

APERCU SUR LA POSTPOSITION

DE L'ARTICLE 725 al. 2 CO

par

Pierre Perritaz

AVOCAT

L'Étude

Gillon • Perritaz • Esseiva • Overney

Avocats - Rechtsanwälte - Attorneys-at-Law

www.gillon.ch

Mai 2003

Remarques liminaires

Construction issue de la pratique, la postposition est un outil complexe auquel les sociétés anonymes ont parfois recours en cas de difficulté. Le législateur, conscient de l'importance croissante de cet instrument, a profité de la révision du droit de la société anonyme en 1991 pour l'intégrer dans l'ordre juridique suisse, sans toutefois le définir ni en régler les modalités.

La présente étude a pour but de donner au praticien une vue d'ensemble des rouages juridiques réglant la postposition. La première partie tente de définir la postposition, avant de traiter, dans une deuxième partie, des particularités et du contenu du contrat de postposition. La troisième partie quant à elle aborde les effets de droit matériel de ce contrat. Enfin, la dernière partie définit le rôle de l'organe de révision en face d'un tel contrat.

I. DEFINITION ET CHAMP D'APPLICATION

1. Base légale

Aux termes de l'article 725 alinéa 2 CO, « S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification de l'organe de révision. 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. »

2. Quand faut-il une postposition ?

Le bilan intermédiaire qui permet de constater le surendettement de la société doit être dressé lorsqu'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, selon les termes de la loi (725 alinéa 2 CO).

Quelles sont notamment ces **raisons sérieuses** ?

- le résultat de l'exercice figurant dans le bilan annuel ;
- des pertes permanentes ;
- des événements extraordinaires qui obligent à d'importants amortissements ou provisions, tels procès, garanties, cautionnements solidaires, mauvais investissements, chutes des prix ;
- tous événements qui menacent la continuation de l'activité de la société (perte de droit de licence, perte d'une procédure judiciaire, extinction de contrats importants, perte de marchés importants, refus ou retrait d'autorisation ou de concession).

3. Qu'est-ce qu'une postposition ?

La postposition est un contrat entre le créancier et la société débitrice.

En concluant un tel acte, le créancier

- renonce d'une part à l'exigibilité du capital et des intérêts de sa créance tant que dure le surendettement de son débiteur. Cette renonciation peut être définie comme un **sursis** octroyé à l'exigibilité de sa créance;

- accepte d'autre part d'être payé dans la faillite de son débiteur après que tous les autres créanciers auront été totalement désintéressés. Ici, il s'agit d'une **renonciation au rang**.

Il est important de préciser que la postposition n'est pas une mesure d'assainissement telle que mentionnée au premier alinéa de l'article 725 CO. Elle permet seulement au conseil d'administration de renoncer à aviser le juge, et donne ainsi à la société surendettée un délai pour mettre en œuvre des mesures d'assainissement. Il sied de relever qu'elle ne libère pas la société de l'obligation prévue à l'article 725 alinéa 1 CO, à savoir celle de convoquer une assemblée générale.

II. Le contrat de postposition

1. Particularités de ce contrat

a. Une décision du conseil d'administration

La décision de conclure une convention de postposition avec un créancier doit émaner du conseil d'administration, puisque c'est lui qui gère les affaires de la société (art. 716 CO) et a l'attribution intransmissible et inaliénable d'aviser le juge en cas de surendettement (art. 716a ch. 7 CO).

b. Le danger de la double représentation

Les parties au contrat de postposition sont le créancier postposant et la société débitrice. Souvent, la postposition est accordée par un créancier important et proche de la débitrice (actionnaire unique ou principal de la société créancière et de la société débitrice, rapport société-mère – société-fille). Il n'est ainsi pas rare qu'à la signature du contrat de postposition, les deux parties soient représentées par la même personne physique.

Selon le Tribunal fédéral, un contrat conclu avec soi-même ou en situation de double représentation est nul en raison du conflit d'intérêts et du danger de léser une des parties au contrat. Toutefois, la Haute Cour est d'avis que la validité d'un contrat conclu dans cette situation peut être reconnue si

- par sa nature l'acte ne risque précisément pas de porter préjudice au représenté,

- ou si le représentant a été **spécialement autorisé** par un organe de rang égal ou supérieur, ou si **ce dernier a ratifié l'acte** par la suite.

