequel le patrimoine se trouverait si l'évènement dommageable ne s'était pas produit¹¹⁶. Le dommage de la société peut ainsi consister en une diminution des actifs,

¹¹² ATF 132 III 564 (570 s.), cons. 3.2.3.; ATF 131 III 306 (311), cons. 3.1.2.

¹¹³ Pour plus de détails sur ce sujet, voir notamment: CR CO II-CORBOZ, Art. 754, n. 56 ss; GERIQUE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 15 ss; JEAN-LUC CHENAU, La responsabilité du conseil d'administration, dans: Bohnet (éd.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, p. 158 ss; THOMAS KRIZAJ, Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, PJA 2013, p. 825 ss.

¹¹⁴ D'après l'ATF 128 III 180 (183 s.), cons. 2.c, le dommage subi en raison de l'avis tardif au juge ne peut pas constituer un dommage direct pour le créancier. Cette jurisprudence est néanmoins dépassée, car elle date du temps de la jurisprudence *X-Corporation* (ATF 122 III 176), selon laquelle le dommage du créancier ou de l'actionnaire ne pouvait être direct que dans l'hypothèse où il faisait valoir (i) un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, ou (ii) une *culpa in contrahendo*, ou encore (iii) une violation d'une norme du droit de la société anonyme conçue exclusivement pour le protéger. Depuis que le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence (cf. note 111 ci-dessus), il est tout à fait imaginable qu'un créancier ou un actionnaire fasse valoir un dommage étant intervenu uniquement dans son patrimoine et ayant été causé par une violation de l'art. 725 al. 2 CO. *Contra*: WÜSTINER (note 15), n. 6. Au sujet de cette problématique, voir également la discussion de l'arrêt du TF 4C.256/1997 du 31 décembre 1998 sous III.B.2. ci-dessous.

¹¹⁵ Ce principe général est également valable dans le contexte de la responsabilité du Conseil. Voir: arrêt du TF 4A.67/2008 du 27 août 2009, cons. 9.1; GERIQUE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 13.

¹¹⁶ Arrêt du TF 4A.177/2011 du 2 septembre 2011, cons. 4.3; arrêt du TF 4C.160/2001 du 18 décembre 2001, cons. 2.d/aa; GERIQUE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 13.

une non augmentation des actifs, une augmentation des passifs, ou encore une non-diminution des passifs¹¹⁷.

Lorsque le dommage résulte de l'avis tardif au juge, il consiste dans l'accroissement de la perte nette entre le jour où le Conseil aurait dû agir et le jour où la faillite est prononcée (*i.e.*, la différence entre la faillite hypothétique et la faillite effective)¹¹⁸. Ce dommage est appelé en allemand le *Fortsetzungsschaden*. Tous les postes du bilan étant concernés par le retard de la faillite, le *Fortsetzungsschaden* constitue une exception au principe selon lequel le dommage doit être calculé en fonction de la différence entre les postes individuels des bilans¹¹⁹. En effet, dans le cadre d'un *Fortsetzungsschaden*, le dommage doit être déterminé en comparant l'état de l'ensemble du patrimoine de la société aux dates pertinentes¹²⁰.

Dans un arrêt du Tribunal fédéral, celui-ci avait accepté la prétention d'un nouveau créancier, bien que la perte nette de la société n'eût pas augmenté entre le moment de la faillite hypothétique et celui de la faillite effective¹²¹. Dans l'arrêt, le Tribunal fédéral justifie l'existence d'un dommage en arguant que la société avait conclu de nouvelles obligations et que cela avait provoqué une augmentation de ses passifs après le moment de la faillite hypothétique. Cette conception nous paraît être en désaccord avec la notion de *Fortsetzungsschaden*. Elle semble cependant reposer sur le dilemme que devait affronter le Tribunal fédéral à l'époque de la jurisprudence *X-Corporation*¹²², qui considérait que la masse atteinte n'était pas déterminante pour la définition du dommage direct de l'actionnaire ou du créancier. L'art. 725 al. 2 CO ne constituant pas une norme qui protégeait exclusivement le créancier, il était impossible que le nouveau créancier fasse valoir un dommage direct. Le seul moyen de lui reconnaître un dommage était alors d'admettre un dommage indirect (*i.e.*, un dommage de la société), cela en violation de la conception du *Fortsetzungsschaden*. Etant donné que la jurisprudence actuelle considère que le dommage direct

¹¹⁷ CORBOZ, Art. 754 (note 113), n. 44.

¹¹⁸ ATF 136 III 322 (325), cons. 3.2 (= SJ 2010 I 577); ATF 132 III 564 (576), cons. 6.2 (= SJ 2007 I 13); ATF 132 III 342 (348), cons. 2.3.3; GERICKE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 22; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 18 n. 369.

¹¹⁹ PATRICK UMBACH / ROLF H. WEBER, Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, dans: Weber (éd.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich 2003, p. 125 s.

¹²⁰ Arrêt du TF 4A.478/2008 du 16 décembre 2008, cons. 4.4.

¹²¹ Arrêt du TF 4C.256/1997 du 31 décembre 1998, cons. 4.c.

¹²² Cf. note 114 ci-dessus et ATF 122 III 176 (190 s.), cons. 7.b.

doit être déterminé en fonction du patrimoine lésé¹²³, nous pensons que cette décision n'est plus actuelle¹²⁴.

Le *Fortsetzungsschaden* se calcule sur la base des bilans à la valeur de liquidation¹²⁵.

Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut¹²⁶, une jurisprudence du Tribunal fédéral¹²⁷ considère que ce dommage comprend également le montant des postpositions de créance¹²⁸, très courantes en pratique. Nous contestons le bien-fondé de cette jurisprudence¹²⁹, mais en l'absence de changement, il est recommandé de prévoir dans les conventions de postposition une renonciation de créance intervenant au moment de l'ouverture de la faillite¹³⁰.

Lorsque l'avis au juge est effectué au bon moment mais qu'il est reproché au Conseil d'avoir violé ses obligations en rapport avec une perte de capital ou celles concernant la surveillance de l'état financier de la société, alors le dommage consistera en la perte réalisée par la société en lien avec la violation; ce qui ne sera pas aisé à déterminer en pratique¹³¹. Si p.ex. le Conseil ne convoque pas

¹²³ Cf. III.B.1. ci-dessus.

¹²⁴ A ce sujet, voir également: CLAUDIA SUTER, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, diss. Saint-Gall, Zurich 2010, p. 214 s. et 249 ss (= SSHW 295); PATRICK UMBACH / ROLF H. WEBER (note 119), p. 126 s.

¹²⁵ ATF 136 III 322 (326), cons. 3.2.1 (= SJ 2010 I 577); arrêt du TF 4A.478/2008 du 16 décembre 2008, cons. 4.4; arrêt du TF 4C.58/2007 du 25 mai 2007, cons. 2.5; GERICKE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 22; BÖCKLI, *Aktienrecht* (note 9), § 18 n. 369a; DANIEL GLASL, *Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess – Auswirkungen der freien Überprüfung von Gläubigerforderungen im Abtretungsprozess auf Aktivlegitimation, Schaden und Verteilung des Prozessergebnisses*, RSDA 2005, p. 163; THIERRY LUTERBACHER, *Die Schadenminderungspflicht – Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, diss. Zurich 2005, n. 155 (= SSHW 238). Pour le débat concernant le moment précis, voir: SUTER (note 124), p. 203 ss.

¹²⁶ Cf. II.B.4. ci-dessus.

¹²⁷ Cf. note 87 ci-dessus.

¹²⁸ Pour la notion de postposition de créance, voir II.A.4. ci-dessus.

¹²⁹ A ce sujet, voir: JACQUEMOUD / PASQUIER (note 39).

¹³⁰ WÜSTINER (note 15), n. 47; ANDREAS C. BAUMGARTNER / RICO A. CAMPONOVO, *Wird der Rangrücktritt unbrauchbar?*, ECS 2011, p. 1038; CHENAUX (note 113), p. 173; ALAIN HIRSCH, *Responsabilité de l'organe de révision – Portée d'une «postposition de créance» pour l'évaluation du dommage*, RSDA 2007, p. 414; RETO ZEMP / RICO A. CAMPONOVO, *Remaniement du chapitre postposition dans le MSA*, ECS 2011, p. 985 ss. Le Manuel suisse d'audit (MSA) a également été remanié dans ce sens (cf. MSA Tome 1, 2^{ème} édition, Zurich 2009, partie VI, ch. 7.4.3). L'abandon de créance doit néanmoins intervenir à temps. Dans l'arrêt du TF 4A.188/2008 du 9 septembre 2008, cons. 4.4, le Tribunal fédéral a refusé un abandon de créance postposée intervenu après la procédure de faillite. Il a en revanche laissé ouverte la question de savoir jusqu'à quel moment un tel abandon peut intervenir. Cette problématique se poserait en particulier si la renonciation survenait après l'établissement du plan de collocation.

¹³¹ En particulier, le moment de l'apparition de la perte de capital ne sera pas aisé à déterminer *ex post*.

d'assemblée générale et en particulier ne propose aucune mesure d'assainissement — telle que changements dans la composition du Conseil ou de la direction, licenciements, réorganisation structurelle, augmentation de capital, etc.¹³² — , alors il pourrait être tenu pour responsable de l'augmentation du dommage entre le moment où de telles mesures auraient dû être mises en œuvre et le moment où elles l'ont été. Cela ne préjuge pas du fait qu'il faudra encore pouvoir imputer au Conseil un acte illicite, une faute et que le dommage soit en lien de causalité avec l'acte illicite¹³³.

C. Acte illicite

1. Introduction

Le deuxième élément concerne l'acte illicite. Dans le cadre du dommage par ricochet, qui nous occupe exclusivement ici, toute violation d'une norme du droit des sociétés ou des statuts tendant à protéger la société, l'actionnaire, ou le créancier, représente un acte illicite¹³⁴.

2. Avis tardif au juge

En pratique, l'acte illicite sera souvent l'avis tardif au juge selon l'art. 725 al. 2 CO¹³⁵, ou l'absence de mesures de restructuration dans le cas de la perte de capital.

3. Mesures intragroupe

Nous pouvons encore évoquer les mesures de restructuration entreprises par la maison mère dans une société fille, qui sont vouées à l'échec.

¹³² Cf. II.A.4. ci-dessus.

¹³³ Lorsque l'acte illicite consiste en une omission, le lien de causalité est souvent difficile à établir (cf. III.E. ci-dessous). A ce sujet, voir également: ATF 129 III 129 (134), cons. 8 (= SJ 2003 I 293); BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 18 n. 426.

¹³⁴ ATF 110 II 391 (394), cons. 2; GERICKE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 25; HARALD BÄRTSCHI, Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht, dans: Weber / Isler (éd.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zurich 2010, p. 234 s. Voir également THOMAS KRIZAJ (note 113), p. 828, selon lequel une violation des dispositions sur les actions pauliennes (art. 286 ss LP) peut également être invoquée dans le cadre de l'art. 754 CO.

¹³⁵ L'obligation de déposer le bilan est en principe immédiate, sous réserve d'un délai de tolérance de 4 à 6 semaines lors de perspectives d'assainissement concrètes et réalisables à court terme (cf. II.B.4. ci-dessus). Cette règle défend l'intérêt des créanciers, à qui appartient «économiquement» la société une fois que la faillite est ouverte. De la sorte, l'avis immédiat assure que les chances de recouvrement de leurs créances ne soient pas davantage détériorées par une mauvaise gestion du Conseil.

Le Tribunal a rejeté ce grief dans un arrêt du 11 juillet 2012¹³⁶, mais l'avait accepté dans un arrêt du 18 juin 2012¹³⁷. Dans ce dernier arrêt, le recourant avait contesté une décision du Tribunal de commerce du canton d'Argovie jugeant qu'un prêt octroyé à une société fille à d'autres conditions qu'à *at arm's-length* constituait une violation du devoir de diligence du Conseil. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours faute de motivation. Nous pensons que cet arrêt n'est pas correct pour deux raisons. Premièrement, un prêt consenti à une société fille surendettée peut augmenter la capacité de cette société à générer des *cash flows* et deuxièmement, même si la société fille est condamnée à disparaître, le prêt peut être bénéfique à sa mère si une liquidation ordonnée est nécessaire dans l'intérêt de la société mère ou encore si la société fille exerce des fonctions importantes pour la mère¹³⁸.

