



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2012

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le conseil d'administration et le surendettement de la SA

Cottin, Thibaud

How to cite

COTTIN, Thibaud. Le conseil d'administration et le surendettement de la SA. Master, 2012.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:30731>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Le conseil d'administration et le surendettement de la SA

Thibaud COTTIN

21 décembre 2012

Reconnaissant

que le plagiat est unanimement considéré comme une faute grave, passible de sanctions de la part de l'autorité compétente de l'Université de Genève, indépendamment des possibles poursuites pénales qu'il peut engendrer,

que sa pratique est notamment incompatible avec le Règlement de l'Université de Genève (art. 38), le Règlement d'études de la Faculté de droit et les Directives en matière de plagiat approuvées par le Conseil de Faculté du 10 octobre 2007;

déclarant

avoir pris connaissance des Règlements et Directives précités,

le/la soussigné(e) atteste que, dans son mémoire, toute affirmation qui n'est pas le fruit de sa réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

Lieu et date:

Signature:

Table des matières

I. Introduction.....	4
II. L'art. 725 CO et les intérêts qu'il protège.....	5
III. Le surendettement et le rôle du conseil d'administration	5
A. Définition du surendettement	5
B. Les raisons sérieuses d'admettre le surendettement.....	6
C. Bilans intermédiaires	7
D. Projet de révision du droit de la SA	9
E. Réflexions générales sur le rôle du CA en cas de surendettement	10
IV. Le choix du conseil d'administration : liquidation ou assainissement	10
A. Le critère du choix	11
B. Les conséquences du choix sur les devoirs du conseil d'administration	12
1. Voie de la liquidation	12
a. Avis au juge.....	12
b. Autres mesures.....	13
2. Voie de l'assainissement.....	14
a. En général	14
b. La question particulière de la démission des administrateurs	14
V. Rôle du conseil dans l'assainissement de la société	15
A. Assainissement privé	16
1. Les moyens du conseil d'administration pour entamer un assainissement privé.....	16
a. La pratique du TF en matière d'avis au juge	16
(1) La loi et la pratique du TF.....	16
(2) L'avis de la doctrine	18
(3) Projet de révision du droit de la SA.....	18
b. La postposition	19
(1) Conditions	19
(2) Effets de la postposition.....	21
(3) Projet de révision du droit de la SA.....	22
c. Coordination entre la pratique du TF et la postposition	22
2. Le rôle du conseil d'administration dans l'assainissement privé	23
a. A l'interne.....	23
b. Rapports avec les tiers	24
c. Risque de responsabilité.....	25
d. Mesures d'assainissement	25

B. L'ajournement de la faillite.....	27
1. Conditions de l'ajournement de la faillite.....	27
2. Effets de l'ajournement et influence sur le rôle du conseil d'administration..	29
a. A l'interne.....	30
b. Rapports avec les tiers	31
c. Risque de responsabilité.....	32
d. Mesures d'assainissement.....	32
3. Projets de révision du droit de la SA et de la LP	33
VI. Conclusion.....	34
VII. Bibliographie	36
VIII. Arrêts cités.....	38

I. Introduction

Le début de ce XXI^{ème} siècle se caractérise sans conteste par un mot que l'on retrouve inmanquablement tous les jours dans les médias : la crise financière. On parle beaucoup de la crise financière dans un sens systémique et mondial, mais elle sévit aussi à un niveau d'analyse d'échelle plus humaine, celui de l'entreprise, où elle est la cause de difficultés pouvant même mener à la faillite. En 2012, on a recensé, en Suisse, 11'073 ouvertures de faillites contre seulement 9'466 en 2002¹. En Suisse, la société anonyme (SA), régie par les articles 620 et suivants du CO², est la forme d'organisation la plus utilisée, après la raison individuelle, comme support d'entreprises³. L'analyse des mécanismes qui régissent la SA lorsqu'elle doit affronter des difficultés financières est donc une question plus qu'actuelle. Parler de la SA revient obligatoirement à parler du conseil d'administration, qui est l'organe exécutif supérieur de la société, dont la tâche consiste principalement à diriger la société, à servir l'intérêt social et à la représenter à l'égard des tiers⁴.

L'objet du présent travail consistera à analyser le rôle qu'occupe le conseil d'administration lorsque la société anonyme doit affronter des difficultés financières et plus particulièrement lorsque celle-ci se trouve déjà à une étape avancée sur le chemin qui pourrait l'amener à sa disparition, le surendettement. Comme nous le verrons, le conseil d'administration occupe une place ambiguë. En effet, il sera soumis simultanément à deux tendances : la première consistera à limiter la marge d'appréciation du conseil d'administration en cas de surendettement, dans un but de protection de la société et des créanciers, et la deuxième consistera à maintenir cette liberté, en partant du principe que le conseil sera le plus à même de sortir la société du mauvais pas dans lequel elle se trouve.

A cette fin, nous commencerons par quelques généralités concernant l'art. 725 CO et les intérêts qu'il protège. Nous analyserons ensuite les devoirs particuliers que le législateur met à la charge du conseil d'administration en cas de surendettement. Nous nous pencherons ensuite sur le choix qu'aura à faire le conseil en cas de surendettement entre la voie de la liquidation et la voie de l'assainissement. La deuxième partie du travail consistera en une analyse du rôle du conseil dans l'assainissement de la société surendettée. Nous traiterons tout d'abord de l'assainissement privé en exposant les moyens licites à disposition du conseil pour mettre en œuvre une telle mesure, avant d'analyser la position du conseil dans ce processus. Finalement, nous examinerons l'ajournement de la faillite en traitant des conditions de son obtention et de ses effets en lien avec le rôle du conseil.

¹ Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 22 mai 2012, Statistique des poursuites et faillites 2011, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/06/01/new/nip_detail.html?gnpID=2012-109.

² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, Code des obligations, RS 220.0).

³ Statistiques de l'Office fédéral de la statistique, Entreprises marchandes selon la division économique et la forme juridique – NOGA 2008, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/06/02/blank/data.html>.

⁴ MONTAVON, Tome III, p. 79.

II. L'art. 725 CO et les intérêts qu'il protège

Les devoirs du conseil d'administration en cas de difficultés financières dans la société se déduisent plus particulièrement de l'art. 725 CO, dont le but est d'assurer, d'une manière globale, la protection des créanciers, des actionnaires, de la société ainsi que celle du public⁵. Le Code pose, à l'art. 725 CO, deux jalons à des stades différents du chemin qui mène la société dans la crise, jalons desquels il fait dépendre un certain nombre de devoirs pour le conseil d'administration. Le premier jalon est celui de la perte de capital, c'est-à-dire la situation dans laquelle les actifs ne couvrent plus la moitié du capital-actions et des réserves légales. En cas de perte de capital, la loi met à la charge du conseil d'administration le devoir de convoquer immédiatement une assemblée générale et de lui proposer des mesures d'assainissement (art. 725 al. 1 CO). Cette mesure tend donc prioritairement à protéger la société et les actionnaires⁶.

Les devoirs du conseil d'administration en cas de surendettement, le deuxième jalon, découlent de l'alinéa 2 de l'art. 725 CO qui dispose que : « S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif ».

Cet alinéa vise plus particulièrement à sauvegarder les intérêts des créanciers dont les droits sont menacés par le surendettement⁷. Il vise non seulement à protéger les intérêts des créanciers actuels, mais aussi ceux des créanciers futurs, donc dans ce sens, un intérêt collectif⁸. En effet, il s'agit d'éviter un traitement différencié des créanciers et d'empêcher que la société continue à survivre en contractant de nouvelles dettes jusqu'à l'épuisement complet de ses actifs en causant ainsi un dommage à des tiers⁹. On admet néanmoins que l'art. 725 al. 2 CO vise aussi à protéger les intérêts de la société en évitant une péjoration encore plus sévère de la situation financière de cette dernière¹⁰.

III. Le surendettement et le rôle du conseil d'administration

A. Définition du surendettement

Selon le Code, la société est surendettée quand les actifs ne sont plus suffisants pour couvrir les dettes sociales (art. 725 al. 2, 2^{ème} phrase CO). Il faut pourtant préciser qu'il y a surendettement quand l'ensemble des actifs ne permet plus de couvrir l'ensemble des fonds étrangers, c'est-à-dire non seulement les dettes, mais

⁵ ATF 128 III 180, JdT 2004 I 367; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1194; VOUILLOZ, p. 312.

⁶ ATF 121 III 420, JdT 1997 I 111; KRNETA, p. 492; VOUILLOZ, p. 312; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 4; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1194.

⁷ ATF 121 III 420, JdT 1997 I 111; KRNETA, p. 496; VOUILLOZ, p. 312; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 5.

⁸ ATF 99 Ia 10, JdT 1974 II 53; VOUILLOZ, p. 312; KISTLER, p. 104.

⁹ ATF 127 IV 110; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 5; VOUILLOZ, p. 312.

¹⁰ ATF 125 III 86, JdT 2001 I 73; ATF 128 III 180, JdT 2004 I 367; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 766.

aussi les provisions et les passifs provisoires¹¹. En voyant les choses sous un autre angle, le surendettement signifie que la société a perdu l'ensemble de ses fonds propres, ce qui signifie, en simplifiant, son capital-actions et ses réserves¹².

On peut encore distinguer le surendettement proprement dit du surendettement improprement dit. Dans ce dernier, les fonds propres ne sont perdus que de manière comptable, car il subsiste encore des réserves latentes qui permettent aux actifs de couvrir les fonds étrangers. L'existence de ces réserves latentes peut être due aussi bien à une sous-évaluation des actifs qu'à une surévaluation des passifs. Il y a par contre surendettement proprement dit lorsque les fonds propres sont perdus, même après dissolution de toutes les réserves latentes¹³.

Le surendettement doit aussi être distingué de l'insolvabilité, bien que ces deux concepts ne soient pas si éloignés l'un de l'autre dans la pratique¹⁴. On parle d'insolvabilité lorsque la société n'a plus les liquidités nécessaires pour s'acquitter de ses dettes exigibles. Le fait que la société soit surendettée n'implique pas forcément qu'elle soit aussi insolvable. En effet, il se peut que la société dispose encore d'assez de liquidités pour pouvoir payer ses engagements qui arrivent à échéance. A l'inverse, il se peut aussi que la société soit insolvable sans se retrouver en situation de surendettement¹⁵.

B. Les raisons sérieuses d'admettre le surendettement

L'art. 725 al. 2 CO met à la charge du conseil d'administration le devoir d'établir un bilan intermédiaire et de le faire vérifier par un réviseur agréé « s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée ».

L'existence de « raisons sérieuses » n'est pas un sentiment subjectif et abstrait ou une intuition du conseil d'administration¹⁶. Il résulte des attributions inaliénables et intransmissibles du conseil d'administration décrites à l'art. 716a al. 1 CO que ce dernier doit suivre attentivement l'évolution financière et économique de la société¹⁷. Le conseil ne doit pas seulement se baser sur le bilan, mais aussi être particulièrement attentif à plusieurs symptômes objectifs qui pourraient mener au surendettement. Ces symptômes peuvent être variés : résultats régulièrement déficitaires, problèmes durables de liquidités, besoins importants de provisions ou d'amortissements, forte diminution des ventes, retrait d'une licence de production, perte de capital constatée dans le passé (art. 725 al. 1 CO), etc¹⁸. Pour l'analyse de ces symptômes, le conseil d'administration a le devoir de se baser sur tous les canaux d'informations qui sont à sa disposition¹⁹. A ce propos, il convient de rappeler

¹¹ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 746; VOUILLOZ, p. 314; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 31.

¹² VOUILLOZ, p. 314; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1226; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 31; MONTAVON, p. 445.

¹³ CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 31; VOUILLOZ, p. 314; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1226; DUBACH, p. 54.

¹⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 748.

¹⁵ CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 34; KRNETA, p. 503.

¹⁶ WITMER, p. 89; SENN, p. 71.

¹⁷ CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 35; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1226; VOUILLOZ, p. 314; SENN, p. 71; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 767.

¹⁸ ATF 132 III 564, SJ 2007 I 13; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 35; VOUILLOZ, p. 314; SENN, p. 71; BAUEN/VENTURI, p. 241; KRNETA, p. 497; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 768.

¹⁹ SENN, p. 72.

que chaque membre du conseil d'administration dispose d'un droit à l'information très large, compte tenu de la responsabilité que chacun de ses membres peut encourir (art. 715a CO)²⁰.

C. Bilans intermédiaires

Si un des membres du conseil d'administration suspecte, en raison des symptômes précédemment cités, une situation de surendettement, il doit avertir les autres membres du conseil²¹. Si le conseil constate qu'il y a des raisons sérieuses d'admettre le surendettement de la société, il doit établir un bilan intermédiaire.

Ce bilan intermédiaire est d'abord un bilan où les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation. La valeur d'exploitation est une valeur qui présuppose la poursuite des activités de l'entreprise, les biens sont donc évalués dans cette optique. Elle ne tient donc pas compte des réserves latentes²². Il apparaît aussi de manière assez claire que le conseil d'administration devrait non seulement établir un bilan intermédiaire, mais aussi un compte de résultats intermédiaire sommaire et une annexe au bilan simplifiée²³, car le bilan ne peut pas se comprendre sans ces autres instruments. Si aucun surendettement ne résulte de ce bilan intermédiaire, le devoir d'action du conseil d'administration s'arrêtera, en principe, ici, sous réserve des obligations qui pourraient lui incomber en vertu de l'art. 725 al. 1 CO²⁴.

Si, en revanche, il résulte de ce bilan intermédiaire que la société est surendettée, le conseil d'administration devra faire établir un second bilan où les biens seront évalués à leur valeur de liquidation²⁵. On entend par valeur de liquidation la valeur qu'auraient ces biens en cas de réalisation. On abandonne ici le principe de la continuation pour entrer dans l'optique de la cessation des activités de la société. Cela permet de faire apparaître d'éventuelles réserves latentes²⁶, ce qui pourrait faire paraître le bilan à valeur de liquidation comme plus favorable. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue que certains biens n'ont de valeur que dans l'optique de la continuation de l'exploitation, leur valeur de liquidation sera dès lors plus basse que celle d'exploitation²⁷. Il n'est pas non plus à exclure que certains actifs aient été purement et simplement surévalués²⁸. De plus, il faudra tenir compte, dans le bilan à valeur de liquidation, des coûts de liquidation prévisibles (impôts de liquidation, frais de réalisation, etc.)²⁹.

Le conseil devra soumettre ces bilans à un réviseur agréé pour vérification. Si le surendettement résulte du bilan à valeur d'exploitation et du bilan à valeur de

²⁰ MONTAVON, Tome III, p. 101.

