CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Droit des sociétés

La Chambre fiduciaire suisse modifie son modèle-type de convention de postposition

Par Olivier Hari le 15 février 2012

Le 14 novembre 2011, la Chambre fiduciaire suisse a publié une modification du modèle-type de convention de postposition. Un commentaire de la modification précitée est également paru, et le chapitre correspondant du Manuel suisse d'audit, tome I, a également été modifié en conséquence. Un exemple de rapport de révision a également été publié.
Pour rappel, en application de l'art. 725 al. 2 CO, le Conseil d'administration est autorisé à renoncer à aviser le Juge compétent du surendettement de la société, même si les dettes sociales ne sont plus couvertes par l'actif social, dans la mesure où des créanciers de la société acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société. Il s'agit du principe de postposition, que la loi ne définit pas – en l'état à tout le moins – plus en détail.
La Chambre fiduciaire suisse, dans son rapport, rappelle la définition, le but, la forme, l'importance, les effets de la postposition, ainsi que sa délimitation par rapport à l'abandon de créances. Il nous a paru utile de rappeler certaines caractéristiques de la postposition, à une époque où l'économie ralentit et où de nombreuses sociétés du tissu économique suisse se trouvent dans une situation difficile.

- La postposition doit être irrévocable et valoir non seulement en cas de faillite ou d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs mais également en cas de sursis concordataire.
- La convention de postposition doit préciser si le remboursement des intérêts est également concerné par la postposition.
- La postposition permet à une société surendettée de poursuivre son activité dans l'optique d'un assainissement. Une postposition ne règle aucunement les difficultés de trésorerie.
- Pendant toute la durée de la postposition, la créance ne peut pas être remboursée par la société.
- La convention de postposition, qui constitue un acte juridique bilatéral, doit être passée en la forme écrite, pour des raisons de preuve.
- La postposition doit être convenue pour une période illimitée, et il doit être prévu qu'elle ne peut être supprimée que s'il ressort d'un bilan audité – selon les normes d'audit suisse – que les actifs couvrent l'intégralité des engagements de la société, y compris toutes les créances postposées.
- Il est possible d'abandonner une créance postposée ou de convertir cette créance en capital propre.

- Une postposition peut être supprimée à concurrence du montant pour lequel un autre créancier social se déclare prêt à accorder une postposition.
- En principe, et à défaut de convention contraire, toutes les créances postposées sont réputées avoir le même rang.
- Une postposition consentie par un créancier étranger et sa validité s'examinent en application du droit suisse, sauf si le droit étranger du créancier prévoit des formes plus strictes qui cas échéant doivent être respectées.

Délimitation par rapport à l'abandon de créance

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

Les modifications dans le détail

La première modification de la convention de postposition de la Chambre fiduciaire est la suivante : « en cas de déclaration de faillite (art. 175 et 192 LP) et d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs (art. 317 LP), le créancier renonce à faire valoir les créances précitées dans le mesure où le produit de la réalisation est nécessaire à l'extinction complète de toutes les prétentions des autres créanciers sociaux et aux paiements de frais éventuels de liquidation, de sursis ou de faillite ».
La seconde modification concerne la résiliation de la convention de postposition :
« Cette convention ne peut être résiliée par les parties que s'il ressort d'un bilan (intermédiaire) audité selon les normes d'audit suisse, que les actifs couvrent l'intégralité des engagements de la société y compris toutes les créances postposées. Si la société fait l'objet d'un contrôle ordinaire, il suffit à cet effet que le rapport succinct d'organe de révision ne fasse pas mention de l'art. 725 al. 2 CO. »
La Chambre fiduciaire motive le besoin de modification de son modèle-type de convention de postposition par les arrêts du Tribunal fédéral 4A_277/2010, 4A_478/2008 et 4C.58/2007 par lesquels le Tribunal fédéral a décidé que le montant des postpositions obtenues est imputé aux organes responsables lors du calcul du dommage qu'ils ont occasionné.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Olivier Hari, La Chambre fiduciaire suisse modifie son modèle-type de convention de postposition, publié le 15 février 2012 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/791/