4. *Conflit d'intérêt*

Les décisions dommageables prises sous l'emprise d'un conflit d'intérêts constituent un classique des cas de responsabilité. Nous ne nous attarderons pas plus sur ce sujet, qui fait l'objet d'une casuistique abondante.

5. *Inégalité de traitement des créanciers*

Nous rejetons l'idée selon laquelle un traitement inégal des créanciers aurait pour effet automatique d'entraîner une responsabilité du Conseil.

Cette mauvaise idée trouve sa source dans un arrêt du Tribunal fédéral¹³⁹ dont l'état de fait révèle que, tandis que la société se trouvait dans une situation financière catastrophique et que l'avis au juge aurait déjà dû avoir été entrepris, le Conseil de la société, étant composé d'un couple, avait décidé de rembourser le reste d'un prêt octroyé par la femme. Le Tribunal fédéral a alors considéré que lorsque le *going concern* d'une société n'était plus réaliste, le Conseil avait le devoir de traiter les créanciers de manière égale et qu'une violation de ce devoir constituait un acte illicite¹⁴⁰.

¹³⁶ Arrêt du TF 4A.410/2011 du 11 juillet 2012, cons. 10.

¹³⁷ Arrêt du TF 4A.74/2012 du 18 juin 2012, cons. 4.2.

¹³⁸ Voir LUKAS GLANZMANN, dans: St. Galler Gesellschaftsrechtstag, Verantwortlichkeit im Gesellschaftsrecht, 8 mai 2013, Verantwortlichkeit in Krisensituationen bei Kapitalgesellschaften, p. 21.

¹³⁹ Arrêt du TF 5C.29/2000 du 19 septembre 2000.

¹⁴⁰ Arrêt du TF 5C.29/2000 du 19 septembre 2000, cons. 4b/aa.

Nous sommes toutefois d'avis que cette jurisprudence n'est plus actuelle. Dans la même idée que ce qui a été développé en rapport avec l'arrêt du TF 4C.256/1997 du 31 décembre 1998¹⁴¹, nous constatons en effet qu'elle date du temps de la jurisprudence *X-Corporation*¹⁴², où le créancier ou l'actionnaire n'avait pratiquement aucune possibilité de faire valoir un dommage subi directement. Si le juge voulait lui reconnaître un dommage, il était donc contraint d'établir artificiellement un dommage subi par la société en lien avec une violation de l'un des devoirs du Conseil. Il ne fait aucun doute que dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a dû recourir à un tel artifice. Premièrement, il a méconnu la notion de dommage indirect¹⁴³, car la société elle-même n'avait pas subi de dommage (ce qui avait diminué dans les actifs avait diminué d'autant dans les fonds étrangers). Deuxièmement, il a dû artificiellement établir une violation d'un devoir en lien avec ce dommage.

De fait, nous considérons que l'égalité de traitement des créanciers est l'apanage des art. 285 ss LP et que, même en temps de crise, elle ne peut pas constituer seule une obligation du Conseil susceptible de mener à une responsabilité. S'il est vrai que plus l'on se rapproche de l'avis au juge, plus les intérêts des créanciers doivent être pris en considération, il ne faut cependant pas perdre de vue l'élément essentiel de ce principe: c'est l'intérêt de l'ensemble des créanciers — et donc celui de la société — qui doit être défendu. Il est ainsi tout à fait imaginable qu'une inégalité de traitement bénéficie à la société et ainsi à l'ensemble des créanciers (p.ex. lorsqu'une banque menace de mettre la société en faillite si celle-ci ne paie pas les amortissements d'un prêt). Dans un tel cas, l'inégalité de traitement des créanciers constitue même une obligation pour le Conseil, car il doit prendre toutes les décisions aidant au maintien de la société.

Il appert ainsi que le Tribunal fédéral a en l'espèce effectué un tour de passe-passe afin de parvenir à un résultat certes correct d'un point de vue matériel, mais lacunaire d'un point de vue systématique et dogmatique. S'il devait trancher un cas similaire aujourd'hui, il ne fait nul doute que le Tribunal fédéral étudierait la responsabilité du Conseil plutôt sous l'angle (i) du dommage subi directement par les autres créanciers et causé par (ii) la violation du devoir d'avis immédiat au juge selon l'art. 725 al. 2 CO.

Au demeurant, le Tribunal fédéral a récemment explicité que, même dans le cadre de la révocation des art. 285 ss LP, l'égalité de

¹⁴¹ Cf. III.B.2. ci-dessus.

¹⁴² Cf. note 114 ci-dessus.

¹⁴³ Cf. Arrêt du TF 5C.29/2000 du 19 septembre 2000, cons. 4.c. Pour la notion de dommage indirect, voir III.B.1. ci-dessus.

traitement des créanciers n'était ni une maxime absolue, ni un but en soi et que cette institution n'a pas pour but d'immobiliser les actions du Conseil. En conséquence, celui-ci peut prendre toutes les mesures visant à la bonne marche des affaires de la société, et ce même si elles interviennent dans une période difficile et qu'elles impliquent une inégalité de traitement entre les créanciers¹⁴⁴.

6. *Obligation de sauver la société?*

Ensuite, il convient d'évoquer l'obligation de mettre tout en œuvre pour restructurer une société de manière autonome sans recourir au juge, que certains auteurs tirent du devoir de fidélité¹⁴⁵. Nous privilégions ici l'approche en deux temps de PETER BÖCKLI¹⁴⁶: Si la perte de capital oblige le Conseil à assainir, la seule obligation engendrée par un surendettement est celle de l'avis au juge¹⁴⁷. De toutes les manières, nous constatons qu'en suivant PETER FORSTMOSER¹⁴⁸, le juge devrait user d'un énorme pouvoir d'appréciation afin de reprocher au Conseil de ne pas avoir restructuré de manière adéquate la société. Or, la *business judgment rule* telle qu'explicitement reconnue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4A.74/2012 du 18 juin 2012¹⁴⁹ s'opposerait à

¹⁴⁴ ATF 136 III 247 (249 s.), cons. 2; arrêt du TF 5A.750/2008 du 24 février 2010, cons. 2. A ce sujet, voir également: GERICKE / WALLER, Vor Art. 754-761 (note 106), n. 7a; PETER FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, dans: Oertle / Wolf / Breitenstein / Diem (éd.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis – Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zurich 2010, p. 431 ss; DIETER GESSLER, Gläubigerschädigung durch die Aktiengesellschaft, dans: Zindel / Peyer / Schott (éd.), Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 2008, p. 412; HANS-UELI VOGT, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, PJA 2010, p. 1085 ss. Pour un autre avis, voir: NYFFELER (note 59), p. 15 s.; REBSAMEN (note 59), n. 732 ss; ou encore THOMAS KRIZAJ (note 113), p. 829-831, selon lequel l'égalité de traitement doit être revue suivant les critères de l'action paulienne, qui seraient d'après lui interprétés par le Tribunal fédéral de manière favorable aux restructurations. Nous rejetons cette idée pour deux raisons: (i) la nature des dispositions de l'action paulienne et (ii) la complexité de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui rend la prise de décision extrêmement ardue à un moment très délicat pour le Conseil.

¹⁴⁵ KRNETA (note 50), n. 2212 s.; PETER FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager?, dans: Forstmoser / Honsell / Wiegand (éd.), Festschrift für Hans Peter Walter – Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Berne 2005, p. 287 ss.

¹⁴⁶ BÖCKLI, Das Ende (note 17), p. 173 ss.

¹⁴⁷ Nous fondons ce point de vue sur le fait que dans la plupart des cas, les mesures d'assainissement ne peuvent plus sauver une société surendettée. En conséquence, l'obligation faite au Conseil d'entreprendre un assainissement à ce moment-là pourrait inciter à prendre des mesures désespérées, qui risqueraient au final de nuire aux intérêts de la société et des créanciers.

¹⁴⁸ Cf. note 145 ci-dessus.

¹⁴⁹ Cf. cons. 5.1. Voir également: ATF 139 III 24 (26), cons. 3.2; arrêt du TF 4A.373/2012 du 20 novembre 2012, cons. 3.2; arrêt du TF 4A.306/2009 du 8 février 2010, cons. 7.2.4.

un pouvoir d'appréciation aussi large. Effectivement, le juge ne revoit l'opportunité de la décision du Conseil que sous l'angle du processus de décision et non sous celui du résultat atteint. A cette fin, le juge doit user de retenue, car son appréciation ne peut pas se substituer à celle du Conseil au moment de la décision¹⁵⁰.

7. *Protection des créanciers comme élément déterminant*

Pour conclure, il faut garder à l'esprit que les obligations du Conseil lors de la phase de restructuration sont floues, mais que l'aspect primordial réside dans la protection des créanciers, souvent au détriment des actionnaires¹⁵¹. Si le Conseil a des raisons objectives d'être convaincu qu'une mesure de restructuration est dans l'intérêt des créanciers¹⁵², p.ex. une vente d'actifs ou le paiement de spécialistes pour leur avis, alors son acte pourra difficilement être qualifié d'illécite, puisqu'il sera couvert par la latitude de jugement qui lui est octroyée sous la *business judgment rule*¹⁵³.

¹⁵⁰ Concernant la problématique du *hindsight bias*, voir la note 108 ci-dessus. Concernant la *business judgment rule*, voir en particulier ANDREA R. GRASS, *Business Judgment Rule*, diss. Zurich 1998 (= SSHW 186), mais également: GERICKE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 31 s.; BÄRTSCHI (note 134), p. 391 ss; BÖCKLI, *Aktienrecht* (note 9), § 13 n. 582 ss; HANS CASPAR VON DER CRONE, *Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, RSDA 2006, p. 5 ss; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (note 59), § 3 n. 13; JOACHIM G. FRICK, *Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts*, dans: von der Crone / Weber / Zäch / Zobel (éd.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, Zurich 2003, p. 513 ss; LUKAS GLANZMANN, *Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten*, RDS 2000 II, p. 165 s.; PETER R. ISLER, *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats für Strategie-Entscheide*, dans: Weber (éd.), *Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht*, Zurich 2004, p. 42 ss; DANIEL JENNY, *Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen*, diss. Zurich 2012, n. 787 ss; NIKITINE (note 108), p. 112 ss; VOGT / BÄNZIGER (note 108), p. 610 ss.

¹⁵¹ Au contraire des actionnaires, le capital des créanciers ne constitue pas du «capital-risque». En conséquence et comme l'explique très bien HANS-UELI VOGT, *Die neue* (note 144), p. 1087, plus la société se porte mal financièrement, plus les intérêts des créanciers prennent le pas sur ceux des actionnaires. Effectivement, ceux-là voient le remboursement de leurs créances être menacé par la mauvaise situation financière de la société, tandis que ceux-ci n'ont plus tellement d'attentes en ce qui concerne la part au bénéfice et au produit de liquidation de l'art. 660 CO.

¹⁵² A ce sujet, URS SCHENKER (note 55), p. 544 s., présente un bon résumé des conflits d'intérêts qui interviennent lors d'une restructuration.

¹⁵³ La latitude de jugement du Conseil ne peut être revue par le juge que de manière très restrictive (cf. également III.B.6. ci-dessus). A ce sujet, voir aussi l'arrêt du TF 4A.306/2009 du 8 février 2009, cons. 7.2.4. Nous sommes d'avis que le principe de la *business judgment rule* doit également s'appliquer aux obligations du Conseil tirées des art. 725 al. 2 CO et 717 al. 2 CO, pour autant bien évidemment que les conditions pour s'en prévaloir soient remplies (*i.e.*, absence de conflit d'intérêt, décision prise lors d'un processus reposant sur une base d'information convenable et sans lacunes). Voir aussi THOMAS KRIZAJ (note 113), p. 824, qui à juste titre fait remarquer que la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans son résultat, n'est pas si défavorable aux situations d'assainissement, bien qu'elle soit compliquée.

D. Faute

1. Introduction

Le Conseil répond de toute faute, donc également de négligence simple¹⁵⁴. Le manque d'expérience, de connaissance ou de temps n'exclut pas la responsabilité¹⁵⁵.

2. Défense

a. En général

Le Conseil peut à notre avis, et selon la majorité de la doctrine¹⁵⁶, se libérer de sa responsabilité en prenant les services d'un spécialiste¹⁵⁷. Dans l'ATF 99 II 176, le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que le fait que le Conseil ait suivi l'avis d'un spécialiste ne l'excusait en rien¹⁵⁸ et que cela n'était même pas susceptible de diminuer sa faute¹⁵⁹. Cette position est problématique, d'autant plus que dans une jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral considère que le Conseil doit faire appel à un spécialiste s'il ne possède pas lui-même

¹⁵⁴ CORBOZ, Art. 754 (note 113), n. 37; GERICKE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 32.