²¹ VOUILLOZ, p. 315.

²² CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 38; VOUILLOZ, p. 315; MONTAVON, Tome II, p. 447.

²³ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 770a; BAUEN/VENTURI, p. 241.

²⁴ CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 37; MONTAVON, Tome II, p. 447.

²⁵ CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 37; MONTAVON, Tome II, p. 447; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 771; VOUILLOZ, p. 315.

²⁶ CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 38; VOUILLOZ, p. 315; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1240; MONTAVON, Tome II, p. 447.

²⁷ HANDSCHIN, Rechnungslegung, p. 26; HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 444.

²⁸ KRNETA, p. 498.

²⁹ CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 38; VOUILLOZ, p. 315; ZK-HOMBURGER, CO 725 N 1242; MONTAVON, Tome II, p. 447; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 771.

liquidation, le conseil d'administration devra aviser le juge³⁰, à moins que des créanciers ne consentent à être postposés (art. 725 al. 2, 2^{ème} phrase CO). Le but de cet avis au juge est d'empêcher le conseil d'administration de continuer l'exploitation si les fonds propres sont arrivés à zéro³¹. Il faut aussi noter qu'en cas d'absence d'avis au juge de la part du conseil selon l'art. 725 al. 2 CO, l'organe de révision pourra rappeler le conseil à ses obligations (art. 728c al. 1 CO) et pourra aussi, en cas de surendettement manifeste, effectuer lui-même l'avis au juge (art. 728c al. 3 et 729c CO)³².

Si le surendettement ne résulte que du bilan à valeur d'exploitation, mais pas de celui à valeur de liquidation, l'avis au juge n'est pas nécessaire³³, mais les mesures prescrites par l'art. 725 al. 1 CO devront être entreprises par le conseil d'administration si cela n'a pas encore été fait (convocation de l'assemblée générale et propositions d'assainissements)³⁴. Pourtant, le conseil d'administration devra surveiller l'évolution financière de manière permanente, car même si la réalisation de plus-values est possible en raison des réserves latentes, seul le flux financier de l'entreprise à court terme est déterminant³⁵. En effet, comme le note KISTLER, « on évitera de maintenir artificiellement une société moribonde et de tromper ainsi la confiance de nouveaux créanciers »³⁶.

Comme nous venons de le voir, en principe, un bilan intermédiaire à valeur de liquidation ne sera établi que si le surendettement résulte du bilan intermédiaire à valeur d'exploitation. Pourtant, nous suivrons KRNETA et BÖCKLI qui prescrivent qu'en cas de soupçons sérieux de surendettement, il faudrait établir d'office des bilans intermédiaires à valeur d'exploitation et à valeur de liquidation³⁷. En effet, il est d'un intérêt capital pour le conseil d'administration d'avoir une vue d'ensemble aussi complète que possible de la situation financière de la société. Si, à valeur d'exploitation, aucun surendettement n'est apparent, et que le surendettement découle du seul bilan à valeur de liquidation, le Code ne prévoit, en principe, pas d'obligation d'aviser le juge pour le conseil³⁸. Pourtant, le conseil d'administration devra se demander si la continuation de l'exploitation est encore objectivement possible en analysant, notamment, les liquidités disponibles dans la société. Si ce n'est pas le cas, le bilan à valeur d'exploitation n'aura plus lieu d'être et seul le bilan à valeur de liquidation qui laisse apparaître le surendettement sera relevant. Les devoirs du conseil en rapport avec le surendettement devront donc être accomplis³⁹.

On pourrait se demander si le conseil d'administration a le devoir, en cas de surendettement, de convoquer une assemblée générale. Tel pourrait être le cas si la

³⁰ La problématique de l'avis au juge sera traitée plus en détail au point V.A.1.a.

³¹ BAUEN/VENTURI, p. 240.

³² CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 47.

³³ Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II, p. 757 ss, p. 954.

³⁴ ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1235, 1237; WITMER, p. 92, 94; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 775.

³⁵ BAUEN/VENTURI, p. 243; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 776.

³⁶ KISTLER, p. 105.

³⁷ KRNETA, p. 498; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 772.

³⁸ Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II, p. 757 ss, p. 954; ATF 128 III 180; WITMER, p. 93; KRNETA, p. 498.

³⁹ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 445; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 747.

crise au sein de la société s'était déclarée si rapidement que le conseil n'aurait pas pu convoquer l'assemblée générale en application de l'art. 725 al. 1 CO. Nous suivons ici les avis de KISTLER et de VOUILLOZ qui rejettent ce devoir supplémentaire du conseil d'administration. En effet, la loi ne le prévoit pas et l'art. 725 al. 1 CO a pour but de protéger prioritairement les actionnaires, alors que l'art. 725 al. 2 CO tend prioritairement à protéger les créanciers. D'autre part, l'annonce au juge n'est pas une compétence de l'assemblée générale, mais uniquement une compétence du conseil d'administration (art. 716a al. 7 ch. 7 CO)⁴⁰. Pourtant, il faut bien reconnaître un droit au conseil de convoquer une assemblée générale. Cela peut même paraître judicieux pour l'administration qui souhaiterait assainir la société et aurait besoin pour cela de la confiance et de la collaboration des actionnaires⁴¹.

D. Projet de révision du droit de la SA

Le 21 décembre 2007, le Conseil fédéral a proposé un projet de révision du droit de la société anonyme (P CO)⁴². Dans l'état actuel des choses, seul le volet de réforme concernant le droit comptable a été adopté par le Parlement, le délai référendaire ayant abouti le 13 avril 2012 sans avoir été utilisé, mais il n'est pas encore entré en vigueur. En effet, dans l'intervalle, l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » a abouti et le Conseil fédéral a décidé de la soumettre au peuple accompagnée d'un contre-projet indirect. La commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé d'ajourner l'examen du projet de révision du droit de la société anonyme jusqu'à ce que le peuple et les cantons se soient prononcés sur l'initiative et le contre-projet indirect. La commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a suivi la décision de son homologue du Conseil national⁴³.

Dans le projet, la thématique du surendettement est traitée à l'art. 725c P CO. Le contenu de l'art. 725 al. 2 CO y a été, en grande partie, repris. Les seules innovations législatives concernent l'établissement des bilans intermédiaires. On remarque premièrement que le projet exige que les deux bilans (à valeur d'exploitation et de liquidation) soient d'emblée établis (art. 725c al. 1 P CO), comme le conseillaient BÖCKLI et KRNETA⁴⁴. De plus, selon l'art. 725c al. 2 P CO, « les valeurs de liquidation peuvent être fixées à un niveau supérieur à la valeur maximale prévue par la loi s'il est prévu d'aliéner les biens en question dans les douze mois et que cette aliénation paraît possible ». Cette modification correspond à une pratique déjà bien établie⁴⁵.

⁴⁰ KISTLER, p. 105; VOUILLOZ, p. 315.

⁴¹ ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1269 allègue une obligation du conseil d'administration d'orienter les actionnaires sur les mesures envisagées et de leur permettre, éventuellement, d'exiger la convocation d'une assemblée générale (art. 699 al. 3 CO).

⁴² Projet de modification du Code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008, p. 1571 ss.

⁴³ Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 23 août 2012 concernant le droit de la société anonyme et le droit comptable, http://www.parlament.ch/afs/data/f/bericht/2008/f_bericht_s_k25_0_20080011_0_20120823.htm.

⁴⁴ Voir point III. C.

⁴⁵ Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la modification du code des obligations, FF 2008, p. 1407 ss, p. 1509; BERSHEDA VUCUROVIC, p. 240.

Le volet de réforme du droit de la SA qui concerne le droit comptable ne traite pas directement du surendettement de la SA, mais offre tout de même certaines précisions qui peuvent revêtir une importance capitale dans ce contexte. En particulier l'art. 958a de la modification précise les situations dans lesquelles les comptes doivent être établis à valeur de liquidation. Cette précision permettra de reconnaître plus facilement les cas dans lesquels seul le bilan à valeur de liquidation est relevant⁴⁶. Il sera dès lors plus aisé de déterminer si l'avis au juge doit être effectué lorsque le surendettement résulte du bilan à valeur de liquidation, mais pas du bilan à valeur d'exploitation⁴⁷.

E. Réflexions générales sur le rôle du CA en cas de surendettement

Après avoir analysé le système de l'art. 725 al. 2 CO qui prévoit les différents devoirs du conseil d'administration en cas de surendettement de la société, on peut déceler, à première vue, une tendance forte à vouloir priver le conseil d'administration de sa liberté d'appréciation. En effet, par les devoirs très stricts qui lui sont imposés (notamment l'établissement des bilans intermédiaires) et par l'obligation, apparemment irrévocable, d'aviser le juge en cas de surendettement, le législateur paraît vouloir placer le conseil d'administration au second plan en ce qui concerne l'avenir de l'entreprise. Le pouvoir de l'organe de révision de rappeler le conseil à ses devoirs et d'aviser lui-même le juge en cas de surendettement manifeste renforce encore cette impression de perte de confiance en le conseil. Le Tribunal fédéral mentionne dans ce sens que l'art. 725 al. 2 CO, dans sa définition étroite, « tend à éviter de retarder le prononcé de la faillite en protégeant les créanciers d'une manière déterminée, en ce sens qu'à partir d'un certain degré de difficulté financière, le conseil d'administration n'est plus apte à juger lui-même en raison du fait que les décisions à prendre reposent sur un trop grand nombre d'intérêts contradictoires »⁴⁸.

BÖCKLI traduit ce phénomène par la perte de légitimité du conseil d'administration. Selon lui, la base de légitimité du conseil d'administration repose sur deux piliers : premièrement, l'élection des administrateurs par les actionnaires en vertu de la loi et des statuts, deuxièmement, le fait que la personne morale qu'il dirige dispose de fonds propres, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas surendettée. En cas de surendettement, le conseil d'administration perd donc sa base de légitimité⁴⁹.

IV. Le choix du conseil d'administration : liquidation ou assainissement

Lorsque le conseil d'administration constate que la société est dans un état de crise et plus particulièrement de surendettement qui, si aucune mesure n'est prise, conduira à la liquidation de la société, il n'a pas seulement des devoirs d'action à accomplir, mais aussi un choix fondamental à faire. Il doit se décider pour la liquidation, qui passe par la faillite en cas de surendettement de la société, ou pour

⁴⁶ HANDSCHIN, Rechnungslegung, p. 25.

⁴⁷ Voir point III.C.

⁴⁸ ATF 130 V 196.

⁴⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 815a; BÖCKLI, Ende legitimer Amtsführung, p. 163.

l'assainissement de la société⁵⁰. Ce choix appartient bien au conseil d'administration, qui ne pourra en aucun cas le déléguer au juge⁵¹.

Le conseil d'administration se retrouvera dans une situation de doute légitime. Certes, les intérêts des créanciers et des actionnaires paraissent être mieux protégés par une ouverture rapide de la faillite (et la liquidation qui s'ensuit), évitant ainsi que les pertes ne s'accroissent du fait que la société continue à être exploitée et qu'elle ne puisse continuer à nouer des liens juridiques avec d'autres partenaires en lésant leurs intérêts. D'un autre côté, la faillite de la société a pour effet de détruire des valeurs économiques importantes, valeurs qui pourraient être sauvées au moyen de mesures d'assainissement et par un retour à la rentabilité de l'entreprise⁵².

D'une manière générale, il faut admettre que les devoirs, que l'art. 725 al. 2 CO met à la charge du conseil d'administration, ne doivent pas prendre le pas sur ses devoirs primaires de haute direction de la société et de conduite des affaires (art. 716a al. 1 ch. 1 CO), ni sur ses autres attributions inaliénables et intransmissibles⁵³. On doit déduire de ces devoirs que le conseil d'administration est obligé de garantir la continuation de la société, c'est-à-dire de prendre les mesures nécessaires pour éviter une liquidation involontaire de la société aussi longtemps qu'une cause de dissolution selon l'art. 736 CO n'existe pas⁵⁴. Du point de vue de l'intérêt des créanciers, des travailleurs et, dans le cas d'une société d'une taille importante, de l'intérêt général, le conseil est en principe obligé de tenter un ultime assainissement⁵⁵. Néanmoins, si la possibilité de garantir la continuation de la société disparaît et que l'accomplissement de cette obligation par les administrateurs devient objectivement impossible, le conseil en est libéré et devra se diriger vers la liquidation⁵⁶. On remarque donc que l'assainissement devrait être la règle et la liquidation l'exception, pourtant la procédure mise en place par la loi en cas de surendettement fait plutôt de la liquidation la règle et de l'assainissement l'exception.

A. Le critère du choix

Pour se décider entre liquidation et assainissement, le conseil d'administration va devoir déterminer si la société est apte à être assainie (« sanierungsfähig »). C'est le cas s'il existe des perspectives objectives pour un assainissement durable⁵⁷. On pourra parler d'un assainissement durable si tant les symptômes de la crise, comme le surendettement, que les causes de celle-ci peuvent être éliminés et qu'une rechute peut être évitée. Cela passera notamment par le rétablissement de fonds propres, l'absence de nouvelles pertes, le retour à la rentabilité et la disponibilité de liquidités suffisantes⁵⁸. Par l'assainissement, la capacité de survie durable de la société doit pouvoir être rétablie à court ou, au plus, à moyen terme⁵⁹.

⁵⁰ SENN, p. 76.

⁵¹ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 447; KRNETA, p. 500.

⁵² SENN, p. 92; DUBACH, p. 55.

⁵³ KRNETA, p. 492; HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 439.

⁵⁴ SENN, p. 76; HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 439; BAUEN/VENTURI, p. 229.

⁵⁵ KRNETA, p. 499.

⁵⁶ SENN, p. 76, 89.

⁵⁷ SENN, p. 77.

⁵⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 757; SENN, p. 77; BAUEN/VENTURI, p. 238.

⁵⁹ SENN, p. 77.

Plus précisément, pour déterminer l'aptitude de la société à être assainie, le conseil d'administration devra tenir compte de deux facteurs : les causes de la crise et les ressources sociales encore disponibles⁶⁰. En effet, l'analyse des causes sera prépondérante pour juger des chances de succès de l'assainissement. Par exemple, il sera très difficile pour le conseil d'administration d'agir sur des causes de crise externes à la société, comme des mesures étatiques, une défaillance conjoncturelle ou un cas de force majeure⁶¹. Concernant les ressources, la société devra avoir encore assez de moyens pour prendre part à la concurrence. De plus, elle devra avoir ou pouvoir se procurer assez de moyens liquides pour survivre jusqu'au rétablissement de la rentabilité de la société⁶².