De façon générale, le Tribunal fédéral admet l'existence d'un pouvoir spécial anticipé pour conclure des contrats avec soi-même au sens large, lorsque ces contrats sont conclus par un même représentant entre deux sociétés étroitement liées sur le plan économique ; en effet, de tels accords sont en principe couverts par le but social au sens de l'article 718a CO (ATF 127 III 332).

Toutefois, les **actes à titre gratuit** ne sont pas présumés entrer dans le but social (décision du 18 novembre 1981 du Tribunal cantonal vaudois / ATF 96 III 439 : « les actes du représentant n'engagent pas la SA lorsqu'il a accompli des actes exorbitants du but social »).

Ainsi, dans son arrêt 5C.137/2000 du 29 août 2000, le Tribunal fédéral a constaté la nullité d'un contrat de postposition conclu par une même personne, administrateur de deux sociétés appartenant à un même groupe, alors que ses pouvoirs n'avaient pas été approuvés ou ratifiés par les organes compétents.

Il est intéressant de relever que l'autorité cantonale avait jugé que le contrat, bien que conclu en situation de double représentation, était valable en raison de la protection de la bonne foi de tous les tiers créanciers favorisés par la postposition qui ne pouvaient connaître l'existence de la double représentation. Le Tribunal Fédéral n'a toutefois pas suivi le Tribunal cantonal et a fait primer la règle de la nullité en cas de double représentation.

En conséquence, en cas de double représentation, la postposition doit être approuvée par des personnes habilitées à cet effet, au sein du conseil d'administration de la débitrice et de la créancière postposante. L'approbation ou la ratification ne doit pas émaner du conseil d'administration en tant que tel, mais des personnes habilitées à représenter la société selon l'article 718 CO (ATF 127 III 332).

Si la postposition a été signée par un administrateur unique, l'approbation sera alors donnée par l'assemblée générale.

En revanche, le TF précise que **si la personne agissant pour la société est l'administrateur et actionnaire unique** de la société, une autorisation ou ratification n'est plus nécessaire, car il n'existe aucun conflit d'intérêts (ATF 126 III 361/JdT 2001 I 131).

c. La forme

Bien qu'aucune forme ne soit prescrite, la forme écrite doit être exigée en raison de l'importance de l'acte et pour des motifs liés à la clarté des comptes et à la nécessité d'un contrôle par l'organe de révision. Enfin, cette forme s'impose évidemment pour des raisons de preuve.

d. Comptabilisation

La dette postposée continue d'exister et doit figurer dans les comptes tant de la société débitrice que du créancier.

Auprès de la société débitrice, la dette doit être mentionnée séparément dans le bilan et signalée dans l'annexe au bilan afin que la postposition soit reconnaissable pour les actionnaires et les tiers. Aucune disposition légale ne le prescrit, mais la doctrine dominante estime qu'une telle exigence est indispensable à la **validité** d'une postposition et satisfait au principe de clarté.

L'organe de révision, quant à lui, sera tenu de signaler la postposition dans son rapport de révision. La formule-type est la suivante: « Suite à notre contrôle, nous constatons que la société est surendettée. Toutefois, une créance de x francs ayant été valablement postposée, aucun avis au juge ne doit être donné, conformément à l'art. 725 alinéa 2 CO».

Dans le bilan du créancier postposant, la créance postposée fera l'objet d'une inscription séparée et claire, à moins que des provisions ou des corrections de valeurs suffisantes n'aient déjà été effectuées.

2. Contenu du contrat de postposition

a. Le montant de la créance postposée

Aux termes de l'article 725 alinéa 2 CO, la postposition doit couvrir **l'insuffisance d'actifs**. La loi ne mentionne pas si l'insuffisance doit être calculée sur la base des valeurs d'exploitation ou de liquidation. Elle laisse à cet égard un choix. La doctrine, quant à elle, est divisée sur le point de savoir si le débiteur peut librement choisir quelle insuffisance d'actifs doit être couverte par la postposition.