¹⁵⁵ La faute du Conseil est appréciée de manière objective. Le Conseil répond donc d'une faute s'il n'a pas agi de la manière qui peut être attendue de la part d'un organe «raisonnable» se trouvant dans la même situation. Cf. arrêt du TF 4A.467/2010 du 5 janvier 2011, cons. 3.3; arrêt du TF 4C.358/2005 du 12 février 2007, cons. 5.6 (cons. pas publié dans l'ATF 133 III 116). A ce sujet, voir également: CORBOZ, Art. 754 (note 113), n. 41; GERICKE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 32; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 18 n. 430; PATRICK R. PEYER, Das «vernünftige» Verwaltungsratsmitglied, dans: Zindel / Peyer / Schott (éd.), Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 2008, p. 90 ss. Concernant le chevauchement entre l'examen du devoir de diligence de l'art. 717 al. 1 CO (art. 722 al. 1 aCO) et celui de la faute de l'art. 754 al. 1 CO, voir: JENNY (note 150), n. 853 ss; THOMAS LUSTENBERGER, Die Verwaltung der Aktiengesellschaft und ihre Sorgfaltspflichten im englischen und schweizerischen Recht, diss. Berne 1983, p. 116 ss.

¹⁵⁶ De nombreux auteurs soutiennent cette opinion (parfois en effectuant la subsomption sous l'angle de l'illicéité), dont notamment: GERICKE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 32; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 18 n. 449; DANIEL DAENIKER / STEFAN WALLER, *Due Diligence Defense* der Banken bei Prospekthaftungen, dans: Reutter / Watter / Werlen (éd.), Kapitalmarkttransaktionen, Zurich 2006, p. 72 s.; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^{ème} édition, Zurich 1987, n. 305; CHRISTOPH VON GREYERZ, Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft für Verluste infolge unvorsichtiger Kapitaleinlage, SAS (RSDA) 1974, p. 169; PETER R. ISLER, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, dans: Weber (éd.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich 2003, p. 16 s.; JENNY (note 150), n. 806 ss; LUSTENBERGER (note 155), p. 120.

¹⁵⁷ La confiance placée dans le jugement d'un spécialiste représente un aspect du concept de *due diligence defense* (cf. note 167 ci-dessous).

¹⁵⁸ ATF 99 II 176 (180), cons. 1.

¹⁵⁹ ATF 99 II 176 (181), cons. 2.a.

les connaissances nécessaires¹⁶⁰. Nous notons toutefois que dans un arrêt rendu après la première décision citée, le Tribunal fédéral a assoupli sa position. En effet, l'arrêt en question stipule qu'il ne peut pas être exigé de la part d'un membre du Conseil de disposer de connaissances spécifiques dans tous les domaines et qu'en conséquence, chaque membre peut se fier aux connaissances d'un autre membre si ce dernier bénéficie de connaissances spécifiques dans le domaine concerné¹⁶¹. Dans le cas où aucun des membres du Conseil ne dispose des connaissances spécifiques nécessaires, il nous paraît adéquat et légitime d'élargir cette jurisprudence aux informations délivrées par un spécialiste qui n'est pas membre du Conseil. Selon l'avis de la doctrine, que nous partageons, pour que cette défense soit efficace, le Conseil doit (i) choisir et instruire avec soin le spécialiste, (ii) prendre le temps d'analyser l'avis donné afin de s'en faire une opinion et (iii) prendre les mesures qui découlent de cette opinion¹⁶². Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a à nouveau soulevé la problématique, mais a malheureusement laissé la question ouverte¹⁶³.

b. Avis tardif au juge

Lors d'un avis tardif au juge, la faute proviendra souvent soit d'une négligence, le bilan montrant un surendettement et le Conseil n'agissant pas, soit d'une erreur comptable.

Dans le premier cas, le Conseil ne pourra pas se disculper¹⁶⁴.

Dans le second, l'affaire est plus compliquée si le Conseil s'est procuré les services d'un tiers ou même du réviseur pour clôturer les comptes, qui sont de plus revus par un réviseur agréé si la société est soumise à un contrôle restreint, ou révisés par l'expert-réviseur agréé, et si le Conseil en plus d'avoir correctement choisi, surveillé et instruit le tiers, a respecté les obligations découlant de l'art. 716a al. 1 ch. 3 CO, ou si certains éléments de l'établissement des comptes

¹⁶⁰ Arrêt du TF 4C.192/2003 du 13 octobre 2003, cons. 3.3.

¹⁶¹ Arrêt du TF 4C.177/1991 du 5 novembre 1991, cons. 6.6.

¹⁶² Le cas échéant, si l'avis donné par le spécialiste se révèle malgré tout être erroné, il ne pourra pas en être fait grief au Conseil, car celui-ci n'est pas censé être mieux avisé que le spécialiste. Cf. GERICKE / WALLER, Art. 754 (note 108), n. 32; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 18 n. 403b; ISLER, Sorgfalt und Haftung (note 156), p. 17.

¹⁶³ Arrêt du TF 4A.74/2012 du 18 juin 2012, cons. 5.3.1. Cf. également III.D.3. ci-dessous.

¹⁶⁴ En effet, l'appréciation objective de la faute empêcherait alors le Conseil de pouvoir se justifier.

(p.ex. l'établissement d'une provision¹⁶⁵) ont été débattus avec un expert et divulgués au réviseur.

Nous pensons comme évoqué plus haut¹⁶⁶ que dans de tels cas, le Conseil peut faire valablement usage de sa *due diligence defense*¹⁶⁷ sans que l'on puisse lui imputer une faute. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A.410/2011 du 11 juillet 2012 (un des cas Swissair), aucun acte illicite n'a pu être reproché aux défendeurs, puisque ni le contrôle interne ni deux contrôles externes n'avaient révélé de surendettement¹⁶⁸. Bien que le Tribunal fédéral ait revu cet élément sous l'angle de l'illicéité, nous pensons qu'il s'applique également à l'examen de la faute lorsque le Conseil a agi avec toute la diligence nécessaire en consultant des avis externes malgré le fait que le résultat s'avère par la suite différent de celui attendu; p.ex. dans le cas de l'arrêt Swissair, si un surendettement avait en fait existé, le Conseil n'aurait, en suivant la logique du Tribunal fédéral, pas pu être tenu pour responsable d'un avis au juge tardif. Enfin, le Tribunal fédéral, dans cet arrêt, rejette l'argument des défendeurs selon lequel un examen du surendettement par les réviseurs constituerait une violation de délégation de pouvoirs intransmissibles dont fait partie l'art. 716a al. 1 ch. 3 CO¹⁶⁹.

3. Note connexe

Sur une note connexe, nous rappelons que lorsqu'il s'agit d'examiner la responsabilité du réviseur, sa connaissance de l'entreprise découlant de ses activités annexes sortant du cadre de son mandat stricte¹⁷⁰

¹⁶⁵ Cf. Arrêt du TF 4A.277/2010 du 2 septembre 2010, cons. 2.1; art. 960e al. 2 CO. Selon le nouveau droit, la société ne peut plus renoncer à la constitution de provisions (abolition de l'ancien art. 663h al. 1 CO).

¹⁶⁶ Cf. III.D.2.a. ci-dessus.

¹⁶⁷ Le concept de *due diligence defense* provient du droit américain. Il désigne une défense qui se base sur l'argument selon lequel le Conseil a usé de la diligence requise par les circonstances du cas d'espèce. Initialement développée dans le cadre de la responsabilité pour le prospectus d'émission, nous sommes d'avis que la *due diligence defense* est applicable à l'ensemble des actions en responsabilité visant le Conseil. La *due diligence defense* a trouvé une résonance dans la jurisprudence suisse (cf. ATF 129 III 71 [76], cons. 2.6 et 2.7 [= SJ 2003 I 277]). A ce sujet, voir: HANSJÜRGE APPENZELLER / STEFAN WALLER, *Haftungsrisiken beim IPO und ihre Minimierung aus Sicht der Gesellschaft*, GesKR 2007, p. 265; DAENIKER / WALLER (note 156), p. 57 et 66 ss; DOROTHEE FISCHER-APPELT / PETRA GINTER, *U.S. Securities Law und Kapitalmarkttransaktionen Schweizer Emittenten*, dans: Reutter / Watter / Werlen (éd.), *Kapitalmarkttransaktionen*, Zurich 2006, p. 219 s.

¹⁶⁸ Cf. cons. 7.3.

¹⁶⁹ Cf. cons. 7.3.

¹⁷⁰ P.ex. la tenue des comptes au mépris du devoir d'indépendance de l'organe de révision (cf. PETER BÖCKLI, *Nouveautés relatives à la responsabilité de l'organe de révision*, Zurich 1995, p. 36).

lui est imputée pour analyser une possible violation de ses obligations¹⁷¹. En d'autres termes, un élément subjectif est alors pris en compte dans l'évaluation de la faute d'un organe. En conséquence, nous sommes d'avis que suivant les circonstances, certains éléments subjectifs devraient également être pris en compte afin d'alléger ou de supprimer la faute de l'organe responsable¹⁷².

4. *Administrateur minorisé*

Enfin, lorsqu'un administrateur est systématiquement minorisé au sein du Conseil alors qu'il propose des mesures d'assainissement, il ne peut pas être tenu pour responsable des manquements de ses collègues. Après quelques mises en garde, cet administrateur pourra démissionner sans encourir le risque d'une résiliation en temps inopportun¹⁷³.

E. Causalité naturelle et adéquate

Pour que le Conseil soit tenu responsable d'un dommage, il faut qu'il existe un lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage subi par la société. La causalité doit être naturelle et adéquate¹⁷⁴. Elle est naturelle lorsqu'un acte constitue une *conditio sine qua non* à l'apparition d'un dommage¹⁷⁵. La causalité est adéquate lorsque selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, l'acte est propre en soi à entraîner un résultat du genre de celui qui est survenu, que donc la survenance du résultat apparaît de manière générale comme ayant été favorisée par l'événement¹⁷⁶. Lorsque le dommage

¹⁷¹ ATF 129 III 129 (131), cons. 7.2 (= SJ 2003 I 293). Voir également: arrêt du TF 4C.506/1996 du 3 mars 1998, cons. 6.a (= SJ 1999 I 228).

¹⁷² Cela pourrait être le cas p.ex. lorsque le Conseil n'a fauté que par manque de connaissances ultra-spécifiques. Nous pourrions ainsi imaginer la situation du Conseil dont aucun membre n'est un juriste spécialisé en droit des sociétés et qui ignore par conséquent la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la prise en compte des créances postposées dans l'évaluation du *Fortsetzungsschaden* (cf. note 87 ci-dessus). Dans un tel cas, si le Conseil omet de convenir un abandon de créance avec le créancier postposé (cf. III.B.2. ci-dessus; JACQUEMOUD / PASQUIER [note 39]) et que le *Fortsetzungsschaden* se compose ainsi également du montant de la postposition, l'élément subjectif du manque de connaissances ultra-spécifiques devrait être pris en compte afin de déterminer si le Conseil a rempli correctement sa mission légale.

¹⁷³ BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 56.

¹⁷⁴ CORBOZ, Art. 754 (note 113), n. 48.

¹⁷⁵ Cf. ATF 132 III 715 (718), cons. 2.2.

¹⁷⁶ Cf. ATF 123 III 110 (112), cons. 3.a.

résulte d'une omission, ce qui est très souvent le cas, le juge usera de retenue étant donné que son jugement reposera sur une hypothèse¹⁷⁷.

Il convient de différencier entre l'avis au juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO et les autres devoirs du Conseil, qui sont la fidélité, la diligence, le catalogue de l'art. 716a CO ainsi que les devoirs commandés par des circonstances particulières, comme par exemple lors d'une perte de capital.