La crainte légitime que peut avoir le conseil d'administration quant à une action en responsabilité n'est pas un critère déterminant. En effet, le conseil pourrait avoir tendance à déposer le bilan dans l'optique de l'ouverture de la faillite dans le but de « couvrir ses arrières » et de ne pas continuer à prendre des décisions susceptibles d'engager sa responsabilité. Il faut bien admettre que la voie de l'assainissement de la société paraît plus dangereuse du point de vue des administrateurs, car ceux-ci, comme nous allons le voir, continueront à jouer un rôle de premier plan. Néanmoins, seule l'aptitude de la société à être assainie devrait guider le conseil d'administration dans son choix entre liquidation et assainissement. En effet, il paraît logique que les intérêts des administrateurs soient subordonnés à ceux des actionnaires, des créanciers et de la société.

B. Les conséquences du choix sur les devoirs du conseil d'administration

1. Voie de la liquidation

a. Avis au juge

Le conseil d'administration qui aurait, après avoir admis le surendettement, constaté l'incapacité de la société à être assainie et se serait donc engagé dans la voie de la liquidation, aura le devoir d'effectuer l'avis au juge prévu par l'art. 725 al. 2 CO et ne devra pas entreprendre d'efforts d'assainissement⁶³. L'absence d'avis au juge entraînerait la responsabilité des administrateurs. Il s'agit même statistiquement de la principale cause de responsabilité des administrateurs⁶⁴.

Le juge qui recevra l'avis du conseil d'administration prononcera la faillite (art. 725a al. 1 première phrase CO) car, partant du constat de l'incapacité de la société à être assainie, l'ajournement de la faillite n'aura pas été demandé ou aura été refusé (art. 725a al. 1 2^{ème} phrase CO). Il en va de même pour le sursis concordataire. L'ouverture de la faillite entraînera la dissolution de la société (art. 736 ch. 3 CO). La société sera liquidée selon la procédure de faillite⁶⁵ (art. 221 ss LP⁶⁶). En ce qui concerne le rôle du conseil d'administration dans la procédure de faillite, il faut remarquer qu'il sera nécessairement extrêmement restreint. En effet, la liquidation de

⁶⁰ SENN, p. 84; HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 439.

⁶¹ DUBACH, p. 53.

⁶² SENN, p. 85.

⁶³ BAUEN/VENTURI, p. 238; SENN, p. 86; VOUILLOZ, p. 314.

⁶⁴ MONTAVON, Tome III, p. 122.

⁶⁵ KRNETA, p. 507

⁶⁶ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP, RS 281.1).

la société aura lieu selon une procédure étatique sous contrôle strict du juge et les décisions stratégiques passeront donc du conseil d'administration à ce dernier. Pendant le temps de la procédure, l'exploitation restera en principe au point mort⁶⁷. Pour le reste, nous préférons renvoyer à la littérature spécialisée dans le domaine de l'exécution forcée⁶⁸.

b. Autres mesures

Il serait pourtant faux de penser que le seul devoir du conseil d'administration qui s'est décidé pour la liquidation soit celui de l'avis au juge. En effet, le Tribunal fédéral a reconnu dans l'ATF 116 II 320⁶⁹ que le conseil d'administration avait le droit, voire le devoir, d'entreprendre, sous sa propre responsabilité, des actes de liquidation propres à limiter le dommage causé par le surendettement. Bien entendu, le conseil d'administration ne doit entreprendre ces mesures que si elles diminuent le dommage en comparaison avec une ouverture immédiate de la faillite⁷⁰. Il pourra notamment décider de vendre l'exploitation dans son ensemble⁷¹. Le Tribunal fédéral l'autorise donc, dans des circonstances exceptionnelles, à prendre des décisions qui reviennent à l'assemblée générale⁷². En effet, la vente de l'exploitation représente une liquidation de fait (partielle ou totale) pour laquelle une décision de liquidation de l'assemblée générale serait nécessaire (art. 736 ch. 2 CO)⁷³. Une telle usurpation de compétence, en « temps de paix » dans la société, aurait pu entraîner la nullité de la décision du conseil d'administration dans le sens où elle néglige « les structures de base de la société anonyme » (art. 706b ch. 3 CO applicable par le renvoi de l'art. 714 CO)⁷⁴.

Le conseil d'administration, dans le cadre de son pouvoir de représentation ancré à l'art. 718 al. 1 CO, peut accomplir tous les actes qui rentrent dans le cadre du but social (art. 718a al. 1 CO). La doctrine et la jurisprudence ont interprété cette disposition de manière large. Par actes entrant dans le cadre du but social, on entend tous ceux que « le but social n'exclut pas nettement »⁷⁵. Pourtant, l'aliénation de l'exploitation dans sa totalité n'entre pas dans ce cadre même largement défini⁷⁶. Néanmoins, selon l'ATF 116 II 320, des circonstances particulières peuvent justifier une autre manière d'envisager les choses. Une restriction du pouvoir de représentation du conseil d'administration aux affaires qui tendent à la poursuite du but social n'a plus lieu d'être quand la société est au bord de la faillite et que le but social n'est manifestement plus atteignable. Dans cette situation, il doit être possible d'orienter le pouvoir de représentation du conseil d'administration vers d'autres critères, en particulier l'intérêt du personnel, l'intérêt des créanciers et l'intérêt général. Le conseil d'administration aura le droit (voire aussi le devoir moral selon le

⁶⁷ SENN, p. 86.

⁶⁸ Voir notamment GILLIERON p. 273 ss.

⁶⁹ JdT 1991 I 373; la « Kammgarnspinnerei-Doktrin » a été développée sur la base de cet arrêt.

⁷⁰ SENN, p. 87.

⁷¹ ATF 116 II 320, consid. 3. b), JdT 1991 I 373.

⁷² KRNETA, p. 502.

⁷³ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 440; SENN, p. 86.

⁷⁴ BAUEN/VENTURI, p. 130.

⁷⁵ ATF 96 II 439, JdT 1971 I 376; ATF 111 II 284, JdT 1986 I 96; MONTAVON, Tome III, p. 123; BAUEN/VENTURI, p. 207.

⁷⁶ BAUEN/VENTURI, p. 207; ATF 116 II 320, consid. 3. a), JdT 1991 I 373.

TF) de sauver ce qui peut encore l'être et pourra, à cette fin, prendre des mesures propres à maintenir l'exploitation. Selon le TF, cela n'est néanmoins possible que s'il existe un besoin urgent d'agir et si, en raison des circonstances particulières, l'assemblée générale n'est pas en mesure de prendre une décision en temps utile⁷⁷.

Il est intéressant de remarquer l'apparente contradiction entre la jurisprudence du Tribunal fédéral et la tendance relevée précédemment consistant à vouloir minimiser la marge de manœuvre du conseil en cas de surendettement, notamment en l'obligeant à déposer le bilan. En effet, en vertu de l'arrêt susmentionné, le conseil d'administration pourra agir même en dehors du but social en s'arrogeant des compétences de l'assemblée générale.

2. Voie de l'assainissement

a. En général

S'il résulte de son examen que la société est apte à être assainie, le conseil d'administration devra engager le processus d'assainissement et devra renoncer à l'idée de la liquidation. Il ne s'agit pas d'une simple option, mais bien d'une obligation faite au conseil d'administration de tenter le sauvetage⁷⁸. Dans ce contexte, un dépôt de bilan hâtif tendant au prononcé de la faillite par le conseil d'administration dans le but de se décharger de ses responsabilités ou une attitude passive équivaldront à une violation de ses devoirs susceptible d'engager sa responsabilité⁷⁹.

b. La question particulière de la démission des administrateurs

Les administrateurs sont liés à la société par un contrat innomé de caractère proche de celui du mandat, réglé, avant tout, par les dispositions du droit de la SA⁸⁰, auquel s'appliquent par analogie, notamment, les arts. 394 ss CO (contrat de mandat). Il est généralement admis que les administrateurs peuvent démissionner en tout temps par application analogique de l'art. 404 al. 1 CO. Une restriction à ce droit de démissionner en tout temps réside néanmoins dans l'application de l'art. 404 al. 2 CO par analogie qui prévoit les conséquences d'une résiliation dite « en temps inopportun ». Une résiliation en temps inopportun d'un administrateur déploie ses effets dès que le conseil d'administration ou le président du conseil en est informé, mais entraîne la responsabilité de l'administrateur démissionnaire⁸¹.

En situation de surendettement, les administrateurs pourraient être tentés de démissionner dans l'idée de se soustraire à une action en responsabilité. BÖCKLI admet que la démission a lieu en temps inopportun si elle a lieu pendant les délibérations du conseil concernant un éventuel surendettement de la société jusqu'au moment de la prise d'une décision y relative et, s'il résulte des délibérations du conseil que la société est surendettée, jusqu'au moment de l'avis au juge⁸². HANDSCHIN va plus loin en affirmant, d'une manière générale, que l'administrateur qui démissionnerait alors que l'assainissement de la société est possible violerait ses devoirs. Premièrement, car il existe un risque que la société se trouve sans haute

⁷⁷ ATF 116 II 320, consid. 3. a), JdT 1991 I 373.

⁷⁸ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 439; SENN, p. 89.

⁷⁹ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 438; SENN, p. 89.

⁸⁰ BAUEN/VENTURI, p. 37; MONTAVON, Tome III, p. 99.

⁸¹ MONTAVON, Tome III, p. 87; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 56.

⁸² BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 56.

direction ou que le conseil toujours en place soit fortement affaibli, ce qui est unanimement reconnu comme une violation des devoirs de l'administrateur⁸³. Deuxièmement, car la démission de l'administrateur pourrait avoir comme effet de porter à la connaissance des tiers la situation difficile dans laquelle se trouve la société. Cette publicité pourrait empêcher ou rendre nettement plus difficile l'assainissement de la société. La démission d'un administrateur alors que la société est surendettée, mais peut être assainie, loin de pouvoir limiter sa responsabilité, pourrait, au contraire, la fonder⁸⁴.

Une vision moins tranchée des choses pourrait s'avérer nécessaire. Il faut admettre que le fait d'obliger indirectement un administrateur à rester en fonction au sein de la société pourrait avoir comme effet de diviser le conseil et de saper la collaboration nécessaire pour trouver des solutions adaptées pour sortir la société de la situation de surendettement. Une réponse plus modérée et qui tiendrait compte des circonstances du cas d'espèce serait plus adaptée. Il faudrait, à notre avis, notamment tenir compte de la responsabilité de l'administrateur en question en rapport avec la situation financière de la société, de son degré d'implication dans la marche habituelle des affaires, de ses compétences et du caractère important ou non des informations qui sont en sa possession.

V. Rôle du conseil dans l'assainissement de la société

Au sens du droit commercial, on entend par assainissement l'ensemble des mesures financières, juridiques, structurelles et entrepreneuriales qui ont pour but de maintenir l'existence de la société en tant qu'unité économique et d'empêcher sa liquidation⁸⁵.

Le conseil d'administration qui se lance sur la voie de l'assainissement aura à faire un choix entre une procédure d'assainissement judiciaire, par l'intermédiaire de l'ajournement de la faillite ou par la procédure concordataire, ou une procédure d'assainissement dite privée ou tacite qui ne se déroulera pas sous contrôle judiciaire⁸⁶. Pour effectuer ce choix, le conseil mettra en balance la relative sécurité qu'offrent les procédures judiciaires, notamment en matière de responsabilité et de blocage des procédures d'exécution forcée, avec les contraintes et la publicité intrinsèquement liées à ces procédures. En effet, celles-ci impliquent obligatoirement un avis au juge pouvant amoindrir les chances d'assainissement, en comparaison d'un assainissement dit tacite ou privé⁸⁷. Le devoir du conseil d'aviser le juge peut donc entrer en conflit avec son devoir d'assainir la société⁸⁸. Comme nous le verrons dans la suite du travail, le rôle du conseil d'administration dans l'assainissement sera relativement différent s'il choisit la voie de l'assainissement judiciaire ou privé. Le choix de la voie à suivre pour l'assainissement appartient bien au conseil d'administration. Néanmoins, ce dernier ne sera pas totalement libre dans son choix,

⁸³ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 442 et références citées.

⁸⁴ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 442; dans le même sens SENN, p. 30.

⁸⁵ DUBACH, p. 53; SENN, p. 79; MONTAVON, Tome II, p. 453.

⁸⁶ DUBACH, p. 56; BÜHLER, p. 452; DALLÈVES, p. 89; MONTAVON, Tome II, p. 467; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 830; SENN, p. 91.

⁸⁷ SENN, p. 104; DALLÈVES, p. 90.

⁸⁸ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 446.

car il devra choisir la voie qui offre les meilleures chances de succès à l'assainissement⁸⁹.

A. Assainissement privé

1. Les moyens du conseil d'administration pour entamer un assainissement privé

Le conseil d'administration aura deux moyens licites pour mettre en œuvre des mesures d'assainissement de type privé alors que la société est surendettée. Le premier moyen se fait jour dans la pratique du Tribunal fédéral relative à l'avis au juge et le deuxième existe de par la loi qui prévoit la possibilité de la postposition. Le conseil qui mettrait en œuvre des mesures d'assainissement privées, c'est-à-dire sans avis au juge, en dehors de ces deux hypothèses violerait ses devoirs et pourrait être tenu responsable des dommages en découlant⁹⁰. La question s'était posée de savoir si la déclaration de patronage pouvait avoir les mêmes effets que la postposition. La doctrine actuelle semble, néanmoins, se prononcer négativement⁹¹.

a. La pratique du TF en matière d'avis au juge

(1) La loi et la pratique du TF

Comme nous l'avons déjà mentionné, s'il ressort des deux bilans intermédiaires (à valeur d'exploitation et à valeur de liquidation) que la société est surendettée, « le conseil d'administration en avise le juge » (art. 725 al. 2, 2^{ème} phrase CO). Le texte de la loi ne donne pas de marge de manœuvre au conseil d'administration : en cas de survenance d'un surendettement et en l'absence de postposition (que nous traiterons plus loin), le conseil doit remettre le sort de la société entre les mains du juge⁹². Il convient aussi de rappeler que l'avis au juge en cas de surendettement fait partie des attributions inaliénables du conseil d'administration en vertu de l'art. 716a al. 1 ch. 7 CO. L'avis ne peut pas provenir d'un administrateur agissant seul⁹³, d'un organe de gestion, d'un actionnaire, d'un créancier ou de l'assemblée générale. Une décision préalable du conseil d'administration, prise à la majorité des voix émises conformément à l'art. 713 CO ou selon les règles établies par les statuts, sera nécessaire⁹⁴. Cette décision pourra même aller à l'encontre d'une éventuelle décision de l'assemblée générale⁹⁵. Il ne sera néanmoins pas nécessaire que le conseil aille voir le juge en plénum, il suffira par exemple que le président et le secrétaire exécutent l'avis en présentant le procès-verbal de la séance pendant laquelle la décision d'aviser le juge a été prise. L'avis peut aussi être effectué par

⁸⁹ SENN, p. 92.