La majorité des auteurs est cependant d'avis que le choix se fera en fonction du cas concret.

Ainsi, pour certains auteurs, si après une analyse sérieuse de la situation financière de la société surendettée, il existe des chances raisonnables que la société s'assainisse, les valeurs d'exploitation seront alors suffisantes. Par contre, si de nouvelles pertes sont prévues, il sera sage de retenir les valeurs de liquidation.

D'autres auteurs estiment que seules les valeurs d'exploitation doivent servir de base. Ils fondent leur position sur des considérations pratiques, estimant que les créanciers seront plus facilement disposés à consentir des postpositions sur la base de telles valeurs.

Enfin, selon une autre opinion, par prudence, la postposition devrait toujours couvrir l'insuffisance d'actifs calculée selon le scénario le plus pessimiste et ce, quand bien même la loi ne le prévoit pas.

Quant au montant à prévoir, même si la loi exige que la postposition doit couvrir l'insuffisance d'actifs, la doctrine juge cette mesure insuffisante. Une postposition à hauteur seulement du surendettement éviterait certes l'avis au juge, mais laisserait la débitrice avec un capital propre égal à zéro. Ainsi, toute aggravation du surendettement existerait remettrait la société immédiatement dans la situation de l'article 725 alinéa 2 CO. Le montant de la créance postposée devrait également être fixé afin de tenir compte du risque d'une évaluation trop optimiste des actifs ou des passifs. Pour toutes ces raisons, il est ainsi conseillé de postposer un montant supérieur à l'insuffisance d'actifs.

b. Peut-on postposer en vue d'un surendettement futur?

Imaginons le cas d'une société qui n'est pas surendettée, mais qui, dans le but de prévenir un surendettement hypothétique futur, conclut une convention de postposition.

Une telle convention de postposition contreviendrait en principe à l'article 725 alinéa 2 CO, aux termes duquel la postposition doit faire suite à un surendettement **existant**.

Tout au plus, en vertu du principe de la prudence, la société en difficulté serait autorisée à conclure une convention de postposition peu avant que le surendettement n'intervienne, quand des indices suffisamment clairs ne laissent planer aucun doute sur la survenance de ce surendettement.

Est contestable, par contre, une convention de postposition qui servirait de façon générale à anticiper un futur surendettement hypothétique. Une telle convention serait jugée comme un artifice inacceptable pour le motif déjà qu'elle aurait pour effet de libérer le conseil d'administration de son obligation de prévenir le surendettement et, le cas échéant, de le juguler par des mesures d'assainissement immédiates. En outre, une postposition antérieure au surendettement contreviendrait à l'exigence de la clarté du bilan.

c. Peut-on postposer avec des créances futures ?

Dans ce cas, la société surendettée conclut avec un créancier une convention de postposition portant sur des créances actuelles, mais également futures. Peut-on admettre de telles créances futures dans la convention de postposition?

Il faut faire preuve d'une extrême réserve à cet égard.

Tout d'abord, et cela va de soi, seules les créances existantes pourront être postposées afin de supprimer le surendettement constaté.

Le conseil d'administration peut toutefois être tenté d'intégrer, dans la convention de postposition, à côté des créances existantes, des créances futures pour le cas où le surendettement perdurerait et surtout augmenterait.

A certaines conditions extrêmement restrictives, on peut envisager une postposition portant sur une créance future. Tout d'abord, cette créance future doit être certaine et non seulement hypothétique. Elle devra être exigible dans un avenir très rapproché. De plus, cette postposition ne peut en aucune façon constituer un cas de dispense de l'obligation du conseil d'administration de prendre rapidement toutes les mesures d'assainissement adéquates.

En décidant de postposer des créances futures, le conseil d'administration devra se montrer d'autant plus vigilant. Il doit en effet prévoir concrètement les mesures qui permettront de contrebalancer non seulement le surendettement existant, mais également celui plus important qu'il prévoit et que la créance future postposée est censée bloquer. En outre, il faudra encore vérifier que le créancier postposant sera économiquement en mesure de supporter cette postposition. Ce dernier examen ne sera pas facile à réaliser puisqu'il devra être fondé sur des perspectives.