Dans le cas du *Fortsetzungsschaden*, la causalité est présumée par les tribunaux en raison de la conviction que la poursuite des activités génère l'augmentation de la perte¹⁷⁸. A notre avis, cette présomption n'a pas lieu d'être lorsque l'augmentation de la perte se serait également produite en déposant le bilan à temps¹⁷⁹. Nous visons les cas dans lesquels des actifs de la société baissent subitement dans une période survenant après mais relativement proche du moment du dépôt de bilan normatif (*i.e.*, moment où le bilan aurait dû être déposé). La raison de cette défense s'explique par la réalisation des actifs lors de la faillite. Si la société détient par exemple un immeuble, sa réalisation prendra du temps, souvent plus de six mois. Lorsque le Conseil n'a pas agi en temps opportun mais que la baisse de valeur de l'immeuble aurait de toutes les manières été consommée avant la réalisation (p.ex. baisse du marché, destruction, etc.), donc aurait affecté la société dans tous les cas, alors la violation de l'obligation du Conseil de déposer le bilan n'est plus en adéquation avec le dommage.

Dans le cas des autres devoirs du Conseil, la causalité est plus difficile à démontrer pour le demandeur. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral 6B.765/2011 du 24 mai 2012¹⁸⁰, «la gestion fautive doit

¹⁷⁷ Contrairement au lien de causalité entre l'acte et le dommage, le lien de causalité entre l'omission et le dommage ne peut ainsi pas être déterminé «scientifiquement», mais est établi sur la base d'une «bataille de mots» (cf. ATF 115 II 440 [447 s.], cons. 5.d). Voir également: BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 18 n. 425. Dans le cadre de la responsabilité de l'organe de révision, le Tribunal fédéral a par ailleurs considéré qu'en cas d'omission, il convenait «de s'interroger sur le cours hypothétique qu'auraient pris les événements si l'organe de révision avait agi conformément à ses devoirs, en prenant en considération toutes les circonstances concrètes» (ATF 129 III 129 [134], cons. 8).

¹⁷⁸ ATF 136 III 14 (20), cons. 2.4; ATF 132 III 564 (576 s.), cons. 6.3 (= SJ 2007 I 13); arrêt du TF 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, cons. 3.6; arrêt du TF 4C.118/2005 du 8 août 2005, cons. 4.5; arrêt du TF 4C.192/2003 du 13 octobre 2003, cons. 3.3; arrêt du TF 4P.305/2001 du 18 mars 2002, cons. 2.d. Voir également: SUTER (note 124), p. 192.

¹⁷⁹ PETER BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 18 n. 365 ss, parle à ce sujet du «dommage pertinent». Selon lui, ce dernier ne correspond pas nécessairement à l'entier du *Fortsetzungsschaden*, mais plutôt au dommage qui est intervenu en raison de l'acte illicite. Ce point de vue est partagé par MAX HALLER, Organhaftung und Versicherung, diss. Zurich 2008, n. 27 (= SSHW 270). Nous rejoignons sur le fond l'avis de ces deux auteurs. D'un point de vue systématique, nous préférons néanmoins aborder cette question sous l'angle du lien de causalité (cf. arrêt du TF 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, cons. 3.5 *in fine*).

¹⁸⁰ Cons. 2.2.1.

avoir pour conséquence le surendettement du débiteur ou son insolvabilité. Il n'est pas nécessaire que les actes reprochés à l'auteur soient seuls à l'origine du surendettement ni qu'ils en soient la cause directe. Il suffit que l'acte de gestion fautive ait joué un rôle causal en contribuant à l'apparition du surendettement ou à son aggravation et qu'il ait été propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un tel résultat». Bien que dans cet arrêt, la causalité ait été facilement admise entre une rémunération excessive et le surendettement, le Tribunal fédéral a tendance depuis l'ATF 129 III 129 à mieux analyser cet aspect de la responsabilité et à rejeter la causalité dans le cas où le dommage serait intervenu même sans le comportement incriminé¹⁸¹.

IV. RESPONSABILITÉ LORS DES PHASES DE RESTRUCTURATION «PUBLIQUE»

A. Problèmes communs au sursis provisoire, au sursis concordataire et à l'ajournement

1. En général

Nous avons vu quelles étaient les principales sources pouvant entraîner la responsabilité du Conseil lors de la phase de restructuration dite «privée». Ces éléments font l'objet d'une casuistique abondante du Tribunal fédéral. Un aspect moins discuté en jurisprudence et en doctrine concerne la phase de surendettement se déroulant sous les auspices du juge. Les quatre conditions de la responsabilité du Conseil sont les mêmes, mais la situation est différente puisque la pièce se joue devant une autre audience: le juge.

Nous tenterons ici d'apporter certains éléments de réflexion au Conseil souhaitant se déterminer sur les mesures à prendre après avoir constaté un surendettement. Nous résumerons dans un premier temps les conditions principales liées à l'obtention d'un sursis concordataire et d'un ajournement, en prenant en compte le nouveau droit qui entrera vraisemblablement en vigueur en 2014¹⁸², pour dans un second temps nous pencher sur des aspects pratiques pouvant entraîner la responsabilité du Conseil.

¹⁸¹ Voir notamment: ATF 137 V 446 (461 s.), cons. 7.3 et 7.3.2.2.

¹⁸² Cf. FF 2013 4213. Le délai référendaire échoit le 10 octobre 2013. La nouvelle LP approuvée par les chambres fédérales est citée N LP.

2. *Conditions du sursis provisoire, définitif et de l'ajournement de faillite*

a. *Sursis concordataire*

Comme nous l'avons vu précédemment, le Conseil sera en principe avisé de déposer le bilan lors d'un surendettement afin d'éviter tout risque de retard dans l'avis au juge selon l'art. 725 al. 2 CO¹⁸³. Une fois que le bilan est déposé, la procédure de faillite est enclenchée (art. 192 N LP) et la requête ne peut pas être retirée. Selon l'art. 173a al. 1 LP, le juge peut ajourner le jugement de faillite si une requête en sursis lui est adressée par un créancier ou par le débiteur¹⁸⁴. Le juge doit prendre en considération une telle requête de sursis, sauf si elle apparaît abusive ou vouée à l'échec¹⁸⁵.

Le requérant doit déposer une requête motivée ainsi qu'une documentation comptable (bilan détaillé, compte d'exploitation, ou tous autres documents correspondants laissant apparaître l'état de son patrimoine et de ses revenus, ainsi qu'un état de ses livres, s'il est soumis à l'obligation d'en tenir)¹⁸⁶. Un tableau de trésorerie ainsi qu'un extrait du registre des poursuites font aussi partie des exigences formulées par certains dans la doctrine¹⁸⁷. Selon le nouveau droit, un projet de concordat ne devra plus être soumis; seul un plan d'assainissement sera requis¹⁸⁸.

Le débiteur doit exposer sa situation économique et financière de façon suffisamment détaillée afin que le juge puisse évaluer s'il est vraisemblable qu'un concordat aboutisse ou que des perspectives d'assainissement existent¹⁸⁹ (cf. art. 294 al. 2 *in fine* LP, 295 al. 1 1^{ère} phrase LP et 294 N LP)¹⁹⁰. La manière de désintéresser les créanciers doit aussi

183 Cf. II.B.4. et III.C.2. ci-dessus.

184 Cf. arrêt du TF 5A.730/2009 du 2 mars 2010, cons. 2.

185 FABRICE ROBERT-TISSOT, Les effets du concordat sur les obligations – Analyse en particulier des effets du concordat sur les contrats, diss. Fribourg, Genève 2010, p. 16 (= AISUF 293).

186 Cf. art. 293a al.1 LP et 293 lit. a N LP.

187 Cf. FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER / VINCENT JEANNERET, Quelques aspects pratiques du nouveau droit de la procédure concordataire (LP), SJ II 1999, p. 197 (= SJ 1999 II 195); ROBERT-TISSOT (note 185), p. 21.

188 Cf. art. 293 al. 1 LP et 293 lit. a N LP.

189 Cet aspect constitue une nouveauté, car le sursis provisoire et définitif pourra également être octroyé dans le but de donner un répit au débiteur, même si les conditions d'homologation du concordat ne sont pas remplies. L'effet sera très similaire à celui de l'ajournement.

190 ROBERT-TISSOT (note 185), p. 20. Voir également: arrêt du Tribunal cantonal du Valais du 10 juin 1997, RVJ 1998, p. 153, cons. 3.a.

figurer dans la requête¹⁹¹ si l'homologation d'un concordat est visée. Si des perspectives d'assainissement sont mises en exergues, alors elles doivent être motivées dans tous les cas de manière sommaire au stade de la première requête.

Selon le nouveau droit, le sursis provisoire deviendra automatique après l'introduction de la requête selon l'art. 293 N LP, à moins qu'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat¹⁹². Cette modification codifie la pratique actuelle des tribunaux, qui ont tendance à octroyer le sursis provisoire ou l'ajournement sauf si les conditions ne sont manifestement pas remplies¹⁹³. Elle allégera dans tous les cas le degré de motivation imposé au requérant.

Les conditions du sursis définitif sont maintenant ancrées à l'art. 294 N LP. Il faut qu'il existe soit des perspectives d'assainissement comme dans le cas de l'ajournement, soit de celles d'homologation du concordat.

Si le requérant se fonde sur une potentielle homologation du concordat, il devra rendre vraisemblable que les conditions de l'homologation du concordat envisagé seront remplies. Celles-ci sont énumérées à l'art. 306 LP et N LP: (i) la valeur des prestations offertes doit être proportionnée aux ressources du débiteur, le juge pouvant prendre en considération les biens qui pourraient échoir à celui-ci; (ii) le paiement intégral des créanciers privilégiés reconnus et l'exécution des obligations contractées pendant le sursis avec le consentement du commissaire doivent faire l'objet d'une garantie suffisante, à moins que chaque créancier n'ait expressément renoncé à en exiger une pour sa propre créance, et (iii) en cas de concordat ordinaire, les titulaires de parts doivent s'acquitter d'une contribution équitable destinée à l'assainissement du débiteur. En résumé, le débiteur doit au stade de la requête en sursis concordataire rendre vraisemblable que les créanciers seront avantagés par une procédure concordataire¹⁹⁴. Cela est également valable si des perspectives d'assainissement sont plaidées.

Le juge du concordat ne refusera le sursis que s'il est certain que les conditions d'homologation ne pourront pas être réunies¹⁹⁵.

¹⁹¹ Arrêt de la deuxième Cour civile Tribunal fédéral du 11 février 1994, cons. 4.a (= SJ 1994 436).

¹⁹² Cf. art. 293a N LP.

¹⁹³ Cf. ATF 87 III 33 (36), cons. 3.

¹⁹⁴ Cf. Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991 (FF 91.034), ch. 210.31, p. 208; BSK SchKG II-VOLLMAR, Art. 293, n. 22; ROBERT-TISSOT (note 185), p. 26.

¹⁹⁵ ATF 87 III 33 (36), cons. 3.

Il doit essentiellement examiner les perspectives du concordat¹⁹⁶ et désormais également celles d'un assainissement.

Souvent le débiteur, par manque de temps et en raison d'éléments encore incertains, commençait par déposer une requête en sursis provisoire de deux mois (art. 293 al. 3 LP) en réservant une meilleure description des faits pour une audience ultérieure. Dans la pratique, le projet de concordat n'était déposé qu'à la fin du sursis provisoire, rendant cette exigence de l'art. 293 LP moins problématique qu'en théorie. Avec le nouveau droit, l'exigence de remettre un projet de concordat est tombée¹⁹⁷. Rien n'empêche en revanche le requérant de déposer une requête sommaire dans un premier temps, avec les éléments de l'art. 293 N LP, et de réserver une meilleure description pour l'audience prévue par l'art. 294 al. 2 N LP.

Comme mentionné plus haut, il ne sera plus nécessaire de demander un sursis provisoire dans la requête, car celui-ci est automatique selon l'art. 293a al. 1 N LP.

Selon l'art. 293 al. 2 let. b N LP, le sursis provisoire n'est plus obligatoirement assorti de la nomination d'un commissaire lorsqu'il est octroyé dans le cadre d'une requête en sursis concordataire¹⁹⁸, alors que c'était le cas sous l'ancien droit.

Ensuite, le sursis provisoire aura les mêmes effets juridiques que le sursis concordataire (art. 293 al. 4 LP et 293c al. 1 N LP)¹⁹⁹.