⁹⁰ DALLÈVES, p. 90.

⁹¹ CAMPONOV, Rangrücktritt, p. 822; KRNETA, p. 505; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 815; *contra* ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1287.

⁹² PIAGET, p. 291; PIAGET/RUEDIN, p. 1329.

⁹³ VOUILLOZ, p. 316; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 46.

⁹⁴ MONTAVON, Tome III, p. 155; KRNETA, p. 507; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 46; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1254; VOUILLOZ, p. 316.

⁹⁵ KRNETA, p. 497.

écrit s'il comporte la signature de tous les administrateurs⁹⁶. Le juge qui a connaissance du surendettement ne peut pas non plus prononcer la faillite d'office⁹⁷.

Le Tribunal fédéral interprète néanmoins cette disposition dans un sens qui attribue une marge d'appréciation plus grande au conseil d'administration. En effet, notre Haute Cour, en 1990⁹⁸, affirme que, s'il existe des chances d'assainissement, le conseil d'administration peut s'abstenir de saisir l'autorité judiciaire immédiatement. Le TF, quelques années plus tard, précise que les mesures d'assainissement peuvent être appliquées dans un délai de quatre à six semaines, mais en tous cas de soixante jours au maximum dès la constatation du surendettement. Ce délai de tolérance de soixante jours est opposable aux réviseurs qui ne devront pas saper les efforts d'assainissement entrepris par le conseil en allant eux-même aviser le juge, comme les y autorisent les arts. 728c al. 3 et 729c CO en cas de surendettement manifeste⁹⁹.

Dans un arrêt du 19 juin 2000, le Tribunal fédéral a précisé sa position en posant des conditions supplémentaires¹⁰⁰ : l'assainissement doit pouvoir être durable et la société doit être capable de retrouver sa rentabilité. Le conseil doit agir comme on peut raisonnablement l'attendre d'un entrepreneur, le risque naturellement lié à toute tentative d'assainissement doit être compensé par la valeur économique que représente la chance d'assainissement. De plus, les juges fédéraux ont admis que le conseil ne peut renoncer à l'avis au juge que si la situation des créanciers de la société n'est pas menacée par une nouvelle détérioration des finances de la société. Les conditions matérielles pour un ajournement de la faillite devraient, dans ce sens, être remplies.

Dans cette jurisprudence bien établie et confirmée récemment¹⁰¹, le Tribunal fédéral se prononce donc en faveur d'une ultime chance pour le conseil d'administration de prendre les choses en main lui-même alors que la société est toujours surendettée.

En ce qui concerne la responsabilité du conseil en pareille situation, si les conditions posées par la jurisprudence fédérale sont remplies, le conseil ne viole pas ses devoirs s'il n'avise pas le juge et décide d'assainir et cela, selon le TF, même si les efforts d'assainissement devaient se solder par un échec¹⁰². Néanmoins, il faut admettre que la réalisation des conditions posées par le Tribunal fédéral peut se révéler assez difficile à déterminer objectivement, surtout *a posteriori*. Les personnes ayant subi un dommage auront donc souvent tendance à reprocher au conseil d'avoir mal estimé les chances d'assainissement et tenteront d'engager sa responsabilité. Le conseil se trouve donc dans une position risquée¹⁰³.

⁹⁶ KRNETA, p. 499.

⁹⁷ ATF 99 Ia 10, JdT 1974 II 53; BAUEN/VENTURI, p. 246; KRNETA, p. 507.

⁹⁸ ATF 116 II 533, JdT 1992 I 34.

⁹⁹ Arrêt du TF 4C.117/1999 du 16 novembre 1999.

¹⁰⁰ Arrêt du TF 4C. 366/2000 du 19 juin 2000, consid. 4 b).

¹⁰¹ ATF 132 III 564; Arrêt du TF 4A_288/2011 du 13 février 2012.

¹⁰² Arrêt du TF 4C. 366/2000 du 19 juin 2000, consid. 4 b).

¹⁰³ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 817; KISTLER, p. 106.

(2) L'avis de la doctrine

La doctrine s'est beaucoup exprimée sur la pratique du Tribunal fédéral consistant à accorder un délai de grâce au conseil d'administration en matière d'avis au juge¹⁰⁴.

En particulier, BÖCKLI admet qu'une fois le surendettement survenu, il serait quasiment toujours trop tard pour assainir et qu'une réaction, suivie d'une attitude proactive du conseil tendant à l'assainissement, ne serait légitimée (et obligatoire) que jusqu'au stade de la perte de capital (art. 725 al. 1 CO)¹⁰⁵. Il critique aussi le fait que ce délai de grâce soit dans tous les cas dommageable aux « nouveaux créanciers », entendus comme les créanciers concluant de nouveaux contrats avec la société surendettée pendant le délai de grâce. Il souligne l'inégalité de traitement entre nouveaux et anciens créanciers qui, eux, peuvent être favorisés par une telle manœuvre émanant du conseil d'administration¹⁰⁶. A notre avis, cet auteur semble perdre de vue que le dommage aux « nouveaux créanciers » peut n'être que momentané. En effet, si la société parvient à être totalement assainie, de sorte que les actifs couvrent à nouveau l'ensemble des dettes, aucun des créanciers ne sera plus lésé.

PIAGET et RUEDIN critiquent cette pratique fédérale en faisant appel à la clarté du texte de loi. Ils constatent tout d'abord qu'une telle solution ne peut se déduire par voie d'interprétation au sens étroit. Ils excluent ensuite une réduction téléologique basée sur le comblement d'une lacune d'exception et admettent donc que la limite de l'activité interprétative du juge a été dépassée. Ces auteurs se prononcent aussi contre une éventuelle modification législative allant dans le sens de la pratique du TF¹⁰⁷.

Néanmoins, d'autres auteurs, comme CAMPONOVIO ou KRNETA, continuent à soutenir que le conseil d'administration n'est pas tenu d'aviser le juge tant qu'il existe des chances concrètes d'assainissement en arguant, notamment, du caractère axé sur la pratique de ce délai de tolérance¹⁰⁸.

A notre avis, en raison de la période de grâce relativement courte, il faudrait admettre que le conseil d'administration ne pourrait renoncer à l'avis au juge que si des mesures efficaces à très court terme peuvent être mises en œuvre ou si, au moment du surendettement, un plan d'assainissement avait déjà été travaillé (notamment en raison de l'obligation faite au conseil de proposer des mesures d'assainissement à l'assemblée générale en cas de perte de capital selon l'art. 725 al. 1 CO) et que les mesures permettant de le mener à son terme peuvent être accomplies dans ce laps de temps relativement court.

(3) Projet de révision du droit de la SA

Alors que l'avant-projet de révision avait précisé qu'en situation de surendettement, le conseil d'administration devait « immédiatement » saisir le juge¹⁰⁹, l'art. 725c al. 4

¹⁰⁴ BERSHEDA VUCUROVIC, p. 243, résumé des tendances doctrinales sur le sujet.

¹⁰⁵ BÖCKLI, Ende legitimer Amtsführung, p. 177; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 817i ss.

¹⁰⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 817d; BÖCKLI, Ende legitimer Amtsführung, p. 175.

¹⁰⁷ PIAGET/RUEDIN, p. 1335; PIAGET, p. 305; dans le même sens, VOUILLOZ, p. 316.

¹⁰⁸ CAMPONOVIO, Responsabilité de l'organe de révision, p. 478; dans le même sens, KISTLER, p. 106; KRNETA, p. 500.

¹⁰⁹ Avant-projet de révision du droit de la société anonyme du 2 décembre 2005, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/entw-f.pdf>.

P CO ne prévoit qu'une obligation pour le conseil d'administration de prévenir le juge et abandonne l'exigence d'un avis immédiat. Dans son Message, le Conseil fédéral admet qu'une obligation immédiate d'aviser le juge pourrait avoir pour effet de faire échouer les tentatives d'assainissement « tacite », et entend donc accorder au conseil d'administration l'autorisation de reporter l'avis au juge pour une « brève période » pour autant qu'un assainissement ait de « véritables chances de succès ». Le Conseil fédéral approuve donc la jurisprudence du Tribunal fédéral et confirme qu'« un report de l'avis obligatoire au-delà de quatre à six semaines ne devrait cependant pas être admis »¹¹⁰.

b. La postposition

L'art. 725 al. 2 CO dispose qu'en cas de surendettement de la société, le conseil d'administration doit aviser le juge « à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif ». On remarque donc que l'avis au juge peut être évité par une postposition de créance. Il s'agit d'une réelle exception à l'interdiction théorique faite au conseil d'administration de continuer à exploiter la société si les fonds propres sont arrivés à zéro¹¹¹.

(1) Conditions

La postposition est « un contrat¹¹² conclu entre le créancier et la société débitrice par lequel, aussi longtemps que la société est surendettée, le créancier renonce à l'exigibilité de sa créance et accepte de manière irrévocable qu'en cas de faillite de la société débitrice, sa créance soit placée à un rang inférieur par rapport à toutes les autres créances »¹¹³. Elle n'est soumise à aucune forme particulière, mais son importance semble tout de même justifier la forme écrite¹¹⁴.

Pour que l'avis au juge puisse être évité, il ne suffit pas seulement, comme le mentionne l'art. 725 al. 2 CO, que le créancier accepte que sa créance soit placée à un rang inférieur dans la mesure de l'insuffisance d'actifs.

Selon la loi, le créancier doit accepter d'être postposé uniquement dans la mesure de l'insuffisance d'actifs, ce qu'a confirmé le Tribunal fédéral¹¹⁵. La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si l'insuffisance d'actifs doit être déterminée sur la base du bilan à valeur d'exploitation ou à valeur de liquidation¹¹⁶. Elle s'accorde néanmoins à dire qu'il serait prudent que le montant de la postposition couvre le montant probable des pertes dans un futur proche de manière à ce que la société ne

¹¹⁰ Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la modification du code des obligations, FF 2008, p. 1407 ss, p. 1510; voir aussi à ce propos GLANZMANN, p. 679; BERSHEDA VUCUROVIC, p. 242.

¹¹¹ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 796.

¹¹² Nous reviendrons sur le caractère contractuel de la postposition plus loin.

¹¹³ CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 50; VOUILLOZ, p. 316.

¹¹⁴ KISTLER, p. 105; CR-CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 50; VOUILLOZ, p. 316; MONTAVON, Tome II, p. 448; WITMER, p. 236.

¹¹⁵ Arrêt du TF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003.

¹¹⁶ BERSHEDA VUCUROVIC, p. 245, résumé des différentes tendances doctrinales avec références citées; voir notamment WITMER, p. 178 ss; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 801.

se trouve pas à nouveau en état de surendettement à bref délai¹¹⁷. Cette solution paraît convaincante car, comme nous le verrons après, la postposition n'étant pas une réelle mesure d'assainissement, des pertes à brève échéance seront fréquentes en pratique¹¹⁸. Selon BÖCKLI, le montant de la postposition devrait même être déterminé de sorte que les actifs couvrent la moitié du capital, de manière à éviter les conséquences prévues pour la perte de capital (art. 725 al. 1 CO)¹¹⁹.

Selon la doctrine et le Tribunal fédéral¹²⁰, bien que la loi ne le mentionne pas explicitement, la postposition au sens de l'art 725 al. 2 CO doit être qualifiée, dans le sens où elle doit contenir une exclusion, pour le créancier et la société, du remboursement de la créance et éventuellement du paiement des intérêts¹²¹, au moins jusqu'à la fin du surendettement. En effet, sans un tel ajournement, la situation de la société et des autres créanciers ne pourrait pas être réellement améliorée. Il faudrait pourtant, comme le conseille KISTLER, enjoindre au conseil d'administration de prévoir une certaine marge pour que la postposition ne tombe que lorsqu'une partie du capital sera couverte¹²². En effet, en l'absence d'une telle marge de sûreté, au moment où la postposition tombe, la société se retrouve dans une situation où les fonds propres sont exactement égaux à zéro, ce qui n'est pas une situation très avantageuse¹²³.

On peut déduire des éléments que nous venons de mentionner que la postposition est bien un contrat et pas une simple déclaration unilatérale de volonté¹²⁴. En effet, outre les engagements assumés par le créancier postposé, la société s'engage à ne pas rembourser la créance postposée pendant toute la durée du surendettement. La doctrine actuelle admet que la postposition est une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO). Les créanciers non postposés détiennent donc une prétention indépendante à ce que la créance postposée soit ajournée pour toute la durée du surendettement et à être désintéressés par préférence avant le créancier postposé en cas de liquidation¹²⁵.

En ce qui concerne la compétence pour conclure les conventions de postposition, les avis divergent. MONTAVON soutient qu'il s'agit d'une compétence intransmissible du conseil d'administration, en raison de sa proximité avec l'avis au juge (art. 716a al. 1 ch. 7 CO)¹²⁶. D'autres auteurs, en reprenant le même argument de la proximité avec

¹¹⁷ KISTLER, p. 105; VOUILLOZ, p. 317; STOFFEL, p. 14; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 804; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 51.

¹¹⁸ Dans le même sens, KISTLER, p. 105.

¹¹⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 804.

¹²⁰ Arrêt du TF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 794; VOUILLOZ, p. 317; CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 50; WITMER, p. 173.

¹²¹ Une postposition sans ajournement des intérêts est possible selon le TF, Arrêt du TF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003.

¹²² KISTLER, p. 105. Le TF admet néanmoins qu'une postposition qui s'éteint au moment où le surendettement est éliminé bien que la continuation de l'entreprise ne soit pas assurée est admissible, Arrêt du TF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003.

¹²³ Dans le même sens, BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 809.

¹²⁴ WITMER, p. 234; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1265; KISTLER, p. 105.

¹²⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 798 et références citées à PESTALOZZI, DUSS et GLANZMANN; WITMER p. 242; *contra* ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1240, qui soutient que les autres créanciers ne sont favorisés que de manière réflexe.