Est par contre juridiquement inacceptable, à nos yeux, une convention par laquelle un créancier accepte de postposer en bloc toutes ses créances qui naîtront dans un futur illimité.

Ce faisant, les parties contreviendraient clairement au but assigné à la postposition par l'article 725 al. 2 CO, puisque la postposition ne peut être conçue que comme une solution extrême devant permettre au conseil d'administration d'agir rapidement, sur la base d'un programme concret, pour surmonter un passage difficile pour la société mais, à vue humaine, temporaire.

Enfin, la postposition générale des créances futures contreviendrait par ailleurs à d'autres principes juridiques tels que l'interdiction de conclure des engagements excessifs au sens de l'article 27 al. 2 CC. De plus, le créancier postposant prendrait, dans un tel accord, un risque économique insupportable pour lui-même.

c. Durée du contrat – caractère irrévocable

La postposition n'est pas une mesure d'assainissement en soi. Elle confère à la société débitrice un sursis au paiement qui doit lui permettre de s'assainir. Une postposition qui ne serait pas liée à un plan immédiat, concret et réaliste d'assainissement serait ainsi juridiquement contestable et pourrait engager la responsabilité civile de ceux qui l'ont conclue.

Dès lors, toute considération sur la durée de la postposition doit évidemment se fonder sur la durée nécessaire à la réalisation des mesures d'assainissement. Or, la durée de ces mesures ne peut jamais être estimée précisément. En conséquence, le contrat de postposition devrait être conclu pour une durée illimitée.

Par sa nature, la convention de postposition n'est pas révocable. Autrement dit, les parties ne peuvent pas convenir librement de lui mettre fin de façon anticipée, à savoir avant la fin du surendettement. En effet, la postposition n'implique pas seulement le créancier postposant et la société débitrice. Elle s'inscrit dans un processus qui va au-delà de l'accord conclu par ces parties et met en jeu aussi bien le conseil d'administration que l'assemblée générale qui aura été saisie selon l'article 725 al. 1 CO. De plus, les créanciers de la société, surtout ceux qui apparaissent après la postposition, doivent pouvoir compter sur la stabilité de celle-ci.

Ainsi, le caractère illimité dans le temps de la postposition implique que la convention déploiera ses effets tant que le surendettement durera et, en cas de faillite de la société, tant que tous les créanciers n'auront pas été entièrement désintéressés.

Une partie de la doctrine est toutefois d'avis que le sursis, à savoir la renonciation à l'exigibilité de la créance, pourrait être limité dans le temps, en d'autres termes, que la postposition pourrait faire l'objet d'un délai.

Les considérations émises ci-dessus quant au caractère illimité et irrévocable de la postposition s'opposent à notre avis à la fixation d'un délai dans une convention de postposition. Les auteurs qui sont d'un avis contraire estiment que le délai doit être suffisamment long pour permettre à la société de supprimer son surendettement.

Evidemment, si le délai a permis à la société de se redresser, personne n'élèvera de griefs à l'encontre de la convention de postposition.

Cependant, dans le cas contraire, à l'échéance du délai, la société toujours surendettée, devra aviser le juge selon 725 al. 2 CO et le juge prononcera sa faillite. Les créanciers pourront alors reprocher aux organes de la société d'avoir fixé un délai trop court à la convention de postposition, délai qui aura pu bloquer la société dans son processus de redressement. Pire même, il est concevable qu'à l'échéance du délai, le surendettement ait encore augmenté par rapport à ce qu'il était au moment où la convention de postposition a été conclue. On imagine, dans ces cas de figure, que des organes de la société puissent avoir leur responsabilité engagée en raison du délai attribué à la postposition.

d. Exigibilité progressive de la créance postposée

Quel sort donner à la partie de la créance supérieure au surendettement, c'est-à-dire à la partie de la créance dont la postposition ne se justifie plus au regard de l'article 725 al. 2 CO? Faut-il attendre que toute la créance soit libérée de la postposition pour payer le créancier? Peut-on au contraire déjà lui verser le montant libéré?