Pour conclure, le sursis provisoire ou définitif ne fera plus nécessairement l'objet d'une publication (art. 296 LP et 293c al. 2 N LP). Cette nouveauté a été introduite pour permettre de donner un répit au débiteur, comme dans le cas de l'ajournement. En raison de sa potentielle confidentialité, l'ajournement pouvait être dans certains cas plus favorable que le sursis concordataire, lorsqu'il s'agissait de donner un certain délai au débiteur afin qu'il puisse revenir à meilleure fortune. Une société peut p.ex. avoir des *cash flows* stables dus à des licences ou autres revenus, qui lui permettent d'éteindre petit à petit les dettes sans que d'autres mesures d'assainissement ne soient absolument nécessaires. Ce genre de cas est toutefois rare en pratique. Avec la révision, un tel cas pourra également être traité selon la procédure concordataire.

¹⁹⁶ Cf. arrêt du TF 5P.275/2003 du 8 janvier 2004, cons. 5.3.

¹⁹⁷ La N LP s'adapte donc à la pratique actuelle.

¹⁹⁸ Cf. OLIVIER HARI, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP), diss. Neuchâtel, Genève 2010, n. 33; VOLLMAR, Art. 293 (note 194), n. 32.

¹⁹⁹ VOLLMAR, Art. 293 (note 194), n. 33.

b. *Ajournement*

Contrairement à ce qui avait été proposé par le Conseil fédéral²⁰⁰, la nouvelle loi ne prévoit pas la suppression de l'art. 725a CO. Etant donné les différences peu explicables entre les deux procédures, nous regrettons ce choix des parlementaires.

L'ajournement est réglé par l'art. 725a CO, qui prévoit que le juge peut ajourner la faillite si l'assainissement de la société paraît possible. Le juge ne doit pas mettre trop d'exigences à cette notion²⁰¹. Le plan doit être crédible et précis ainsi que se prononcer sur les éléments suivants: bilan, compte des pertes et profits et compte de flux de trésorerie. Les mesures présentées doivent être aptes à résorber le surendettement (p.ex. «accordéon», abandon de créances, augmentation de capital, licenciements, etc.). De plus, la situation des créanciers ne doit pas se dégrader par la procédure d'ajournement²⁰². Ces conditions ne sont pas fondamentalement différentes de celles du sursis concordataire, puisque l'exercice consiste finalement aussi à montrer que les intérêts des créanciers sont mieux préservés par l'ajournement que par la faillite.

Avant l'adoption du nouveau droit, deux grandes différences entre l'ajournement et le sursis concordataire étaient la publicité et le fait que le sursis concordataire avait pour but d'aboutir au concordat, forçant ainsi les créanciers à des concessions, alors que l'ajournement n'impose aucune obligation aux créanciers. Depuis la révision, qui permet de garder confidentiel le sursis concordataire et introduit un élément de répit, seules l'étendue de la protection contre les créanciers (qui est plus grande dans le sursis concordataire²⁰³) et l'absence

²⁰⁰ Le Message du Conseil fédéral prévoyait l'intégration de l'ajournement dans la procédure concordataire (cf. Message relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 septembre 2010 [FF 10.077], ch. 2.14, p. 5916).

²⁰¹ Cf. BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 832 ss. L'ajournement est particulièrement prisé en Suisse romande, alors que les Suisses allemands semblent plus sceptiques (cf. BEAT SCHÖNENBERGER, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, BJSchK 2002, p. 187). Nous partageons leur scepticisme quant à cette procédure, car elle ne permet pas d'aboutir à une réduction forcée du montant des créances. De plus, le fait que les nouvelles créances ne deviennent pas des créances de la masse diminue drastiquement les chances d'une poursuite des opérations. L'absence de publicité (cf. art. 725 al. 3 CO) peut néanmoins être un avantage dans certains cas. Nous pensons que cette opacité peut cependant augmenter la responsabilité du Conseil qui contracterait de nouvelles dettes sans informer dûment les créanciers sur l'état de la société (il existerait même la possibilité de faire valoir un dommage direct). Enfin, nous relevons qu'en pratique, il est quasiment impossible de cacher la crise aux créanciers. En conséquence, le Conseil serait bien avisé de communiquer de manière transparente afin de diminuer les risques délictuels et pénaux (cf. FORSTMOSER, Krisenmanager [note 145], p. 278 s.).

²⁰² ATF 130 V 196 (208), cons. 5.5; ATF 120 II 425 (426 s.), cons. 2.b (= SJ 1995 353); SCHÖNENBERGER (note 201), p. 188.

²⁰³ Cf. art. 297 LP et N LP.

de privilège dans l'ajournement pour les obligations contractées pendant sa durée subsistent comme différences.

3. *Nouveau droit*

Comme évoqué plus haut, la grande nouveauté consiste dans la combinaison entre l'art. 725a CO — qui ne sera finalement pas abrogé — et les règles du sursis concordataire en vigueur. Il sera possible d'obtenir un sursis sans que la procédure ne doive absolument aboutir à un concordat. Un assainissement au sens de l'art. 725a CO pourra aussi être l'objet du sursis, mais avec les nouvelles conséquences du sursis, qui renforcent son attractivité:

- Les rapports de travail ne sont pas automatiquement transférés à un repreneur (art. 333b N CO);
- Le transfert d'actifs n'est pas révocable s'il fait l'objet d'une décision d'un juge ou de la commission des créanciers (art. 285 al. 3 N LP); et
- Avec l'assentiment du commissaire, le débiteur a la possibilité de résilier des contrats de durée avec effet immédiat (art. 297a N LP).

B. Questions particulières

1. *Conditions du prêt approuvé par le commissaire*

Comme relevé précédemment²⁰⁴, afin d'obtenir le sursis, les obligations contractées pendant le sursis avec le consentement du commissaire doivent être couvertes et les créanciers ne doivent de manière générale pas être lésés par la poursuite des opérations. Ce principe est également valable lorsque des perspectives d'assainissement sont plaidées selon le nouveau droit.

Pour assurer que les créances nées pendant le sursis soient couvertes, la société aura souvent besoin d'un nouveau financement. Il est recommandé de soumettre l'octroi d'un tel prêt à l'approbation du commissaire, afin qu'il devienne une dette de la masse selon l'art. 310 al. 2 LP et N LP, privilégiée lors d'une faillite subséquente. Le nouveau financement remplira de toute évidence les conditions posées par la jurisprudence en matière de prêt d'assainissement²⁰⁵. Contrairement

²⁰⁴ Cf. II.A.2.a. ci-dessus.

²⁰⁵ Cf. LUKAS GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, RJB 2010, p. 286 ss; OLIVIER HARI, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage?, GesKR 2008, p. 375 s.

aux conditions posées par OLIVIER HARI²⁰⁶, l'ATF 78 III 83 prévoit qu'un prêt est justement qualifié d'assainissement lorsque l'éventualité d'une aggravation de la situation ne peut pas être exclue²⁰⁷, chose qui sera toujours le cas dans le cadre d'un assainissement.

La poursuite des affaires de la société pendant le sursis pose le problème d'un éventuel creusement de la perte opérationnelle au détriment des créanciers existants avant la requête en sursis. Cette problématique est exacerbée par l'octroi d'un prêt qui, en cas de perte opérationnelle, viendra diminuer le bénéfice de liquidation des créanciers. En d'autres termes, si une telle perte est anticipée par le Conseil, est-elle compatible avec les exigences de l'art. 306 LP et N LP?

Nous pensons que la prévision d'une perte opérationnelle n'est pas nécessairement un élément interdisant au Conseil de contracter un tel prêt pour autant qu'il ait des raisons tangibles de croire que les créanciers, même en prenant en compte la perte, bénéficieront du sursis, que ce soit en permettant une meilleure valorisation de certains actifs par rapport à la faillite, ou en raison des chances de succès du plan de restructuration, que le Conseil estime être plus grandes que celles d'un échec. Si le Conseil, toujours dans la perspective de la *business judgment rule*²⁰⁸, prend une décision informée sur le prêt, nous sommes d'avis qu'il ne pourra pas être tenu pour responsable d'une potentielle augmentation du dommage, faute de pouvoir lui imputer un acte illicite (*i.e.*, que le dépôt de bilan est survenu à temps et que les devoirs de diligence et de fidélité ont été respectés)²⁰⁹.

De plus, le texte légal ne prévoit pas explicitement que les anciens créanciers ne doivent pas être lésés par le sursis, mais seulement que les nouveaux créanciers soient satisfaits. Ainsi, si le texte légal était suivi à la lettre, le Conseil pourrait accepter un éventuel creusement de la perte dans la mesure où celle-ci ne lèse pas le recouvrement des créances de la masse ainsi que celui des créanciers privilégiés.

Ensuite, si l'acte illicite consiste dans l'avis tardif au juge, par exemple en raison d'une provision mal comptabilisée, alors le Conseil ne peut pas être tenu pour responsable de l'augmentation de la perte

²⁰⁶ HARI, Action (note 205), p. 375.

²⁰⁷ ATF 78 III 83 (87), cons. 2.

²⁰⁸ Cf. III.C.6. ci-dessus.

²⁰⁹ Cf. RASHID BAHAR, Entre Charybde et Scylla: le prêt d'assainissement judiciaire, une solution aux problèmes juridiques et économiques des sociétés en difficulté, GesKR 2009, p. 332 ss; JÜRIG ROTH, Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, RSJ 2009, p. 463. Si le dépôt de bilan a été tardif et donc que le Conseil doit répondre du *Fortsetzungsschaden*, le creusement de la perte opérationnelle post dépôt de bilan effectif ne devra pas être pris en compte dans le calcul du dommage, sauf si cette perte résulte d'un autre acte illicite que le dépôt tardif du bilan, par exemple d'une violation de l'art. 306 N LP.

après le dépôt de bilan effectif, soit lors de la période du sursis concordataire, puisque le rapport de causalité entre le dommage et l'acte illicite cesse au moment du dépôt de bilan effectif, lorsque le Conseil agit finalement conformément à ses obligations.

Enfin, il convient de préciser que le remboursement d'un prêt approuvé par le commissaire remplira sans doute les conditions du prêt d'assainissement dont le remboursement, bien que pouvant théoriquement être révoqué, ne satisfera pas les conditions de l'art. 288 LP à moins que l'assainissement n'ait été depuis le début voué à l'échec, ce qui devrait d'emblée être exclu dans le cadre d'un sursis concordataire octroyé par le juge²¹⁰.

Pour conclure, le Conseil, qui voudra se libérer de toute responsabilité, sera avisé de demander au prêteur de renoncer au remboursement du montant du prêt égal à la perte opérationnelle. Bien que nous pensions que cette exigence ne soit pas nécessaire, elle peut s'avérer utile dans le contexte incertain d'une restructuration, dans laquelle de nombreuses obligations incombent à un Conseil qui a généralement beaucoup à perdre et peu à gagner des tentatives de restructuration. En d'autres termes, en cas de faillite, les créanciers ne manqueront pas de reprocher au Conseil d'avoir commis un quelconque acte illicite et d'être en conséquence responsable de l'augmentation de la perte pendant le sursis. Si le prêteur abandonne sa créance pour un montant égal à cette dernière, alors le Conseil peut facilement se disculper en arguant de l'absence d'un dommage²¹¹.

2. *Vente d'actifs*

Une fois le sursis concordataire octroyé, le Conseil peut — et le sera toujours dans le cas d'un concordat par abandon d'actifs — se retrouver confronté à la vente d'actifs et par conséquent à la question du prix de transfert²¹². Nous nous positionnons ici au moment du sursis concordataire et non de l'exécution du concordat homologué

²¹⁰ Cf. ATF 134 III 615 (622), cons. 5.3 (= SJ 2009 I 249). Voir également: ATF 134 III 452 (459), cons. 5.3 (= SJ 2009 I 281); GLANZMANN, Sanierungsdarlehen (note 205), p. 274 ss; KRIZAJ (note 113), p. 823; ROTH (note 209), p. 459 s.; HANS-UELI VOGT, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung – Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, GesKR 2009, p. 170.

²¹¹ Cf. III. B. ci-dessus.

²¹² Nous relevons ici que la création d'une nouvelle société dans laquelle sont transférés les actifs de la société en difficulté est très certainement la mesure qui marche le mieux en pratique. A notre connaissance, le concordat ordinaire n'aboutit que rarement.

par le juge avec l'approbation de la majorité des créanciers²¹³. Un tel transfert d'entreprise pendant le sursis est permis; il ne faut pas comprendre l'art. 317 LP comme étant exhaustif²¹⁴. De plus, le transfert, s'il concerne des actifs immobilisés — *Anlagevermögen* —, requiert l'approbation du juge ou de la commission des créanciers (art. 298 al. 2 LP et N LP).