¹²⁶ MONTAVON, Tome II, p. 448.

l'avis au juge, soutiennent que la convention ne devrait qu'être approuvée par le conseil d'administration dans son entier, qu'il s'agirait là d'une attribution inaliénable et intransmissible, mais que la conclusion pourrait en être déléguée¹²⁷. WITMER admet qu'au regard du catalogue clair de l'art. 716a al. 1 CO, la conclusion ou l'approbation d'une convention de postposition ne sont pas des attributions inaliénables et intransmissibles du conseil et qu'une délégation serait théoriquement envisageable. Cette délégation n'est cependant pas approuvée par l'auteur en raison des conflits d'intérêts que cela pourrait créer et du caractère crucial de ces conventions, qui pourront faire la différence entre le maintien de la société et sa disparition dans la faillite. Pour ces raisons, la décision de fond et la conclusion de la convention devraient appartenir au conseil d'administration, mais la préparation et l'exécution de ces conventions pourraient être déléguées¹²⁸. Cette dernière opinion emporte notre préférence. En effet, la liste des attributions intransmissibles et inaliénables figurant à l'art. 716a al. 1 CO a été imaginée comme exhaustive par le législateur¹²⁹. Certes, on trouve d'autres tâches devant être accomplies par le conseil d'administration lui-même dans d'autres dispositions du Code, mais aucune ne concerne la postposition. Pourtant, en raison des fortes implications qu'une convention de postposition peut avoir sur le rôle du conseil, il faut bien admettre que la compétence pour la conclusion d'une telle convention devrait bien lui revenir. En effet, on aurait du mal à comprendre pourquoi un organe subordonné pourrait avoir un intérêt à conclure une telle convention si ce n'est pour que le conseil puisse éviter d'aviser le juge et assainisse la société. Dans ce sens, attribuer cette compétence au seul conseil permettra d'éviter des conflits d'intérêts entre le conseil et l'organe subordonné.

L'avis au juge ne pourra être évité que si la postposition n'est pas limitée dans le temps, tant que dure le surendettement, et qu'elle est irrévocable¹³⁰. De plus, le créancier devra être solvable car, dans le cas contraire, la postposition pourrait être attaquée en vertu des art. 285 ss LP¹³¹.

(2) Effets de la postposition

La postposition permet tout d'abord au conseil d'administration de renoncer à l'avis au juge et de continuer d'exploiter l'entreprise bien que la société soit toujours matériellement surendettée. En effet, la postposition d'une créance n'éteint pas celle-ci, mais l'exigibilité de la créance, et éventuellement des intérêts, est paralysée jusqu'à la fin du surendettement. La société a aussi l'interdiction de désintéresser le créancier dans ce laps de temps¹³². Elle ne permet pas d'assainir la société, ni d'éliminer le surendettement par elle-même¹³³, contrairement à la remise de dette (art. 115 CO)¹³⁴. La créance va disparaître du bilan relevant pour l'art. 725 al. 2 CO, mais existera toujours comme passif au bilan « normal »¹³⁵. Le conseil

¹²⁷ KRNETA, p. 504; BAUEN/VENTURI, p. 245; VOUILLOZ, p. 317; STOFFEL, p. 14.

¹²⁸ WITMER, p. 118.

¹²⁹ MONTAVON, Tome III, p. 116.

¹³⁰ STOFFEL, p. 14; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 806; VOUILLOZ, p. 317.

¹³¹ STOFFEL, p. 14; VOUILLOZ, p. 317.

¹³² STOFFEL, p. 14; MONTAVON, Tome II, p. 448; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 794.

¹³³ VOUILLOZ, p. 317; BAUEN/VENTURI, p. 244; KRNETA, p. 504.

¹³⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 797.

¹³⁵ VOUILLOZ, p. 317; STOFFEL, p. 14; BAUEN/VENTURI, p. 244; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 796.

d'administration ne devra pas considérer les créances postposées comme du capital propre¹³⁶ et ne devra donc pas se satisfaire de cette seule mesure. Il faudra bien plus qu'il considère la postposition comme un moyen de gagner du temps pour entamer des mesures d'assainissement de type privé¹³⁷. A ce propos, la jurisprudence et la doctrine admettent « qu'en l'absence de toute perspective de redressement de l'entreprise, une postposition suffisante du point de vue comptable n'exempte pas le conseil d'administration de l'obligation d'aviser le juge de la situation de surendettement »¹³⁸.

Si les efforts d'assainissement n'aboutissent pas et que la faillite est prononcée, le créancier postposé ne sera pas payé tant que tous les autres créanciers sociaux n'auront pas été désintéressés¹³⁹.

(3) Projet de révision du droit de la SA

L'exception à l'avis au juge en cas de postposition est, en substance, maintenue dans le projet de révision du droit de la SA. Le projet contient néanmoins quelques précisions supplémentaires par rapport à la version que nous connaissons aujourd'hui¹⁴⁰. L'art. 725c al. 2 P CO prévoit que les créances postposées doivent être présentées séparément dans les bilans intermédiaires établis par le conseil d'administration. Cette précision permettra d'obtenir une image plus complète de la structure financière de l'entreprise¹⁴¹. L'art. 725c al. 5 P CO précise que la postposition doit aller de pair avec un ajournement des créances et que cet ajournement doit porter sur le principal et sur les intérêts et ce, aussi longtemps que la société sera surendettée, ce qui correspond, comme nous l'avons vu, au souhait de la doctrine et de la jurisprudence. Le Message en profite pour affirmer que la créance postposée perd non seulement son caractère exigible, mais aussi qu'elle ne peut pas être réalisée, car il s'agit d'une véritable stipulation pour autrui. Finalement, le Conseil fédéral précise que l'insuffisance d'actifs, qui détermine l'ampleur de la postposition qui doit être négociée par le conseil d'administration, doit être déterminée sur la base du bilan intermédiaire établi à la valeur d'exploitation¹⁴².

c. Coordination entre la pratique du TF et la postposition

La question qui se pose est de savoir si le conseil peut renoncer à aviser le juge s'il existe des possibilités concrètes de pouvoir conclure une convention de postposition. WITMER se prononce en défaveur de cette solution, en mettant en avant qu'une telle possibilité irait à l'encontre de la volonté du Tribunal fédéral car, comme nous venons de le voir, la postposition n'est pas une mesure d'assainissement proprement dite¹⁴³. D'autres auteurs, comme KISTLER, soutiennent qu'« aucun reproche ne saurait être

¹³⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 796.

¹³⁷ Arrêt du TF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003; BAUEN/VENTURI, p. 245; MONTAVON, Tome II, p. 448.

¹³⁸ BERSHEDA VUCUROVIC, p. 246; ZK-HOMBURGER, CO 725, N 1267; VOUILLOZ, p. 317; Arrêt du Tribunal du Canton de Vaud du 18 novembre 1981, SAS/SAG 1982 87.

¹³⁹ VOUILLOZ, p. 317; STOFFEL, p. 14.

¹⁴⁰ Voir à ce propos BERSHEDA VUCUROVIC, p. 245.

¹⁴¹ Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la modification du code des obligations, FF 2008, p. 1407ss, p. 1509.

¹⁴² Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la modification du code des obligations, FF 2008, p. 1407 ss, p. 1510.

¹⁴³ WITMER, p. 123.

adressé au conseil d'administration [...] si celui-ci s'efforce avec toute la diligence nécessaire de conclure un contrat de postposition avec les créanciers sociaux pour autant naturellement que cette mesure paraisse possible et ait des chances suffisantes d'aboutir »¹⁴⁴. Une réponse plus nuancée à cette question paraît nécessaire. En effet, pour que le conseil puisse renoncer à l'avis au juge selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il doit principalement exister des chances d'assainissement, ce que la convention de postposition ne permet pas par elle-même. Néanmoins, si le conseil d'administration dispose déjà d'un plan d'assainissement crédible et devant être mis en exécution sur le long terme et si le moyen du conseil pour cette mise en œuvre réside dans une convention de postposition qui doit, par exemple, encore être négociée avec certains créanciers, il se justifierait, à notre avis, d'accorder le délai de quatre à six semaines prévu par la pratique du Tribunal fédéral pour conclure cette convention.

2. Le rôle du conseil d'administration dans l'assainissement privé

a. A l'interne

En ce qui concerne le rôle du conseil d'administration à l'interne de la société, il convient tout d'abord de mentionner que ce rôle ne sera pas réellement différent du rôle que joue habituellement le conseil d'administration alors que la société est saine, en tout cas du point de vue juridique. En effet, s'agissant d'un assainissement privé, aucune institution judiciaire n'est impliquée dans le processus au titre de chaperon, contrairement, notamment, à l'ajournement de la faillite dont nous traiterons plus tard. Les limites juridiques qui encadrent le rôle du conseil à l'interne de la société ne sont donc pas différentes. D'une manière factuelle pourtant, le rôle du conseil d'administration va changer dans le sens où ses efforts devront tendre prioritairement vers l'assainissement de la société et pas vers la poursuite d'un profit à court terme¹⁴⁵. On peut donc admettre de manière générale que le conseil d'administration va pouvoir continuer à « prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts » (art 716 al. 1 CO).

Il devra donc continuer à exercer ses attributions inaliénables et intransmissibles fixées à l'art. 716a al. 1 CO. En particulier, il devra continuer d'exercer la haute direction de la société (art. 716a al. 1 ch. 1 CO). Par haute direction, on entend que le conseil d'administration devra continuer à fixer la politique de l'entreprise, à déterminer les moyens nécessaires à l'accomplissement de cette politique, à contrôler les éventuels organes de gestion en rapport avec les buts fixés et à donner les instructions nécessaires pour atteindre ces buts¹⁴⁶. Le conseil continuera aussi à assurer la gestion courante de la société dans la mesure où il n'a pas délégué celle-ci à certains de ses membres ou à un organe subordonné (art. 716 al. 2 et 716b al. 1 CO). A ce propos, il faut néanmoins remarquer que les décisions du conseil d'administration en cas d'assainissement relèvent quasiment toutes des attributions inaliénables du conseil d'administration, décisions qui devront donc être adoptées par le conseil d'administration dans son ensemble. En effet, dans cette situation,

¹⁴⁴ KISTLER, p. 106.

¹⁴⁵ BAUEN/VENTURI, p. 229; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 484; SENN, p. 31.

¹⁴⁶ BAUEN/VENTURI, p. 160; SENN, p. 32; MONTAVON, Tome III, p. 118; Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II, p. 757 ss, p. 948.

presque aucune décision ne relève de la marche des affaires courantes (« Tagesgeschäft »), elles sont presque toutes de nature extraordinaire¹⁴⁷. On peut donc dire que la charge qui pèsera sur le conseil d'administration sera plus lourde que d'ordinaire.

L'avantage fondamental de ce type de procédure est donc la flexibilité et la marge de manœuvre dont dispose le conseil d'administration. En effet, à l'inverse des procédures d'assainissement judiciaires, le conseil d'administration n'a pas à remettre le destin de la société entre des mains étrangères et à se soumettre aux restrictions procédurales qui pourraient le concerner et qui seront, dans une certaine mesure, dépendantes des compétences et de la vision personnelle du juge compétent ou du curateur qu'il aura nommé¹⁴⁸.

b. Rapports avec les tiers

Dans le cadre de la représentation, le rôle du conseil d'administration n'est, juridiquement, pas non plus très différent du rôle qu'il doit assumer lorsque la société est saine. En tant qu'organe exerçant la haute direction de la société, le conseil continue de représenter la société à l'égard des tiers. Sauf dispositions statutaires ou réglementaires contraires, cette faculté appartient à chacun des membres du conseil (art. 718 al. 1 CO). Le pouvoir de représentation peut être délégué (art. 718 al. 2 CO), mais un administrateur au moins devra avoir qualité pour représenter la société (art. 718 al. 3 CO)¹⁴⁹. En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs de représentation, les administrateurs pourront continuer à effectuer tous les actes qui, objectivement, même de manière indirecte, servent à la réalisation du but social (art. 718a al. 1 CO), c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas « nettement exclus par le but social »¹⁵⁰. En effet, le conseil se trouve dans le cadre de l'assainissement de la société et a donc choisi de poursuivre le but social et non de se résoudre à la liquidation (la situation diverge de celle envisagée dans le point IV.B.1.b.). Il faut néanmoins remarquer que le rôle du conseil dans le cadre de la représentation change de manière factuelle dans le sens où ses actes devront tendre prioritairement vers l'assainissement de la société et pas vers la poursuite d'un gain à court terme¹⁵¹.

Dans le cadre des relations du conseil avec les tiers et plus particulièrement les créanciers, le Tribunal fédéral, dans l'ATF 125 III 86¹⁵², a précisé que l'administrateur d'une société surendettée, qui, au moment de signer un contrat avec un investisseur, ne renseignait pas de lui-même ce dernier sur la situation de crise dans laquelle se trouve la société, ne violait pas ses devoirs à l'égard dudit investisseur. « Un renseignement spontané sur la solvabilité et la crédibilité ne peut, en règle générale, pas être exigé ». On remarque donc, malgré toutes les dérives que peut entraîner une telle jurisprudence, qu'un assainissement de type privé peut permettre d'éviter la publicité négative relative à l'annonce du surendettement. En effet, les conséquences d'une telle publicité peuvent être désastreuses pour la société déjà au

¹⁴⁷ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 440; KRNETA, p. 491.

¹⁴⁸ SENN, p. 105; DALLÈVES, p. 90.

¹⁴⁹ MONTAVON, Tome III, p. 122.

¹⁵⁰ ATF 111 II 284, JdT 1986 I 96.

¹⁵¹ BAUEN/VENTURI, p. 229; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 484; SENN, p. 31.

¹⁵² JdT 2001 I 73.

bord du gouffre¹⁵³. Il faut quand même remarquer que les créanciers qui participeront à l'assainissement devront nécessairement être informés.

De plus, il convient de noter que, contrairement à la procédure concordataire ou à l'ajournement de la faillite, le conseil ne doit pas impérativement respecter l'égalité de traitement entre créanciers, ce qui accentuera encore sa liberté de manoeuvre¹⁵⁴.