Des auteurs, s'inspirant de la législation bancaire (art. 11 OLB), estiment qu'il est tout à fait concevable de prévoir un remboursement par étapes de la part libérée d'une créance postposée, à savoir la partie de la créance qui est supérieure au surendettement.

Pour ces auteurs, cette manière de faire répond aux exigences de la prudence et protège suffisamment les créanciers. D'autre part, ils estiment que les créanciers seront plus enclins à consentir la postposition de leur créance dans ces conditions.

En tout état de cause, il est indispensable de vérifier si la situation financière de la société autorise un tel amortissement compte tenu des risques d'une aggravation imprévisible du surendettement. De plus, un remboursement partiel ne doit d'aucune façon mettre en danger le processus d'assainissement ni inquiéter les créanciers existants et potentiels.

D'autres auteurs ont par contre des doutes quant à ce dégrèvement progressif de la créance, d'une part parce qu'il revient à priver la société de moyens dont elle aura encore besoin pour s'assainir, étant rappelé que la fin du surendettement n'implique pas encore un assainissement suffisant, d'autre part parce qu'il est source de complications. En effet, si après une première amélioration, la situation de surendettement se détériore à nouveau, le solde de la créance postposée sera insuffisant. Dès lors, le dégrèvement partiel apparaît comme un exercice d'équilibriste peu compatible avec la sécurité dont doit disposer le conseil d'administration pour mener à bien son opération d'assainissement. Tout au plus, le paiement partiel pourrait être envisagé, lorsque, à l'évidence et avec certitude, le solde de la créance demeurant postposé suffit à garantir au conseil d'administration la marge de manœuvre nécessaire à la poursuite de l'assainissement.

III. Effets de droit matériel

1. Garanties

Une créance postposée ne peut pas, ultérieurement, être garantie par la société débitrice, garantie telle que constitution d'un droit de gage. Par sa nature, la postposition s'oppose à toute garantie de la part de la débitrice en faveur de la créance postposée.

Que faire si le créancier bénéficie déjà, avant la postposition, de garanties concédées par la débitrice ? Dans ces conditions, la convention de postposition devrait prévoir que les garanties sont suspendues aussi longtemps que la postposition est en vigueur.

2. Cession

La cession de la créance comporte également la postposition de celle-ci. Le cessionnaire acquiert donc une créance postposée. La société débitrice fera valoir, au besoin, la postposition en invoquant l'art. 169 CO.

3. Compensation

Une créance postposée ne peut être compensée, puisque la compensation est un mode de paiement.

Toutefois, en cas de faillite du créancier, la compensation de la créance postposée doit être possible, car, dans le cas contraire, la société débitrice se trouverait plus mal placée que si la convention de postposition n'avait pas été conclue.

En effet, elle ne recevrait, dans la faillite du créancier postposant, qu'un dividende alors qu'elle-même, le jour où la postposition tombera, devra payer l'intégralité de sa dette à la masse en faillite du créancier postposant.

IV. Les obligations de l'organe de révision

Dans un arrêt daté du 13 novembre 2002, le Tribunal fédéral a précisé les obligations incombant à l'organe de révision en cas de postposition. « Afin d'éviter l'avis au juge en cas de surendettement, il est possible d'utiliser le moyen de la postposition. L'organe de révision doit alors vérifier sa validité, la respectabilité du créancier postposant et l'éventuel risque de conflits d'intérêts» (ATF 129 III 129).

1. La validité de la convention de postposition

L'organe de révision doit d'abord s'assurer que la postposition est opportune et efficace en appréciant les chances réelles d'assainissement de la société surendettée. En effet, si la postposition devait s'avérer inefficace, elle aurait pour conséquence de péjorer la situation des créanciers, l'avis au juge ayant été retardé et de nouvelles pertes ayant été depuis lors éprouvées. Par là, l'organe de révision engagerait sa responsabilité.

Il devra ensuite contrôler le montant de la créance postposée et s'assurer que celui-ci est suffisant. Pour ce faire, il devra faire preuve de prudence, dans les termes définis ci-dessus.