Sous l'emprise de l'ancien droit, si les actifs avaient été transférés pour un prix notablement inférieur à leur valeur pendant l'année qui précède la saisie ou la déclaration de faillite²¹⁵, la révocation du transfert pouvait être demandée (art. 286 al. 2 ch. 1 LP)²¹⁶. Il en allait de même selon l'art. 288 LP si le prix se trouvait en-dessous du prix du marché ou si le débiteur recevait l'argent avant de transférer les actifs²¹⁷.

Le nouveau droit clarifie un peu la situation juridique en excluant l'action révocatoire pour les actes juridiques qui ont été accomplis durant un sursis concordataire dans la mesure où ils ont été avalisés par un juge du concordat ou par une commission des créanciers (art. 285 al. 3 N LP).

Nous saluons vivement cette modification, qui privilégie les actes accomplis pendant le sursis par rapport à ceux accomplis hors de toute procédure. Une bonne incitation est ainsi créée pour que le débiteur ayant l'intention de transférer des biens pour assainir la société dépose dans un premier temps une requête en sursis, puis demande au juge ou à la commission des créanciers l'accord pour procéder à la vente d'actifs. La procédure permet d'avoir une vente d'actifs organisée se déroulant sous la supervision du juge ou de la commission des créanciers, qui se chargent de défendre les intérêts des créanciers.

²¹³ Cf. art. 317 al. 1 LP. A ce sujet, voir: SYLVAIN MARCHAND / OLIVIER HARI, Le sursis concordataire, vecteur de transfert des entreprises commerciales, dans: Bohnet / Wessner (éd.), Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Bâle 2006, p. 106.

²¹⁴ BSK SchKG II-VOLLMAR, Art. 298, n. 19. *Contra*: MARCHAND / HARI (note 213), p. 114. Pour notre part, nous rejetons l'idée de l'exigence d'une assemblée des créanciers, car elle pourrait être une procédure trop lourde en cas de vente devant intervenir rapidement.

²¹⁵ Cf. art. 288a LP concernant le sursis et l'ajournement.

²¹⁶ A ce sujet, voir également: arrêt du TF 5A.386/2008 du 6 avril 2009, cons. 2; BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 288a, n. 4.

²¹⁷ Dans le cas d'un transfert d'actifs, l'aspect subjectif du dommage aux créanciers constitué par une intention éventuelle (*Eventualvorsatz*; cf. BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 288, n. 16) sera très vite rempli puisque la valorisation des actifs a toujours une part d'incertitude qui, dans le cas d'une bonne affaire pour le repreneur, pourrait causer un dommage aux créanciers. A ce sujet, voir également: ATF 136 III 247 (251), cons. 3; arrêt du TF 5A.750/2008 du 24 février 2010, cons. 3; VOGT, Die neue (note 144), p. 1082.

Il est ainsi normal que la révocation de ces actes soit soumise à des conditions plus restrictives.

La modification de la loi ne concerne en revanche pas les actes approuvés par le commissaire²¹⁸. Nous déplorons ce choix du législateur, qui aurait pu aller plus loin, car la vente de certains actifs nécessite une prise de décision rapide excluant parfois l'intervention d'un juge ou d'une commission des créanciers.

Nous pensons ensuite que pour des raisons évidentes de sécurité juridique, une action révocatoire basée sur l'art. 288 LP — l'action de l'art. 286 LP étant déjà restreinte par la notion de «notablement inférieure»²¹⁹ — ne devrait être admise que dans des conditions très strictes si (i) le transfert d'actifs a lieu entre un débiteur et un tiers indépendant des actionnaires ainsi que du Conseil du débiteur et (ii) s'il a de plus été approuvé par le commissaire²²⁰. Si l'acquéreur est détenu ou représenté entièrement ou partiellement par des personnes proches du débiteur, la problématique du conflit d'intérêt au sein du Conseil devra être réglée de manière adéquate (*i.e.*, approbation de l'assemblée générale, expertise ou encore récusation)²²¹. A notre avis, pour autant que le Conseil ait respecté son devoir de diligence, seul un conflit d'intérêt non résolu par le Conseil peut remettre en question la valeur des contre-prestations échangées. En d'autres termes, en l'absence de conflit d'intérêt, l'estimation d'un tiers, souvent coûteuse, ne devrait pas se révéler être une défense plus efficace que le prix négocié entre deux parties indépendantes et entériné par le commissaire²²². La présence du commissaire est un atout non négligeable dans la procédure de sursis concordataire par rapport à un assainissement strictement privé, puisqu'il donnera une garantie supplémentaire au repreneur quant à la sécurité de la transaction envisagée, qui est un élément décisif pour trouver un repreneur. Comme mentionné plus haut, si le transfert fait l'objet d'une approbation du juge ou de la commission des créanciers, l'action révocatoire est exclue.

Enfin, même si le transfert d'actifs n'est pas soumis à la révocation (art. 285 al. 3 N LP), cela ne préjuge pas encore de l'absence de

218 Cf. art. 285 al. 3 N LP; Message relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement) du 8 septembre 2010 (FF 10.077), ch. 2.6, p. 5891 s.

219 Cf. art. 286 al. 1 ch. 1 LP.

220 Cf. VOLLMAR, Art. 298 (note 214), n. 26 s.

221 Cf. FRANK GERHARD / PHILIPPE JACQUEMOUD, Merger vs. Exchange Offer, GesKR 2012, p. 206 ss.

222 GERHARD / JACQUEMOUD (note 221), p. 191 s.; MARKUS VISCHER / THOMAS WEHINGER, Unternehmensbewertung und Kostentragung bei Überprüfungsclagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG, GesKR 2012, p. 458.

responsabilité du Conseil, qui reste en principe en ligne de mire, puisque le juge n'a pas pour vocation de revoir la matérialité du prix, mais seulement de s'assurer que les intérêts globaux des créanciers sont apparemment respectés sur la base de l'état de fait décrit dans la requête de la société²²³. Si le Conseil a agi en l'absence de conflit d'intérêt tout en préservant autant que possible les intérêts des créanciers, y inclus ceux des travailleurs, le transfert d'actifs ne pourra en règle générale pas être qualifié d'acte illicite, à moins qu'une intention manifeste de causer un dommage aux créanciers ne puisse être démontrée par le demandeur. Le critère «d'intention manifeste» est volontairement utilisé, puisqu'une telle intention ne peut pas être couverte par la latitude de jugement donnée au Conseil sous les auspices de la *business judgment rule*²²⁴. Etant donné que le transfert d'actifs approuvé seulement par le commissaire est soumis à révocation, le même raisonnement lui également applicable. Néanmoins, puisque le commissaire revoit la matérialité du prix, il agit de manière similaire à un expert et le Conseil pourra donc faire valoir l'absence d'une faute si les conditions décrites plus haut sont remplies²²⁵. Accessoirement, lorsqu'un état de fait remplit à la fois les conditions de la révocation et de la responsabilité du Conseil, il se pose alors la question épineuse de la concurrence entre ces deux prétentions²²⁶.

3. *Possible démission du Conseil d'administration après l'avis de surendettement*

a. *Légitimité du Conseil*

Le Conseil tire sa légitimité de deux fondements: (i) des actionnaires et (ii) du fait que la société n'est pas surendettée²²⁷.

²²³ VOLLMAR, Art. 298 (note 214), n. 26 s.; VOGT, Die neue (note 144), p. 1088.

²²⁴ Concernant la *business judgment rule*, cf. III.C.6. ci-dessus.

²²⁵ Cf. III.D.2.a. ci-dessus. Pour les opérations courantes approuvées par le commissaire, voir IV.B.4.b. ci-dessous.

²²⁶ Dans deux arrêts, le Tribunal fédéral est passé sur cette problématique comme chat sur braise, en évitant de prendre véritablement position (arrêt du TF 4A.324/2001 du 16 janvier 2012, cons. 3.2; arrêt du TF 5C.29/2000 du 19 septembre 2000, cons. 3.e). Plusieurs auteurs se sont attaqués à cette question, mais pour l'instant aucune position ne se dégage clairement (cf. notamment KRIZAJ [note 113], p. 833 ss; LUTERBACHER [note 125], n. 394 et 399 ss; ANNE PETER / HANS-UELI VOGT, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr, GesKR 2011, p. 243; REBSAMEN [note 59], n. 1104 ss; VOGT, Die neue [note 144], p. 1090). A notre avis, lorsqu'elle est raisonnablement exigible, l'action paulienne constitue alors en principe une incombeance de réduction du dommage au sens de l'art. 44 al. 1 CO pour quiconque désire lancer une action en responsabilité contre le Conseil.

²²⁷ BÖCKLI, Das Ende (note 17), p. 163.

Lorsque la société souffre d'une perte de capital²²⁸, le Conseil doit convoquer une assemblée générale et lui présenter des mesures d'assainissement²²⁹. Le sort du mandat du Conseil dépend des actionnaires, qui en le maintenant en poste lui donnent une nouvelle légitimité.

Lorsque le Conseil a des doutes quant au surendettement de la société²³⁰, il doit préparer un bilan intermédiaire, le faire réviser et établir un plan d'assainissement si la société peut être sauvée. De plus, si le Conseil arrive à la conclusion qu'il ne sera pas capable d'assainir la société dans les quatre à six semaines suivant la constatation du surendettement, mais seulement dans un délai plus long, il doit soit demander un ajournement, soit déposer une demande de sursis concordataire²³¹. Dans ce cas, la légitimité du Conseil, qu'il ne peut plus tirer des actionnaires, dont le capital a été entièrement entamé, est tirée des créanciers agissant indirectement à travers le juge qui octroie le sursis concordataire ou l'ajournement si les conditions décrites en détails plus haut²³² sont remplies²³³.

Ces considérations nous montrent que le Conseil voulant rester aux commandes de la société après la constatation d'un surendettement est légitimé à le faire. Mais qu'en est-il du Conseil qui aimerait démissionner faute d'avoir les compétences ou le temps pour restructurer la société dans la phase «publique» de restructuration, ou encore faute de vouloir endosser une responsabilité accrue due aux actions délicates à prendre durant cette phase, ou enfin car il ne croit pas aux perspectives d'un assainissement?

Comme nous l'avons remarqué à plusieurs reprises, une fois le surendettement constaté, les intérêts des créanciers sont au premier plan et ils deviennent les propriétaires économiques de la société. Le Conseil n'est plus légitimé à moins que, pour autant qu'il le veuille, le juge lui renouvelle indirectement son mandat par l'octroi d'un sursis concordataire ou d'un ajournement. *A contrario*, le Conseil devrait donc après l'avis de surendettement au juge pouvoir

228 Cf. II.A.2. ci-dessus.

229 Lorsque des mesures d'assainissement se révèlent être superflues, le Conseil peut également y renoncer. A ce sujet, voir II.A.4. ci-dessus.

230 Cf. II.B.2. ci-dessus.

231 Concernant le dépôt de bilan concomitant, cf. II.B.4. ci-dessus.

232 Cf. IV.A.2. ci-dessus.

233 BÖCKLI, Das Ende (note 17), p. 165.

immédiatement démissionner²³⁴, laissant les rênes de la société aux mains du juge et des créanciers. Les scénarios suivants expliquent cette position radicale mais justifiée en raison des intérêts en présence.

b. Le Conseil veut participer

Si le Conseil est de l'avis que les chances d'un assainissement sont favorables car un investisseur s'est manifesté ou/et des créanciers sont prêts à des concessions, il aura tendance à privilégier l'assainissement puisque le sauvetage de la société (au contraire du concordat par abandon d'actifs dans lequel des prétentions en responsabilité peuvent être élevées contre la société) est la manière la plus sûre pour le Conseil de se protéger de toute action en responsabilité. N'oublions pas dans ce contexte, que le plus souvent, le Conseil ne saura pas encore au moment de la demande de sursis quelle sorte de concordat sera privilégiée. Si le Conseil pense donc qu'il pourra sauver la société comme entreprise, bien qu'il n'en ait pas l'obligation, il déposera une requête en sursis concordataire ou ajournement pour permettre l'assainissement. Si le Conseil n'a pas d'intérêt particulier au sauvetage de la société — concordat par abandon d'actifs —, la situation sera alors la même que si le Conseil ne veut pas participer²³⁵.