Au titre des défauts d'une procédure privée d'assainissement dans l'optique de la relation du conseil avec les créanciers, il faut noter que, contrairement aux procédures sous contrôle judiciaire, aucun blocage des poursuites n'a lieu de manière obligatoire vis-à-vis de tous les créanciers. Le conseil d'administration devra donc s'entendre avec chacun des créanciers qui voudraient entamer une procédure d'exécution forcée susceptible de ruiner l'assainissement de la société¹⁵⁵.

c. Risque de responsabilité

Dans le cadre d'un assainissement de type privé, le conseil d'administration n'agit pas sous contrôle du juge ou d'un curateur nommé par lui, il agit donc sous son unique responsabilité et ne peut en aucun cas se décharger de celle-ci¹⁵⁶. Si les mesures d'assainissement ne permettent pas d'améliorer la situation de la société et que celle-ci accumule encore plus de pertes par la faute du conseil, il devra en répondre seul face aux victimes du dommage. Il convient tout de même de préciser que le fait que les mesures d'assainissement ne soient pas fructueuses ne suffit pas, par lui-même, à fonder la responsabilité des administrateurs. Il n'existe pas de présomption de violation du devoir de diligence (art. 717 al. 1 CO) dans cette situation à condition que l'assainissement ait été justifié¹⁵⁷. En effet, il faudra prouver de manière concrète quels devoirs le conseil est supposé avoir violés dans une situation concrète. La conduite d'une société est obligatoirement liée à la survenance d'un certain nombre de risques. Une décision qui entraîne la réalisation du risque de naufrage n'est pas, de prime abord, contraire aux devoirs du conseil¹⁵⁸.

d. Mesures d'assainissement

Afin d'illustrer la liberté dont dispose le conseil d'administration dans le cadre de l'assainissement privé, il convient de présenter brièvement un aperçu des mesures que celui-ci peut entreprendre. Le spectre étant relativement large, cette présentation ne sera pas exhaustive.

Il faut tout d'abord distinguer les mesures strictement comptables des mesures d'assainissement effectives. Au titre de mesures comptables, on peut citer la possibilité de compenser la perte au bilan avec les réserves ouvertes et la réserve légale générale (art. 671 al. 3 CO). Il sera aussi possible de réévaluer les immeubles et les participations à leur valeur réelle si celle-ci dépasse leur valeur d'activation (art. 670 al. 1 CO)¹⁵⁹ et, dans une mesure moindre, de réévaluer les actifs déjà amortis jusqu'à leur valeur d'acquisition ou de revient si cela correspond à leur valeur

¹⁵³ SENN, p. 104.

¹⁵⁴ ATF 111 III 86; SENN, p. 106.

¹⁵⁵ SENN, p. 103.

¹⁵⁶ SENN, p. 91; KRNETA, p. 502; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 817.

¹⁵⁷ SENN, p. 42; KRNETA, p. 500.

¹⁵⁸ HANDSCHIN, Verantwortlichkeit, p. 448; SENN, p. 42.

¹⁵⁹ KRNETA, p. 495; SENN, p. 139.

réelle¹⁶⁰. Il faut remarquer que ces mesures n'ont pas d'effet assainissant matériel, la situation financière n'étant pas réellement améliorée. Il ne s'agit que d'un point de départ pour les autres mesures¹⁶¹. Ces mesures sont bien à la disposition du conseil (art. 716a al. 1 ch. 3 CO).

En ce qui concerne les mesures d'assainissement effectives, on peut encore distinguer les mesures entrepreneuriales des mesures financières. Au titre des mesures entrepreneuriales, le conseil d'administration, qui est chargé de la haute direction de la société et de son organisation (art. 716a al. 1 ch. 1 et 2 CO), va pouvoir réorienter stratégiquement la société, par exemple en changeant son offre de produits, en repensant sa stratégie de vente ou de production, en fermant une succursale, etc¹⁶². Il pourra aussi envisager des restructurations au point de vue du personnel (adaptation ou licenciements) et pourra révoquer les personnes chargées de la gestion si celles-ci ont une part de responsabilité dans la situation dans laquelle se trouve la société (art. 716a al. 1 ch. 4 CO)¹⁶³. On peut aussi penser à l'enrôlement de spécialistes du management de crise (« Trouble shooters ») pour la durée de l'assainissement¹⁶⁴.

Les mesures d'ordre financier visent à l'obtention de nouveaux moyens ou à éviter que la société n'en perde, sans toucher au fonctionnement de l'entreprise. Cela pourra tout d'abord concerner la structure du capital. En effet, une procédure relativement adaptée à ce genre de situation est la procédure d'« harmonica » qui consiste à opérer une réduction déclarative du capital à zéro et à le réaugmenter directement¹⁶⁵. Il sera aussi possible d'envisager un « Debt/Equity-Swap », c'est-à-dire une augmentation de capital, libéré par une compensation de créances, qui correspond donc à une conversion de ces créances en capital-actions¹⁶⁶. Les liquidités de la société se trouvent aussi améliorées par le fait que des intérêts ne doivent plus être versés sur ces montants¹⁶⁷. Pour les mesures touchant à la structure du capital, l'approbation de l'assemblée générale sera nécessaire, mais le conseil d'administration pourra lui en faire la proposition et en assurera l'exécution. Le conseil pourra aussi négocier avec les actionnaires individuellement pour que ceux-ci s'engagent à opérer des versements à fonds perdus ou à renoncer, totalement ou partiellement, à des créances qu'ils pourraient avoir contre la société¹⁶⁸. Des négociations pourront aussi être entamées avec les créanciers tiers pour que ceux-ci renoncent, totalement ou partiellement, à leurs créances ou

¹⁶⁰ DUBACH, p. 56.

¹⁶¹ DUBACH, p. 56; SENN, p. 138.

¹⁶² KRNETA, p. 495; SENN, p. 143; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 712b; VOUILLOZ, p. 314.

¹⁶³ SENN, p. 144; KRNETA, p. 496; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 712a; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1318.

¹⁶⁴ SENN, p. 34; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 712b.

¹⁶⁵ KRNETA, p. 495; SENN, p. 151; DUBACH, p. 57; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 752.

¹⁶⁶ Une partie de la doctrine s'oppose à cette conversion en invoquant que ces créances n'étant pas couvertes en raison du surendettement, une augmentation de capital au moyen de la compensation de celles-ci équivaldrait à une libération fictive du capital, voir notamment BÖCKLI, Aktienrecht, §2, N 124 ss. Le fait que les créances doivent être entièrement couvertes pour être converties en capital-actions est aujourd'hui remis en question par une doctrine apparemment majoritaire, voir notamment CR CO II-PETER/CAVADINI, CO 725, N 29 et références citées à GLANZMANN et BAHAR; SENN, p. 154.

¹⁶⁷ DUBACH, p. 57; SENN, p. 152.

¹⁶⁸ DUBACH, p. 56; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 712c; SENN, p. 156; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1318.

accordent des délais de paiement en échange, par exemple, de bons de jouissance¹⁶⁹.

B. L'ajournement de la faillite

Le conseil d'administration pourra aussi décider d'entreprendre des mesures d'assainissement dans un cadre judiciaire. Nous analyserons ici le cadre procédural de l'ajournement de la faillite. L'assainissement dans le cadre du concordat est une autre possibilité sur laquelle nous n'entrerons pas en matière dans le cadre de ce travail¹⁷⁰.

L'ajournement de la faillite paraît être très proche du droit de l'exécution forcée. Pourtant, il s'agit d'un moratoire de pur droit de la SA¹⁷¹, indépendant des procédures de poursuite et faillite selon la LP. Cette institution se qualifie dès lors comme un cadre d'assainissement consensuel sous la protection du juge. L'ajournement vise à gagner du temps pour mettre en œuvre un assainissement durable de la société et, dans ce sens, à garantir la continuation de la société¹⁷², « l'idée étant d'empêcher le prononcé immédiat de la faillite, dans l'intérêt de la société, des tiers et surtout des créanciers »¹⁷³. Cette institution trouve ses racines uniquement à l'art. 725a CO. En raison de la maigreur de sa réglementation légale, cet instrument est relativement souple et, en principe, favorable au sauvetage des sociétés surendettées¹⁷⁴. L'assainissement dans le cadre de l'ajournement de la faillite est certes une procédure qui se déroule sous le contrôle du juge, mais, comme nous allons le voir, elle vise à l'accomplissement d'un assainissement quasi-privé dans le sens où il appartiendra en priorité à la société et, en particulier, au conseil d'administration de sortir la société du mauvais pas dans lequel elle se trouve¹⁷⁵.

1. Conditions de l'ajournement de la faillite

L'art. 725a al. 1 2^{ème} phrase CO prévoit que le juge qui reçoit l'annonce du surendettement peut ajourner la faillite « à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible ». L'ajournement suppose donc, avant tout, un avis de surendettement déposé par le conseil d'administration conformément à l'art. 725 al. 2 CO¹⁷⁶. Le surendettement doit être prouvé et devra donc résulter des bilans intermédiaires et de l'attestation de révision fournis au juge¹⁷⁷. Il faut ensuite, selon la loi, une requête d'ajournement de la part du conseil d'administration ou d'un créancier. Cette requête ne devra pas forcément intervenir en même temps que l'avis de surendettement, il sera même courant en

¹⁶⁹ DUBACH, p. 56; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 712c; SENN, p. 159 et 162; VOUILLOZ, p. 314.

¹⁷⁰ Sur l'assainissement de la SA dans le cadre de la procédure concordataire, voir notamment GILLIERON, p. 458 ss; SENN, p. 93; DUBACH, p. 60; KRNETA, p. 501; MONTAVON, Tome II, p. 467.

¹⁷¹ KRNETA, p. 508; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 830; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1315.

¹⁷² ATF 101 III 99, JdT 1977 II 34; BAUEN/VENTURI, p. 247; KRNETA, p. 508; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 830; CR CO II-PETER, CO 725a, N 3-4; MONTAVON, Tome II, p. 463.

¹⁷³ VOUILLOZ, p. 318.

¹⁷⁴ PETER/PEYROT, p. 43; CR CO II-PETER, CO 725a, N 2.

¹⁷⁵ SENN, p. 98.

¹⁷⁶ VOUILLOZ, p. 318; PETER/PEYROT, p.46; CR CO II-PETER, CO 725a, N 13.

¹⁷⁷ PETER/PEYROT, p. 54; CR CO II-PETER, CO 725a, N 25; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 832; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1316.

pratique qu'elle intervienne plusieurs semaines après le dépôt de bilan¹⁷⁸. Il convient donc tout d'abord de remarquer que cette faculté n'appartient pas à l'assemblée générale, aux actionnaires, aux liquidateurs, à l'organe de révision et que le juge ne peut pas non plus le prononcer d'office¹⁷⁹. Il convient aussi de remarquer, qu'en pratique, il est très rare qu'un créancier requiert l'ajournement de la faillite. Cela résulte, notamment, du fait que les créanciers n'auront, bien souvent, pas connaissance de la procédure. De plus, l'assainissement ne pourra être fructueux que si le conseil d'administration est prêt à s'investir dans cette optique¹⁸⁰. Des statistiques à Genève ont montré que, entre 1992 et 1996, sur cent un prononcés d'ajournement, seuls quatre faisaient suite à des requêtes de créanciers et que sur ces quatre requêtes, trois étaient issues d'une initiative commune d'un créancier et du conseil d'administration¹⁸¹.

Selon l'art. 725a al. 1 2^{ème} phrase CO, le juge ne pourra ajourner la faillite que « si l'assainissement de la société paraît possible ». Selon le Tribunal fédéral, l'assainissement paraît possible si les mesures d'assainissement permettront « selon toute vraisemblance d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir »¹⁸². Le juge ne va pas déterminer seul si l'assainissement paraît possible, il appartiendra au conseil d'administration ou au créancier qui requiert l'ajournement de produire un plan d'assainissement exposant les mesures propres à l'assainissement de la société¹⁸³. Comme nous l'avons déjà mentionné, il est très rare que l'ajournement soit demandé par les créanciers. De plus, il paraît douteux que les créanciers aient les informations et les connaissances nécessaires à l'établissement d'un plan d'assainissement. On peut donc admettre qu'en pratique, l'élaboration du plan d'assainissement et sa présentation au juge incomberont presque toujours au conseil d'administration. Ce plan d'assainissement devra être suffisamment précis étant donné qu'il n'appartient pas au juge de l'établir d'office, ni de combler ses lacunes éventuelles¹⁸⁴. Le conseil d'administration devra aussi rendre crédible l'adéquation des mesures envisagées pour assainir durablement la société. Il devra ainsi analyser juridiquement et économiquement les causes du surendettement et prouver que l'on peut raisonnablement admettre que les mesures proposées sont aptes à les éliminer¹⁸⁵.

¹⁷⁸ PETER/PEYROT, p. 49; CR CO II-PETER, CO 725a, N 16.

¹⁷⁹ KRNETA, p. 508; BAUEN/VENTURI, p. 247; VOUILLOZ, p. 318; SENN, p. 97; CR CO II-PETER, CO 725a, N14; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1331; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 831; MONTAVON, Tome II, p. 463.

¹⁸⁰ CR CO II-PETER, CO 725a, N15; PETER/PEYROT, p. 49.

¹⁸¹ Résultats du « Questionnaire Coopers & Lybrand » cité par PETER/PEYROT, p. 49.

¹⁸² Arrêt du TF 5P.466/1999 du 11 avril 2000; ATF 99 II 282, JdT 1974 I 157; CR CO II-PETER, CO 725a N 26.

¹⁸³ Arrêt du TF 5P.466/1999 du 11 avril 2000; PETER/PEYROT, p. 56; KRNETA, p. 508; BAUEN/VENTURI, p. 248; MONTAVON, Tome II, p. 464; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 833.

¹⁸⁴ PETER/PEYROT, p. 56; VOUILLOZ, p. 318; CR CO II-PETER, CO 725a, N 28.

¹⁸⁵ PETER/PEYROT, p. 59; BAUEN/VENTURI, p. 248; SENN, p. 98; CR CO II-PETER, CO 725a, N 33.

Le Tribunal fédéral exige, pour que l'ajournement soit accordé, que les créanciers ne se retrouvent pas, à cause de l'ajournement de la faillite, « dans une situation plus mauvaise qu'en cas d'ouverture immédiate de celle-ci »¹⁸⁶.

Il convient encore de mentionner que l'ajournement sera souvent soumis à l'obligation d'opérer une avance de frais et qu'il ne pourra être accordé qu'en l'absence de causes de restriction provenant, notamment, de la LP¹⁸⁷.

Au regard de ce qui vient d'être dit, on remarque que le conseil d'administration joue un rôle central en ce qui concerne l'octroi de l'ajournement, bien que cela ne résulte pas forcément clairement de la loi.