2. La solvabilité du créancier

Pour que la postposition écarte le surendettement et dispense d'aviser le juge, le postposant doit être en mesure de la supporter financièrement. Il doit pouvoir perdre l'entier de sa créance dans la liquidation sans

tomber lui-même en faillite. A défaut, les créanciers du postposant, en cas de faillite de ce dernier, pourraient ouvrir une action en révocation de la postposition, autrement dit obtenir du juge son annulation.

Rappelons que l'action révocatoire prévue dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) vise notamment les donations faites par le débiteur dans l'année qui a précédé la faillite ou tous les actes faits par le débiteur dans les 5 ans qui précèdent la faillite dans l'intention reconnaissable par l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers au détriment des autres (art. 285 et suivants LP).

3. Conflit d'intérêts

L'organe de révision devra enfin s'assurer qu'il n'y a aucun conflit d'intérêts entre les parties au contrat de postposition qui aurait pour effet de les léser. En effet, comme on l'a vu au point II.1.b, il convient de s'assurer, dans une telle situation, que les personnes ayant signé le contrat de postposition en avaient la compétence.

4. Conséquences

S'il constate que les exigences précitées ne sont pas respectées, l'organe de révision a le devoir de procéder à l'avis prescrit par l'article 729b al. 1 CO (ATF 129 III 129).

Rappelons également que selon l'alinéa 2 de l'article 729b précité, en cas de surendettement manifeste, l'organe de révision est tenu d'aviser le juge si le conseil d'administration omet de le faire.

CONCLUSIONS

La postposition est une construction complexe qui a été consacrée il y a une dizaine d'années seulement dans le droit suisse de la société anonyme, et qui a, jusqu'à aujourd'hui, peu occupé les tribunaux. Toutefois, devant son importance pratique grandissante, il est à prévoir que la jurisprudence et la doctrine seront amenées à préciser les contours de la postposition, et c'est pourquoi il faut en l'état faire preuve d'une certaine prudence dans son utilisation.

Comme nous l'avons vu tout au long de cette étude, la postposition, outil encore méconnu, est une solution non sans risque, puisqu'elle maintient temporairement une société, en proie à des difficultés, dans un état quelque peu artificiel. C'est ici le lieu de rappeler que face à une situation de surendettement, le conseil d'administration ou un créancier est également habilité à demander l'ajournement de la faillite, faculté octroyée par l'article 725a CO.

REMARQUE

L'auteur de ce texte s'est inspiré des récents arrêts du Tribunal fédéral et de la doctrine, sans toutefois citer ses auteurs, ni relever précisément leurs controverses.

En raison de la complexité et de la nouveauté du droit de la postposition, ce texte ne peut être utilisé pour apprécier, dans un cas d'espèce, la validité d'une postposition.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

1. Bastons Bulletti Françoise, La postposition de créance selon l'article 725 alinéa 2 CO, RFJ « Le droit en mouvement », numéro spécial, 2002.
2. Böckli Peter, Nouveautés relatives à la responsabilité de l'organe de révision, Schulthess, 1995.
3. Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2^e éd., Schulthess, 1996.
4. Druey Jean-Nicolas, Kapitalverlust und Überschuldung, EC 88, p. 99ss.
5. von Greyerz Christoph, Zum Rangrücktritt, SAS 1983, p. 27ss.
6. Jaques Charles, Le « rang » des créances dans l'exécution forcée : le cas de subordination de créance (postposition), thèse Lausanne 1999.
7. Kistler Bruno, La postposition, EC 96, p. 479ss.
8. Pestalozzi Anton, Rangrücktritt oder Benachrichtigung des Richters, SAS 1992, p. 180ss.
9. Schmid Nicklaus, La responsabilité pénale du réviseur, Chambre fiduciaire, vol. 149, 1997.
10. Stoffel Walter, Le conseil d'administration et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, in le nouveau droit de la SA, CEDIDAC 23, 1993.
11. Witmer Jörg, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Chambre fiduciaire, vol. 162, 1999.
12. Communication professionnelle n° 7 de la Chambre fiduciaire, 1996.
13. Manuel suisse d'audit 1998, tome 2, Chambre fiduciaire.
14. Manuel suisse de révision comptable, Chambre fiduciaire.