Dans le cas de la venue d'un nouvel investisseur, le Conseil ne voudra en principe endosser la responsabilité que jusqu'au moment de l'octroi du sursis définitif, qui coïncidera généralement avec la mise

²³⁴ La relation juridique entre le Conseil et la société est un contrat innomé. Il est de double nature, à la fois obligatoire et sociale. Si les articles de droit des sociétés ne prévoient pas de règles spécifiques, ce sont en principe les règles du mandat (art. 394 ss CO) qui s'appliquent. Le droit de résiliation des membres du Conseil est ainsi régi par l'art. 404 CO. Sous réserve du dommage dû en cas de résiliation en temps inopportun, un membre du Conseil peut donc résilier en tout temps le contrat qui le lie avec la société (cf. ATF 112 V 1 [5], cons. 1.3.c; ATF 111 II 480 [483], cons. 1.b; ATF 104Ib 321 [323], cons. 2.b [= Pra 1975 Nr. 125]; ZK-HOMBURGER, Art. 710, n. 224 ss; KRNETA [note 50], n. 428 ss; BSK OR II-WERNLI / RIZZI, Art. 710, n. 11b; BÖCKLI, Aktienrecht [note 9], § 13 n. 56; JEAN NICOLAS DRUEY / LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10^{ème} édition, Zurich 2010, § 13 n. 50; ROLAND MÜLLER / LORENZ LIPP / ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat – Ein Handbuch für die Praxis, 3^{ème} édition, Zurich 2007, p. 134 s.; ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, diss. Zurich 1990, p. 97 [= SSHW 130]). Après avoir dûment annoncé le surendettement, il appert que le Conseil ne résilie pas en tant inopportun. Effectivement, il se trouve alors dans une situation où il ne tire sa légitimité ni de l'assemblée générale, ni du juge. Pour plus de détails sur la relation liant le Conseil à la société, voir notamment: KRNETA (note 50), n. 276 ss; MARC BAUEN / SILVIO VENTURI, Swiss Board of Directors, Zurich 2009, n. 76 ss; BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 88 ss; ROLF DITESHEIM, La représentation de la société anonyme, diss. Lausanne, Berne 2001, p. 167 s. (= ASR 647); ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11^{ème} édition, Berne 2012, § 16 n. 458 s.; ROLAND MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zurich 2005, p. 40 ss; MÜLLER / LIPP / PLÜSS (note 234), p. 31 ss; KATJA ROTH PELLANDA, Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten, GesKR 2012, p. 72 ss; WERNLI / RIZZI (note 234), n. 9.

²³⁵ Cf. IV.B.3.c. ci-dessous.

à disposition par l'investisseur de fonds nécessaires à la continuation des opérations lors de l'assainissement. Il est normal de ne pas pouvoir demander au Conseil, qui a été élu par des actionnaires désintéressés dans une situation très différente, d'assumer les conséquences d'un éventuel échec d'un assainissement dont les grandes lignes sont dictées, dans le cas évoqué, par le nouvel investisseur. De plus, après l'octroi du sursis définitif, le repreneur voudra mettre ses propres représentants au Conseil. Si l'investisseur injecte des fonds étrangers, il demandera aux actionnaires existants d'élire de nouveaux représentants; s'il investit déjà à ce stade des fonds propres, il aura le pouvoir de changer le Conseil en sa qualité d'actionnaire.

Du moment que le Conseil a déposé une requête au juge et qu'il ne démissionne pas dans l'enchaînement, il demande tacitement un renouvellement de son mandat. Dès ce moment, s'il démissionne alors que les faits sous-jacents à la requête n'ont pas changé, il court le risque que la résiliation de son mandat soit considérée comme ayant lieu en temps inopportun au sens de l'art. 404 al. 2 CO²³⁶. Il pourrait dans ce cas devoir répondre d'un éventuel dommage. Si en revanche les faits sous-jacents à la requête changent et que le Conseil estime qu'un assainissement n'est plus possible, il peut démissionner de manière légitime faute de ne pouvoir demander la révocation du sursis.

c. Le Conseil ne veut pas participer

Si le Conseil pense que l'assainissement n'a pas de mérite, ou même ne veut pas continuer ou entreprendre de nouvelles négociations avec un investisseur (des tentatives de redressement ont toujours eu ou du moins auraient dû avoir lieu lors de la phase de pré-surendettement²³⁷) dans le cadre d'un sursis ou d'un assainissement, les créanciers, à qui appartiennent maintenant économiquement la société, peuvent déposer une requête en ajournement ou en sursis. Si aucun créancier ne se manifeste, p.ex. en raison de leur atomisation, alors le repreneur peut déposer une requête, que le juge devra considérer en raison de son obligation d'ajourner la faillite d'office si un concordat paraît possible (art. 173a al. 2 LP). Pour autant que la requête persuade le juge,

²³⁶ Cf. BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 256; PLÜSS (note 234), p. 34 s.

²³⁷ Il convient de bien noter que nous ne nions pas l'obligation du Conseil de prendre des mesures d'assainissement, mais nous soutenons que cette obligation prend fin au moment du surendettement. PETER FORSTMOSER a raison de soulever dans *Krisenmanager* (note 145), p. 228 s., qu'en réalité lors de la constatation du surendettement un repreneur et les mesures à mettre en œuvre ne sont le plus souvent pas connus, mais cela s'explique par la réaction tardive du Conseil, qui devrait agir déjà au moment de la perte de capital. En d'autres termes, ce n'est pas parce que souvent le Conseil agit trop tard qu'il faut en conclure une obligation générale du Conseil d'assainir la société une fois le surendettement intervenu. Le système légal marche dans les grandes lignes pour autant qu'il soit appliqué correctement.

il prononcera le sursis et nommera un commissaire avec les pouvoirs les plus étendus (art. 298 al. 1 LP et NLP).

Le fait que la révocation du sursis concordataire ne puisse être demandée que par le commissaire montre encore de manière frappante que l'idée du législateur n'était pas d'imposer une quelconque obligation au Conseil au-delà de l'avis au juge. Dans le cas contraire, il aurait également prévu le droit pour le Conseil de demander la révocation dans le but de protéger les intérêts des créanciers. Il serait pour le moins curieux et paradoxal d'imposer au Conseil de continuer à participer à une procédure qu'il ne peut pas arrêter.

4. Actes du Conseil après l'avis de surendettement

Les actes du Conseil qui choisit de rester aux commandes auront forcément des conséquences même lors du sursis concordataire, car ses obligations découlant de la loi (notamment les art. 716 et 716a CO) continuent de déployer des effets tant que son mandat est en vigueur²³⁸.

Certaines phases de la période de restructuration doivent être découpées pour mieux appréhender les obligations du Conseil: (i) la préparation de la requête en sursis provisoire et définitif, (ii) les opérations courantes, et (iii) la révocation du sursis.

a. Préparation de la requête en sursis provisoire et définitif

Une fois l'avis au juge effectué, le Conseil doit se déterminer sur l'opportunité de demander un sursis concordataire, dans un premier temps provisoire et dans un second définitif. La problématique est fondamentalement la même concernant l'ajournement, à la différence que le juge devra tenir compte dans son examen des chances de réussite du plan d'assainissement et que la procédure d'ajournement ne permet pas une réduction forcée des créances²³⁹.

Dans ce contexte, il se pose la question d'une potentielle responsabilité du Conseil pour l'information qui est dévoilée dans la requête au juge, qui est en particulier liée au pronostic quant aux chances qu'un concordat aboutisse. L'acte illicite consisterait dans la violation du devoir de diligence du Conseil.

Il faut garder ici à l'esprit qu'en pratique, le repreneur ou investisseur, acteur quasiment incontournable de tout assainissement, ne sera la plupart du temps pas encore connu avec certitude et qu'ainsi aucun

²³⁸ Cf. BÖCKLI, Das Ende (note 17), p. 176; FORSTMOSER, Krisenmanager (note 145), p. 277 ss; HANDSCHIN (note 59), p. 433 ss.

²³⁹ Cf. BÖCKLI, Aktienrecht (note 9), § 13 n. 832 ss.

contrat définitif ne liera les parties. Le Conseil a par conséquent une tâche très difficile, qui ne consiste peut-être pas à regarder dans une boule de cristal, mais qui ne s'en écarte pas beaucoup. Son devoir de diligence doit être analysé à l'aune de cette tâche.

Le Conseil doit à notre sens présenter au juge un état de fait correct, complet et objectif de la situation de la société et des mesures d'assainissement déjà entreprises et envisagées. En particulier les éléments négatifs ne doivent pas être passés sous silence, car leur description permet au juge de se faire une opinion quant aux chances de succès de l'opération envisagée. Les conclusions que le Conseil tire de ces descriptions doivent reposer sur des éléments tangibles. Pour démontrer sa bonne diligence, le Conseil sera avisé de débattre du plan de sauvetage, de ses conséquences et surtout de ses chances de succès. En résumé, le Conseil ne peut pas s'en remettre au juge pensant que l'aval de l'autorité judiciaire le blanchit de toute responsabilité. Le juge n'a pas vocation à lui-même établir un pronostic. Il se contente d'examiner si la description apportée par la société est vraisemblable pour remplir les conditions légales.

Afin d'éviter tout biais dans le cadre d'une action en responsabilité, et par conséquent de respecter pleinement les principes de la *business judgment rule*, le juge devra tenir compte des circonstances très particulières liées à la situation du surendettement et donc aux conditions dans lesquelles le Conseil prend sa décision: (i) manque de temps; (ii) incertitude liée aux concessions des créanciers; (iii) incertitude quant à la participation d'un nouvel investisseur; (iv) pression liée au sauvetage des places de travail; et (v) incertitudes économiques.

Il est piquant de relever que le créancier qui dépose la requête en sursis concordataire ou en ajournement n'est pas tenu envers les actionnaires et autres créanciers de la société par les mêmes obligations de diligence que le Conseil. De plus, les créanciers, à moins d'être organes de fait, ne sont pas organes de la société au sens des art. 754 ss CO. Par conséquent, nous pourrions croire que le créancier qui veut élever une prétention contre un autre créancier devrait se fonder exclusivement sur l'art. 41 CO et serait légitimé à agir seul. En raison d'un arrêt du Tribunal fédéral²⁴⁰, nous ne le pensons pas. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que dans la faillite, l'action contre l'état pour un acte illicite du juge de l'ajournement appartient à la communauté des créanciers si le créancier lésé allègue la violation d'une norme du droit des sociétés tendant à protéger non seulement les créanciers mais aussi la société²⁴¹. Cette décision date du temps de

²⁴⁰ Cf. ATF 127 III 374 (= SJ 2002 I 24).

²⁴¹ ATF 127 III 374 (377), cons. 3.b (= SJ 2002 I 24).

la jurisprudence *X-Corporation*²⁴² et doit donc être adaptée au critère actuel de différenciation entre dommage direct et indirect, qui se base sur la masse lésée²⁴³. Pour le reste, nous pensons que cette jurisprudence est applicable *mutatis mutandis* à la responsabilité du créancier ayant déposé la requête en ajournement²⁴⁴. Le dommage sera alors le même qu'en cas de retard dans l'avis de surendettement — *Fortsetzungsschaden* —, puisque sans l'octroi du sursis, la faillite aurait été prononcée plus tôt avec pour effet une probable réduction du dommage²⁴⁵.

Nous renvoyons à nos considérations ci-dessus concernant la faute et la causalité naturelle et adéquate²⁴⁶.

b. Opérations courantes

Pendant le sursis concordataire, le débiteur peut poursuivre son activité sous la surveillance du commissaire (art. 298 al. 1 LP et N LP). Le juge du concordat peut cependant prescrire que certains actes ne pourront être valablement accomplis qu'avec le concours du commissaire, ou autoriser le commissaire à poursuivre l'activité à la place du débiteur.

²⁴² Cf. note 114 ci-dessus.