2. Effets de l'ajournement et influence sur le rôle du conseil d'administration

Les effets principaux de l'ajournement de la faillite sont l'absence d'ouverture immédiate de la faillite et la suspension des actes de poursuite susceptibles d'entraîner le prononcé de la faillite. Les délais de prescription, l'exigibilité des créances et le cours des intérêts ne sont, eux, pas interrompus¹⁸⁸. De plus, l'art. 725a al. 1 CO prévoit que le juge qui ajourne la faillite « prend les mesures propres à la conservation de l'actif social ». L'art. 725a al. 2 CO permet aussi au juge de désigner un curateur, de priver le conseil d'administration de son pouvoir de disposition ou de subordonner ses décisions à l'accord du curateur. On peut ainsi dire que le rôle du conseil d'administration changera non seulement factuellement, dans le sens où ses efforts devront tendre vers l'assainissement de la société, mais sera aussi juridiquement différent en fonction des mesures prises par le juge.

Le juge fait usage de son pouvoir d'appréciation pour fixer la durée de l'ajournement et des éventuelles prolongations de celle-ci, étant donné que la loi ne prévoit pas de durée maximale à l'ajournement¹⁸⁹. Le juge devra néanmoins tenir compte du fait que cette mesure n'est que transitoire¹⁹⁰. En pratique, le juge octroiera souvent la durée requise par le conseil, dans la mesure où elle est raisonnable et en adéquation avec l'assainissement envisagé. La durée initiale de l'ajournement variera en général entre 3 et 6 mois. Une ou plusieurs prolongations sont possibles¹⁹¹. L'ajournement prendra fin avec l'assainissement de la société, avec l'octroi d'un sursis concordataire ou avec le prononcé de la faillite¹⁹².

¹⁸⁶ Arrêt du TF 4C.366/2000 du 19 juin 2001; ATF 120 II 425, JdT 1997 II 157; VOUILLOZ, p. 318; KRNETA, p. 508; CR CO II-PETER, CO 725a, N 38; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1320; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 834a.

¹⁸⁷ PETER/PEYROT, p. 50; CR CO II-PETER, CO 725a, N 17-19; VOUILLOZ, p. 318.

¹⁸⁸ ATF 101 III 99, JdT 1977 II 34; ATF 104 III 20; BAUEN/VENTURI, p. 248; SENN, p. 97; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1321; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 844; MONTAVON, Tome II, p. 466; VOUILLOZ, p. 318; PETER/PEYROT, p. 69; KRNETA, p. 508. La question de savoir si l'ajournement entraîne la suspension des poursuites de par la loi est relativement controversée. La doctrine semble néanmoins aujourd'hui l'admettre (voir les auteurs cités dans la même note) ainsi que le TF, notamment, dans l'ATF 120 II 425, JdT 1997 II 157. Cette position semble justifiée, car on pourrait difficilement envisager que le juge refuse d'octroyer cet effet sans vider l'ajournement de la faillite de son sens.

¹⁸⁹ SENN, p. 97; BAUEN/VENTURI, p. 249; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1324.

¹⁹⁰ VOUILLOZ, p. 318; DALLÈVES, p. 95.

¹⁹¹ PETER/PEYROT, p. 62; CR CO II-PETER, CO 725a, N 39.

¹⁹² VOUILLOZ, p. 318; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1325; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 846.

a. A l'interne

Il convient tout d'abord de dire que l'ajournement de la faillite n'entraîne pas de modifications du rôle du conseil d'administration à l'interne de la société de par la loi¹⁹³. D'une manière générale, le conseil d'administration devra continuer à exercer ses attributions inaliénables et intransmissibles et en particulier, il continuera d'exercer la haute direction de la société (art. 716a al. 1 ch. 1 CO). De plus, il continuera aussi à gérer « les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion » (art. 716 al. 2 CO)¹⁹⁴.

Néanmoins, le juge pourra et, dans une certaine proportion, devra prendre certaines mesures qui tendront à limiter la liberté du conseil d'administration. Le juge disposera dans ce cadre d'un libre pouvoir d'appréciation en fonction de chaque cas particulier¹⁹⁵. Au titre des mesures propres à la conservation de l'actif social que le juge qui ajourne la faillite devra prendre (art. 725a al. 1 CO), il pourra, notamment, obliger le conseil d'administration à lui présenter périodiquement des rapports sur la situation de la société, ainsi que des bilans intermédiaires et des comptes de pertes et profits¹⁹⁶.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le juge pourra aussi nommer un curateur (art. 725a al. 2 CO), ce qui sera en pratique toujours le cas pour les grandes sociétés. Le curateur surveillera l'administration de la fortune sociale et veillera à l'égalité de traitement des créanciers. Il pourra s'agir d'une ou plusieurs personnes physiques ou d'une personne morale¹⁹⁷. Le juge devra définir en détail les attributions du curateur, qui pourront être plus ou moins étendues, ainsi que sa position à l'égard des organes de la société (art. 725a al. 2 *in fine* CO)¹⁹⁸. Si le juge nomme un curateur, « le conseil d'administration se trouvera privé de ses pouvoirs dans une mesure correspondante à ceux attribués au curateur »¹⁹⁹.

Le juge pourra limiter le pouvoir de disposition du conseil d'administration (art. 725a al. 2 CO). La loi prévoit la possibilité de retirer complètement au conseil d'administration son pouvoir de disposition et, implicitement, de transférer ce pouvoir, ainsi que la conduite des affaires, au curateur. BÖCKLI estime que le retrait total du pouvoir de disposition du conseil d'administration va trop loin²⁰⁰. Selon une autre partie de la doctrine, une telle mesure semble justifiée si le manque de capacité ou de fiabilité du conseil d'administration est avéré ou si le conseil d'administration refuse de collaborer activement à l'assainissement de la société²⁰¹. A notre avis, il convient ici de suivre BÖCKLI car, premièrement, il résulte de l'idée même de l'ajournement de la faillite que le curateur devrait accompagner et non se substituer au conseil d'administration et, deuxièmement, que, si le manque de capacité ou de

¹⁹³ VOUILLOZ, p. 318; LORANDI, p. 213.

¹⁹⁴ Voir à ce propos le point V.A.2.a.; BAUEN/VENTURI, p. 249; KRNETA, p. 509.

¹⁹⁵ VOUILLOZ, p. 319; CR CO II-PETER, CO 725a, N 44.

¹⁹⁶ BAUEN/VENTURI, p. 249; VOUILLOZ, p. 319; PETER/PEYROT, p. 67; CR CO II-PETER, CO 725a, N 51; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1326.

¹⁹⁷ BAUEN/VENTURI, p. 249; KRNETA, p. 509; VOUILLOZ, p. 319; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1335; MONTAVON, Tome II, p. 465.

¹⁹⁸ VOUILLOZ, p. 319.

¹⁹⁹ PETER/PEYROT, p. 66; CR CO II-PETER, CO 725a, N 49.

²⁰⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 838.

²⁰¹ KRNETA, p. 509; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1337.

fiabilité du conseil devait être avéré, il n'existerait pas de perspectives d'assainissement et l'ajournement ne devrait simplement pas être accordé. Le juge aura aussi la possibilité de rendre certaines décisions du conseil d'administration dépendantes de l'accord du curateur (art. 725a al. 2 CO). Il sera possible, par exemple, de rendre certaines décisions importantes, comme les aliénations ou engagements d'éléments de la fortune commerciale, dépendantes de l'accord du curateur²⁰². Le juge pourra aussi décider de soumettre à l'approbation du curateur toutes les décisions qui sortent du cadre de la gestion courante²⁰³. Il sera même possible au juge de subordonner toutes les décisions du conseil à l'accord du curateur²⁰⁴, ce qui semble aussi aller trop loin²⁰⁵.

Pour conclure sur le rôle du conseil d'administration à l'interne dans le cadre de l'ajournement de la faillite, on peut dire qu'il sera très dépendant du pouvoir d'appréciation du juge en la matière. En effet, une marge de manœuvre quasi totale du conseil est envisageable, aussi bien que des restrictions très lourdes de son pouvoir. Des restrictions trop importantes des pouvoirs du conseil ne devraient, à notre avis, pas intervenir. En effet, eu égard à la nature voulue flexible de l'ajournement, si de telles mesures devaient se justifier, le cadre de l'ajournement ne serait pas le plus adapté et l'ajournement n'aurait tout simplement pas dû être accordé par le juge ou n'aurait même pas été sollicité par le conseil.

b. Rapports avec les tiers

Comme pour les pouvoirs internes, l'ajournement de la faillite n'entraîne pas, de par la loi, de restrictions au pouvoir de représentation du conseil d'administration²⁰⁶. Il continuera donc à représenter la société à l'égard des tiers (art. 718 al. 1 CO) et ceci dans le cadre du but social (art. 718a al. 1 CO) interprété, comme nous l'avons vu, de manière très large, par la doctrine et la jurisprudence²⁰⁷.

Néanmoins, et comme pour les pouvoirs internes, le juge pourra prendre certaines mesures visant à limiter le pouvoir de représentation du conseil. Le juge pourra priver le conseil d'administration de son pouvoir de représentation et le transférer au curateur²⁰⁸. Une telle mesure paraît aller trop loin pour les mêmes raisons que nous avons exposées à propos du retrait du pouvoir de disposition²⁰⁹. Il pourra aussi soumettre certains actes de représentation du conseil, comme la conclusion de contrats importants, à l'aval du curateur²¹⁰. Il pourra aussi soumettre tous les actes de représentation du conseil à l'accord exprès du curateur²¹¹, ce qui paraît, encore

²⁰² BAUEN/VENTURI, p. 250; KRNETA, p. 509; VOUILLOZ, p. 319; PETER/PEYROT, p. 66; CR CO II-PETER, CO 725a, N 50.

²⁰³ PETER/PEYROT, p. 66; CR CO II-PETER, CO 725a, N 50.

²⁰⁴ VOUILLOZ, p. 319; PETER/PEYROT, p. 66; CR CO II-PETER, CO 725a, N 50.

²⁰⁵ La dépendance de toutes les décisions du conseil de l'accord du curateur équivaut matériellement au retrait total de son pouvoir de disposition. Voir nos réflexions à ce sujet dans le même paragraphe.

²⁰⁶ VOUILLOZ, p. 318; KRNETA, p. 509.

²⁰⁷ Voir à ce propos le point V.A.2.b.

²⁰⁸ VOUILLOZ, p. 319; KRNETA, p. 509.

²⁰⁹ Voir à ce propos le point V.B.2.a.

²¹⁰ VOUILLOZ, p. 319; KRNETA, p. 509; PETER/PEYROT, p. 66; CR CO II-PETER, CO 725a, N 50.

²¹¹ VOUILLOZ, p. 319.

une fois, aller trop loin. A cette fin, il sera possible de mettre en place une signature collective à deux entre le curateur et le ou les administrateurs²¹².

Concernant les rapports avec les tiers de manière générale, l'art. 725a al. 3 CO prévoit que « l'ajournement de la faillite n'est publié que si la protection des tiers l'exige ». Le juge devra prendre en compte les besoins de protection prioritaires des créanciers actuels, mais surtout ceux des éventuels futurs partenaires qui pourraient être amenés à se lier contractuellement avec la société toujours matériellement surendettée. Pourtant, le juge devra aussi tenir compte du fait que la publication de l'ajournement peut menacer les efforts d'assainissement.²¹³ La pratique, genevoise du moins, tend, dans la majorité des cas, vers la renonciation à la publication de l'ajournement, mais oblige souvent le conseil d'administration à informer spécifiquement les créanciers actuels et/ou futurs de la société²¹⁴. A ce propos, il faut mentionner que, comme dans le cadre de l'assainissement privé, l'ajournement n'a pas d'effet contraignant pour les créanciers²¹⁵ et ceux-ci seront donc libres d'accepter ou non les mesures d'assainissement proposées par le conseil d'administration²¹⁶. Comme conséquence, le conseil d'administration devra négocier avec l'ensemble des créanciers impliqués, ce qui pourra s'avérer extrêmement difficile si leur nombre est élevé.

c. Risque de responsabilité

En ce qui concerne la responsabilité du conseil d'administration dans le cadre de l'ajournement de la faillite, et toujours sans entrer dans les détails, il faut noter que la procédure a lieu sous surveillance du juge et, parfois, avec l'aide d'un curateur. Le fait de savoir si le plan d'assainissement est adapté et, dans une certaine mesure, quels actes peuvent être entrepris par le conseil d'administration jusqu'à l'accomplissement de l'assainissement sont des points qui sont établis dans une procédure judiciaire. La responsabilité pour ces décisions pourra donc, en partie, être transmise du conseil d'administration aux organes de l'état ou aux personnes nommées par eux²¹⁷. De manière assez logique il faudrait remarquer que plus les pouvoirs du conseil sont limités par le juge, plus sa responsabilité devrait être restreinte.

d. Mesures d'assainissement

Les mesures d'assainissement que pourra proposer le conseil d'administration ne sont pas différentes de celles qu'il pourra proposer dans le cadre d'un assainissement de type privé. Nous renverrons donc à ce qui a été dit au point V.A. 2.d.

Il faut néanmoins rappeler que le juge et l'éventuel curateur se prononceront sur les mesures d'assainissement, sur leur caractère réalisable ou non, sur leur aptitude à

²¹² PETER/PEYROT, p. 66; CR CO II-PETER, CO 725a, N 50.

²¹³ VOUILLOZ, p. 319; PETER/PEYROT, p. 68; CR CO II-PETER, CO 725a, N 52; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1342; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 841.

²¹⁴ PETER/PEYROT, p. 66; CR CO II-PETER, CO 725a, N 52.

²¹⁵ Contrairement au concordat, l'ajournement de la faillite ne permet pas de porter atteinte aux droits des créanciers; Arrêt du TF 5P.263/2003 du 25 août 2003; BÖCKLI, Aktienrecht, §13, N 830.

²¹⁶ VOUILLOZ, p. 320; BAUEN/VENTURI, p. 249; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1319.

²¹⁷ SENN, p. 91; Par contre, la responsabilité pour les fautes qui auraient été commises avant le début de l'ajournement incombe toujours au conseil d'administration.

assainir la société de manière durable et sur le fait que les débiteurs ne soient pas plus mal lotis qu'en cas d'ouverture immédiate de la faillite. En particulier, des interventions qui se limitent à faire disparaître le surendettement sans assurer une exploitation équilibrée par la suite, ne constituent pas, par elles seules, des mesures adéquates qui permettront au juge de prononcer l'ajournement²¹⁸. De plus, selon la doctrine, le conseil d'administration, sous surveillance du juge et du curateur, doit respecter l'égalité de traitement entre créanciers²¹⁹. Ces éléments pourront avoir pour effet de limiter la marge d'appréciation du conseil quant aux mesures d'assainissement à mettre en œuvre²²⁰. Le conseil ne sera donc pas aussi libre que dans le cadre de l'assainissement privé.

3. Projets de révision du droit de la SA et de la LP

Le projet de révision du droit de la SA innove très peu en matière d'ajournement de la faillite. L'art. 725d P CO reprend les éléments de l'art. 725a CO et les modifications relèvent de la pure technique législative²²¹.

L'Office fédéral de la justice a chargé, en 2003, un groupe d'experts d'analyser la question de l'opportunité d'une modification législative du droit du concordat. Ce groupe d'experts, dans un rapport rendu en avril 2005, s'est exprimé au sujet de l'ajournement de la faillite en précisant qu'il devrait être supprimé du CO et que ses avantages devraient être intégrés dans la procédure concordataire, en introduisant un « sursis concordataire faisant office de moratoire »²²². Suite au rapport du groupe d'experts, à l'avant-projet qui l'a suivi et à la procédure de consultation, un projet de révision du droit concordataire a vu le jour en 2010 (P LP). Le projet, dans le cadre du sursis provisoire, dans ses arts. 293a à 293d reprend, en substance, la réglementation de l'ajournement de la faillite²²³. L'idée est de pouvoir accorder un sursis, sans avoir uniquement pour objectif d'ouvrir la voie à un concordat judiciaire, mais aussi en vue de l'assainissement de la société par d'autres moyens²²⁴.

En ce qui concerne plus particulièrement le rôle du conseil d'administration dans le cadre du sursis provisoire, l'art. 293a al. 1 P LP prévoit que le juge qui accorde le sursis provisoire « arrête d'office les autres mesures nécessaires à la préservation du patrimoine du débiteur », mesures qui devraient être les mêmes que celles envisageables dans l'ajournement de la faillite. L'art. 293b al. 1 P LP prévoit que le juge nomme un ou des commissaires provisoires, mais l'art. 293b al. 2 P LP dispose que le juge peut renoncer à la nomination d'un commissaire provisoire « dans les cas

²¹⁸ CR CO II-PETER, CO 725a, N 32; PETER/PEYROT, p. 59; VOUILLOZ, p. 318.

²¹⁹ SENN, p. 99; KRNETA, p. 508; VOUILLOZ, p. 319; BAUEN/VENTURI, p. 248; CR CO II-PETER, CO 725a, N 47; ZK-HARDMEIER, CO 725a, N 1322; MONTAVON, Tome II, p. 465.

²²⁰ SENN, p. 106.

²²¹ Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la modification du code des obligations, FF 2008, p. 1407 ss, p. 1509.

²²² Rapport du groupe d'experts chargé de réexaminer la procédure concordataire, Berne, avril 2005, <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/ber-sanierungsrecht-f.pdf>, p. 6.

²²³ Projet de modification de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 septembre 2010, FF 2010, p. 5921 ss. Le projet, dans son ensemble, s'approche du « Chapter 11 » du droit américain. Voir à ce propos MEIER, p. 688 ss.

²²⁴ Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010, p. 5871 ss, p. 5894.

où cela se justifie ». Dans le cadre de la mise en œuvre de mesures d'assainissement autres que le concordat, la tâche du commissaire serait de « préparer les mesures d'assainissement, voire d'en surveiller la mise en œuvre ». D'une manière générale, il devrait surveiller le débiteur et veiller aux intérêts des tiers²²⁵. Il faut donc dire que dans la conception de base, le rôle du conseil d'administration devrait être *grosso modo* le même que dans le cadre de l'ajournement de la faillite dans sa forme actuelle. Néanmoins, on peut constater un certain durcissement, notamment par le fait que la nomination du ou des commissaires serait désormais, de par la loi, le principe et l'absence de nomination l'exception. Il sera donc intéressant de voir dans quelle mesure la future pratique reprendra les principes qui ont été dégagés pour l'ajournement de la faillite et dans quelle mesure cette future pratique s'en distanciera, dans l'optique d'une diminution de la liberté du conseil d'administration. Pourtant, on ne peut pas admettre qu'il y ait une réelle tendance à vouloir limiter plus fortement la liberté du conseil d'administration dans le cadre du sursis provisoire.

VI. Conclusion

Après avoir analysé le rôle du conseil d'administration en cas de surendettement de la société, nous avons tout d'abord pu remarquer une tendance à vouloir limiter la liberté du conseil d'administration. En effet, l'obligation d'établir des bilans intermédiaires, l'obligation d'aviser le juge et la possibilité pour l'organe de révision de rappeler le conseil à l'ordre, voire de le remplacer pour l'avis au juge, ne paraissent laisser que peu de marge de manœuvre au conseil.

Néanmoins, nous avons pu constater par la suite que le conseil conservait tout de même une grande latitude de mouvement. Nous avons premièrement remarqué qu'il lui appartenait de choisir entre l'assainissement de la société ou sa liquidation et que, s'il se décidait pour la liquidation, il avait la possibilité, dans certaines circonstances édictées par la jurisprudence, d'agir en dehors du but social en s'arrogeant des compétences appartenant à l'assemblée générale. Nous avons ensuite pu remarquer que, s'il avait choisi la voie de l'assainissement de la société, il pouvait encore choisir de le faire de manière extrajudiciaire aussi bien que sous la surveillance du juge et qu'il disposait de plusieurs moyens pour arriver à l'un ou l'autre de ces cadres d'assainissement. Dans le cadre de l'assainissement privé, nous avons pu constater que le conseil jouissait d'une grande liberté, qui n'était limitée que factuellement dans le sens où ses actes devaient tendre vers l'assainissement de la société et pas vers la poursuite d'un profit à court terme. La liberté du conseil est aussi grande en ce qui concerne le choix des mesures d'assainissement à mettre en œuvre. Finalement, dans le cadre de l'ajournement de la faillite, nous avons remarqué que la liberté du conseil pouvait être limitée par le juge, selon son pouvoir d'appréciation, mais qu'une limitation trop sévère ne devait en principe pas se justifier, si l'on ne voulait pas aller contre l'esprit même de l'ajournement de la faillite.

Sur la base de ces constatations, on peut bien admettre que le rôle du conseil dans ce cadre est réellement ambigu et que les devoirs et possibilités qui lui sont offerts peuvent s'avérer contradictoires.

²²⁵ Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 p. 5871 ss, p. 5896.

En ce qui concerne les perspectives d'avenir, il sera tout d'abord intéressant de voir la place qui sera laissée au conseil d'administration dans le cadre du sursis provisoire si la révision de la LP est adoptée. De plus, le 28 juin 2012, une motion visant à l'introduction d'une procédure d'assainissement complète dans le CO a été déposée au Conseil national par la commission des affaires juridiques de ce dernier. On pourra donc se demander quel rôle sera attribué au conseil d'administration dans le cadre d'une telle procédure²²⁶.

²²⁶ Motion n° 12.3654, Procédure d'assainissement précédant le sursis concordataire et l'ouverture de la faillite. A noter que certains auteurs se sont déjà penchés sur la question, voir notamment BÜHLER, p. 444 ss.; BAUER, p. 455 ss.; VON DER CRONE/ PFISTER/ SIBBERN.

VII. Bibliographie

BAUEN Marc/VENTURI Silvio, *Der Verwaltungsrat, Organisation, Kompetenzen, Verantwortlichkeit, Corporate Governance*, Zürich, Basel, Genf (Schulthess) 2007 (cité BAUEN/VENTURI).

BAUER Thomas, Nachhaltige Unternehmenssanierung, ein Diskussionsbeitrag zur Revision des Obligationenrechts, *ST* 8/2010, 455-462 (cité BAUER).

BERSHEDA VUCUROVIC Tetiana, Avis obligatoires 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, 235-252 (cité BERSHEDA VUCUROVIC).

BÖCKLI Peter, Das Ende legitimer Amtsführung eines Verwaltungsrats bei Eintritt der Überschuldung, in°: Bohnet F./ Wessmer P. (éds), *Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2006, 163-181 (cité BÖCKLI, Ende legitimer Amtsführung).

BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht : mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*, 4. Aufl., Zürich (Schulthess) 2009 (cité BÖCKLI, Aktienrecht).

BÜHLER Christoph B., Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung de lege ferenda, *ST* 8/2010, 444-454 (cité BÜHLER).

CAMPONOVICO Rico A., Der Rangrücktritt und seine Alternativen, Klassische Alternativen, Rückdarlehen (cash pool), Garantie, *ST* 9/2002, 816- 822 (cité CAMPONOVICO, Rangrücktritt).

CAMPONOVICO Rico A., La responsabilité de l'organe de révision à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine, *ECS* 6-7/2004, 475-491 (cité CAMPONOVICO, Responsabilité de l'organe de révision).

DALLÈVES Louis, Dépôt du bilan, ajournement de faillite et nouveau droit concordataire, in°: Stoffel W. A. (éd.), *La responsabilité des administrateurs*, Zürich (Schulthess) 1994, 89-99 (cité DALLÈVES).

DUBACH Alexander, Handlungsalternativen des Verwaltungsrats bei Überschuldung der AG, Aussergerichtliche und gerichtliche Alternativen zum Konkurs, *ST* 1-2/1997, 53-64 (cité DUBACH).

GILLIÉRON Pierre-Robert, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2005 (cité GILLIÉRON).

GLANZMANN Lukas, Die grosse Aktienrechtsrevision, Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates, *ST* 9/2008, 665- 679 (cité GLANZMANN).

- HANDSCHIN Lukas, *Rechnungslegungs- und Revisionsrecht in a nutshell*, Zürich, St. Gallen (Dike) 2008 (cité HANDSCHIN, Rechnungslegung).
- HANDSCHIN Lukas, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 136/2000, 433-448 (cité HANDSCHIN, Verantwortlichkeit).
- HARDMEIER Hans Ulrich, *ad Art. 725a OR, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Kommentar zum schweizerischem Zivilrecht (Zürcher Kommentar)*, VI/5b, 2^{ème} éd., Zürich (Schulthess) 1997, 385-400 (cité ZK-HARDMEIER).
- HOMBURGER Eric, *ad Art. 725 OR, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Kommentar zum schweizerischem Zivilrecht (Zürcher Kommentar)*, VI/5b, 2^{ème} éd., Zürich (Schulthess) 1997, 365-384 (cité ZK-HOMBURGER).
- KISTLER Bruno, Perte de capital et surendettement, Les obligations du conseil d'administration et celles de l'organe de révision et les conséquences pénales de leurs violations (art. 725 et 729b al. 2 CO), *ECS* 3/1993, 103-108 (cité KISTLER).
- KRNETA Georg, *Praxiskommentar Verwaltungsrat : Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze, ein Handbuch für Verwaltungsräte*, 2. Aufl., Bern (Stämpfli) 2005 (cité KRNETA).
- LORANDI Franco, Die Wirkungen des Konkursaufschiebs (Art. 725a OR) : Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht, in°: Riemer H. M./Kuhn M./Vock D./Gehri M. (Hrsg.), *Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht*, Zürich, Basel, Genf (Schulthess) 2005, 209-241 (cité LORANDI).
- MEIER Isaak, Helvetischer Weg zum Chapter 11, Bericht und Stellungnahme zu den Thesen und Vorschlägen der Expertengruppe zur Überprüfung des Nachlassverfahrensrechts, *ST* 9/2005, 688- 691 (cité MEIER).
- MONTAVON Pascal, *Droit Suisse de la SA, Droit et fiscalité, Comptes annuels, Comptes de groupe*, Tome II et III, Lausanne (Editions juridiques AMC) 1997 (cité MONTAVON).
- PETER Henry, *ad Art. 725a CO*, in°: Tercier P./ Amstutz M. (éds), *Code des obligations II, code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, avec une introduction à la Loi sur la fusion, Commentaire romand*, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2008, 1148-1163 (cité CR CO II – PETER).
- PETER Henry/CAVADINI Francesca, *ad Art. 725 CO*, in°: Tercier P./ Amstutz M. (éds), *Code des obligations II, code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, avec une introduction à la Loi sur la fusion, Commentaire romand*, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2008, 1137-1148 (cité CR CO II – PETER/CAVADINI).
- PETER Henry/PEYROT Laure, L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, *SJ* 2006 II, 43-90 (cité PETER/PEYROT).
- PIAGET Emmanuel, La limite de l'interprétation et le droit des sociétés, Quelques brèves réflexions méthodologiques sur le texte de l'article 725 alinéa 2 CO, in°: Bohnet F./ Wessmer P. (éds), *Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de*

Roland Ruedin, Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2006, 291-306 (cité PIAGET).

PIAGET Emmanuel/ RUEDIN Roland, Le moment de l'avis au juge, *PJA* 2003, 1329-1337 (cité PIAGET/RUEDIN).

SENN Dorothea, *Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG*, Zürich (Schulthess) 2001 (cité SENN).

STOFFEL Walter, La société anonyme XV : La dissolution, la liquidation et le surendettement, *FJS* n°403, 1995 (cité STOFFEL).

VON DER CRONE Hans Caspar/PFISTER Loïc/SIBBERN Eric, *Revision des Aktienrechts: Sanierung*, mai 2006, <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/publikationen.html> (cité VON DER CRONE/ PFISTER/ SIBBERN).

VOUILLOZ François, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de la faillite, l'état des lieux (art. 725 et 725a CO), *ECS* 4/2004, 312-323 (cité VOUILLOZ).

WITMER Jörg, *Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht*, thèse St. Gall, Zürich (Treuhand-Kammer) 1999 (cité WITMER).

VIII. Arrêts cités

- ATF 96 II 439, JdT 1971 I 376.
- ATF 99 Ia 10, JdT 1974 II 53.
- ATF 99 II 282, JdT 1974 I 157.
- ATF 101 III 99, JdT 1977 II 34.
- ATF 104 III 20.
- Arrêt du Tribunal du Canton de Vaud du 18 novembre 1981, SAS/SAG 1982 87.
- ATF 111 III 86.
- ATF 111 II 284, JdT 1986 I 96.
- ATF 116 II 320, JdT 1991 I 373.
- ATF 116 II 533, JdT 1992 I 34.
- ATF 120 II 425, JdT 1997 II 157.
- ATF 121 III 420, JdT 1997 I 111.
- ATF 125 III 86, JdT 2001 I 73.
- Arrêt du TF 4C.117/1999 du 16 novembre 1999.
- Arrêt du TF 5P.466/1999 du 11 avril 2000.
- ATF 127 IV 110.
- Arrêt du TF 4C.366/2000 du 19 juin 2001.
- ATF 128 III 180, JdT 2004 I 367.
- Arrêt du TF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003.
- ATF 130 V 196.
- ATF 132 III 564, SJ 2007 I 13.
- Arrêt du TF 4A_288/2011 du 13 février 2012.