²⁴³ Cf. III.B.1. ci-dessus. En conséquence, le créancier ou l'actionnaire a donc la légitimation active en cas de dommage étant intervenu exclusivement dans son patrimoine, sans que la société ne soit lésée (*i.e.*, dommage direct). En cas de dommage étant intervenu en premier lieu dans le patrimoine de la société (*i.e.*, dommage indirect), cette légitimation fera défaut et seule la communauté des créanciers pourra agir. Lorsque le créancier ou l'actionnaire et la société sont tous deux lésés (*i.e.*, dommage direct et indirect), le créancier ou l'actionnaire ne peut agir individuellement que s'il fait valoir (i) un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, ou (ii) une *culpa in contrahendo*, ou encore (iii) une violation d'une norme du droit de la société anonyme le protégeant exclusivement. Dans l'examen de ce dernier cas de figure, l'art. 725a CO ne constitue pas une norme protégeant exclusivement le créancier (ATF 127 III 374 [378], cons. 3.c [= SJ 2002 I 24]) et la communauté des créanciers sera ainsi seule légitimée à faire valoir le dommage. Dans le cas d'une requête en sursis concordataire, ce ne sera pas une norme de droit des sociétés dont la violation sera alléguée, mais bien une du droit de la poursuite et faillite, p.ex. l'art. 293 ou 306 LP et N LP. Dans le contexte d'une potentielle violation de ces deux normes, nous pensons qu'elles ne constituent pas non plus des dispositions protégeant exclusivement le créancier ou l'actionnaire (notamment l'intérêt des travailleurs est protégé quant au maintien de leur place de travail).

²⁴⁴ En ce qui concerne la légitimation passive du créancier ayant déposé la requête en ajournement, nous nous trouvons également dans le champs d'application des art. 754 ss CO. Un autre point de vue serait incohérent avec la légitimation active des actionnaires ou autres créanciers, qui comme nous venons de le voir s'oriente suivant la responsabilité sociale. Eventuellement, on pourrait même reconnaître une qualité d'organe de fait au créancier concerné. Quoi qu'il en soit, la communauté des créanciers peut de toute façon fonder son action sur l'art. 41 CO, en application des conditions pour faire valoir un dommage purement patrimonial (l'art. 725a CO est pour elle une norme protectrice).

²⁴⁵ Cf. III.B.2. ci-dessus.

²⁴⁶ Cf. III.D. et III.E. ci-dessus.

Comme mentionné plus haut²⁴⁷, l'actif immobilisé ne peut être aliéné ou remis en sûreté sans l'autorisation du juge ou désormais également de la commission des créanciers (art. 298 al. 2 LP et NLP).

A la lumière de cette disposition, nous comprenons que la marge de manœuvre du Conseil est limitée. Le corset légal soumet la validité civile de certains actes à l'approbation du juge et/ou du commissaire. Ces approbations ne sont pas un blanc-seing pour le Conseil, qui à cause d'elles n'encourrait aucune responsabilité. Il faut néanmoins tenir compte, dans le cadre d'une éventuelle action en responsabilité, du concours du juge et en particulier du commissaire. A notre avis, c'est dans l'analyse de la faute que leur présence peut disculper le Conseil.

Comme nous l'avons établi plus haut²⁴⁸, le Conseil peut exciper du fait qu'il n'a pas commis de faute s'il a tout entrepris pour se faire une opinion professionnelle en consultant des tiers tels que des consultants, avocats, comptables, financiers, professionnels de la branche d'activité, etc. Le rôle d'expert et de contrôle du commissaire dans le cadre des décisions du Conseil déploie à notre sens les mêmes effets que l'avis des experts. Il permet ainsi au Conseil de valablement se disculper pour autant que celui-ci ait analysé les conseils et en ait tiré des conclusions professionnelles avant de les mettre en œuvre. Enfin, le Conseil doit avoir dûment fourni au commissaire toutes les informations nécessaires.

Concernant les obligations du Conseil dans cette période, elles sont de permettre une continuation des activités de la société et de préparer une relance lorsque la société sera sortie de l'ornière. Non seulement les intérêts des créanciers doivent être préservés, mais aussi ceux plus généraux de la survie de l'entreprise. Durant cette phase, le Conseil peut, et doit même à notre avis, travailler en partant de l'hypothèse que la société sera sauvée. Dans le cas contraire, le plan d'assainissement n'a aucune chance d'aboutir. Cette hypothèse de succès nécessite un traitement inégal des créanciers. En principe, les anciens créanciers ne seront pas servis tandis que les nouveaux le seront. D'ailleurs, le sursis est conditionné au fait que les créances de la masse soient couvertes, le législateur montrant bien ainsi le but de privilégier les nouveaux créanciers par rapport aux anciens pour donner des chances à la survie de l'entreprise. Le traitement en principe égal des créanciers au sein de leur catégorie — anciens et nouveaux —, qui découle de la systématique légale, peut être à notre avis brisé par le Conseil si les circonstances de la survie de l'entreprise l'exigent, et ce sans qu'il

²⁴⁷ Cf. IV.B.2. ci-dessus.

²⁴⁸ Cf. III.D.2. ci-dessus. Pour les transferts d'actifs approuvés par le commissaire, voir IV.B.2. ci-dessus.

n'encourt de responsabilité²⁴⁹. Cela ne préjuge pas d'une éventuelle action révocatoire fondée sur l'art. 288 LP (si la contre-prestation du débiteur est effectuée après celle du créancier, alors l'action révocatoire a des chances de succès²⁵⁰).

c. Révocation

Sous l'ancien droit, lorsque le sursis était révoqué, tout créancier pouvait requérir la faillite immédiate dans un délai de vingt jours suivant la publication (art. 309 LP). Si le bilan avait déjà été déposé, une requête d'un créancier n'était alors pas nécessaire. Dans le nouveau droit, le juge du concordat prononce immédiatement la faillite (art. 309 N LP). La modification ne devrait pas fondamentalement changer le fait qu'entre le moment de la révocation et le prononcé de la faillite²⁵¹, un délai parfois très long peut s'écouler, souvent à cause des tribunaux qui sont débordés. Le système légal n'a pas été conçu pour cette période de «quasi non-droit», dans laquelle la société n'a plus d'activité mais personne n'a encore été nommé pour s'occuper de la liquidation.

Si le Conseil n'a toujours pas démissionné, il sera épaulé pendant cette période par le commissaire.

L'hypothèse d'une continuation et le cas échéant d'une reprise des activités de la société n'a plus lieu d'être. La société passe en mode de liquidation. Cette tâche devrait revenir à l'autorité selon le système légal. Il faut tenir compte de cet élément s'il est reproché au Conseil d'avoir violé ses obligations. Autrement dit, le Conseil n'a pas d'obligation légale dans cette période et c'est de nature *ad hoc* qu'il agit de manière analogue à la gestion d'affaires sans mandat. Sa responsabilité doit être examinée à la lumière de ces éléments²⁵².

Le Conseil et le commissaire sont avisés de préserver les biens de la société en arrêtant toute opération qui n'est pas nécessaire au maintien de la valeur des actifs. Si des actifs sont périssables ou se déprécient, ils peuvent les vendre. Le paiement des dettes sera stoppé à moins que la prestation soit nécessaire à la liquidation. Enfin, les travailleurs pourront être licenciés afin de diminuer la durée de l'indemnité

²⁴⁹ Cf. III.C.5. ci-dessus.

²⁵⁰ Cf. ATF 135 III 276 (282 ss), cons. 6.3; arrêt du TF 5A.750/2008 du 24 février 2010, cons. 3.

²⁵¹ Une amélioration notable viendra du fait que le juge ne devra pas convoquer une nouvelle audience de faillite car celle-ci est prononcée d'office.

²⁵² Cf. art. 420 al. 2 CO.

leur étant due. La procédure de licenciement collectif²⁵³ n'aura pas besoin d'être respectée, étant donné que sa raison d'être est vidée de toute substance en raison de l'épuisement de toute solution alternative.

V. CONCLUSION

Après ce tour d'horizon, nous tirons les conclusions suivantes:

Alarmes

- Le temps est un facteur essentiel. Afin d'en disposer en suffisance, les alarmes doivent se déclencher le plus tôt possible, tout en restant bien évidemment dans le cadre légal. Le conservatisme s'impose dans ce contexte;
- Une vision trop formaliste des affaires de la société doit être absolument rejetée. Ce n'est pas parce que le Conseil ne propose pas formellement à l'assemblée générale des mesures d'assainissement qu'il ne met pas tout en œuvre pour restructurer la société. Dans un tel cas, nul ne doit considérer qu'il aurait violé son devoir de diligence;
- L'interprétation des dispositions légales régissant la restructuration doit être adaptée aux besoins de l'entreprise. Appliquer les règles de la même manière à une *start-up* et à une société immobilière est insensé;

Phase privée

- Les actions du Conseil peu avant et après la constatation du surendettement doivent être prises dans le seul intérêt des créanciers. Les conflits d'intérêt doivent à tout prix être évités. Si le Conseil prend des décisions de manière informée à l'issue d'un processus de discussion, fondées qui plus est sur l'avis d'experts, sa latitude de jugement doit être préservée;
- Nos tribunaux doivent éviter le biais pervers consistant à revoir les faits sous l'influence du résultat (*hindsight bias*);

Phase publique

- Lors de cette phase, la responsabilité du Conseil doit être examinée à l'aune de ses compétences, restreintes de par la présence d'un curateur ou commissaire et de celle du juge;
- Le Conseil peut contracter un prêt d'assainissement même s'il pense que les pertes de la société augmenteront, pour autant que

²⁵³ Cf. art. 335d ss CO.

la vision globale pour les créanciers reste meilleure avec le prêt que sans le prêt;

- La vente d'actifs entre personnes qui ne sont pas liées devrait en tant que règle générale être considérée comme non problématique. Nous privilégions l'établissement des prix en fonction de mécanismes de marché par rapport aux prix dictés par les experts;
 - Le Conseil peut démissionner en tout temps après l'avis de surendettement. Cependant, s'il décide de rester et est adoubé par le juge dans ses fonctions, alors il doit assumer les conséquences de ce mandat;
 - Enfin, pour opérer comme un blanc-seing, l'octroi ou l'approbation par le juge de certaines mesures doit reposer sur une demande contenant des faits corrects et fidèles à la réalité, sans omissions jetant une autre lumière sur la version des faits soumise. Si le Conseil juge de manière interne le pronostic de sauvetage différemment que celui proposé, il se doit de lever le rideau.
-

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	271
II.	BESOINS DE RESTRUCTURATION	273
	A. Perte de capital	273
	1. Remarques préliminaires	273
	2. Calcul de la perte de capital.....	274
	a. Bilan simplifié.....	274
	b. Calcul conservateur des réserves légales au sens de l’art. 725 al. 1 CO	274
	c. Calcul libéral des réserves légales au sens de l’art. 725 al. 1 CO	275
	d. Conséquences.....	275
	e. Prise de position.....	276
	3. Dernier bilan.....	278
	4. Mesures d’assainissement.....	280
	B. Surendettement.....	283
	1. Notion	283
	2. Moment de l’établissement du bilan intermédiaire.....	283
	3. Test de l’art. 725 al. 2 CO	284
	a. Valeur de calcul	284
	b. Conditions du going concern	286
	c. Cas particulier des start-ups	287
	4. Dépôt de bilan et exceptions.....	289
	C. Innovations du P CO	292
III.	RESPONSABILITÉ LORS DE LA PHASE DE RESTRUCTURATION «PRIVÉE»	293
	A. Responsabilité des administrateurs	293
	B. Dommage de la société	294
	1. Dommage direct et indirect	294
	2. Fortsetzungsschaden.....	295
	C. Acte illicite	298
	1. Introduction	298
	2. Avis tardif au juge	298
	3. Mesures intragroupe	298
	4. Conflit d’intérêt	299
	5. Inégalité de traitement des créanciers.....	299
	6. Obligation de sauver la société?	301
	7. Protection des créanciers comme élément déterminant	302

D. Faute.....	303
1. Introduction	303
2. Défense	303
a. En général	303
b. Avis tardif au juge.....	304
3. Note connexe	305
4. Administrateur minorisé	306
E. Causalité naturelle et adéquate	306
IV. RESPONSABILITÉ LORS DES PHASES DE RESTRUCTURATION «PUBLIQUE».....	308
A. Problèmes communs au sursis provisoire, au sursis concordataire et à l’ajournement	308
1. En général.....	308
2. Conditions du sursis provisoire, définitif et de l’ajournement de faillite	309
a. Sursis concordataire	309
b. Ajournement	312
3. Nouveau droit	313
B. Questions particulières	313
1. Conditions du prêt approuvé par le commissaire.....	313
2. Vente d’actifs.....	315
3. Possible démission du Conseil d’administration après l’avis de surendettement.....	318
a. Légitimité du Conseil.....	318
b. Le Conseil veut participer	320
c. Le Conseil ne veut pas participer	321
4. Actes du Conseil après l’avis de surendettement.....	322
a. Préparation de la requête en sursis provisoire et définitif.....	322
b. Opérations courantes.....	324
c. Révocation	326
V. CONCLUSION	327