

**Jodok Wicki**

Dr en droit, avocat  
 CMS von Erlach Henrici AG, Zurich  
 www.cms-veh.com

# Echec du redressement – remboursement des honoraires de l'organe de révision et des consultants?

En cas d'échec d'un redressement, les spécialistes mandatés risquent de devoir rembourser à la masse en faillite les honoraires perçus. Un arrêt récent du Tribunal fédéral semble réduire le risque pour les organes de révision. Une facturation régulière et le versement d'avances pour les travaux permettent de diminuer le risque également pour les autres consultants.

## Aperçu des conditions de responsabilité

Selon l'art. 285 LP, les actions révocatoires ont pour but de soumettre à l'exécution forcée des biens qui lui ont été soustraits par suite d'un acte mentionné aux art. 286 à 288 LP. On distingue l'action révocatoire pour libéralités, pour surendettement et pour dol. **L'action révocatoire pour libéralités** permet de révoquer toute disposition à titre gratuit faite dans l'année précédant l'ouverture de faillite,<sup>1</sup> respectivement toute transaction dont le prix était notablement inférieur à la contre-prestation. **L'action révocatoire pour surendettement** est possible si, dans l'année qui précède la saisie ou l'ouverture de la faillite, des sûretés ont été constituées pour des dettes existantes que le débiteur ne s'était pas auparavant engagé à garantir, si des paiements ont été opérés avec des moyens de paiement inhabituels ou si des dettes non échues ont été réglées. De plus, les actes soumis à révocation pour surendettement peuvent également avoir des conséquences pénales selon l'art. 167 CP.<sup>2</sup> Par contre, **l'action révocatoire pour dol** se distingue par un champ d'application nettement plus large. Ainsi, sont révocables: «Tous les actes faits par le débiteur dans les cinq ans qui précèdent la saisie ou la déclaration de faillite dans l'intention

En raison de la crise économique actuelle, de nombreuses sociétés vont se retrouver dans une situation critique. En règle générale, elles miseront sur le soutien de la part de spécialistes externes afin de maîtriser les difficultés. En fonction de la situation de base, il s'agira de spécialistes en redressement d'entreprises, d'experts-comptables, de spécialistes des questions de financement ou encore de spécialistes en cession d'entreprises. Durant une crise, l'organe de révision joue toujours un rôle important. D'une part, la société doit disposer de paramètres actuels et révisés pour les négociations avec les banques et, d'autre part, la loi demande que l'organe de révision intervienne dans plusieurs cas. Les prestations de services de tels spécialistes sont fournies en échange du paiement d'honoraires. En cas d'échec des efforts de redressement, l'instrument de **l'action paulienne** selon l'art. 288 LP représente un risque accru de remboursement des honoraires perçus. L'article ci-après a pour objectif de présenter dans quel cas un tel risque de remboursement existe et comment il est possible de le réduire.

reconnaissable par l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers au détriment des autres.»<sup>3</sup>

En d'autres termes, il faut qu'il y ait (1) une intention de la part du débiteur de porter préjudice aux autres créanciers par le paiement à un créancier particulier, (2) que le créancier particulier puisse reconnaître cette intention et (3) que les autres créanciers soient effectivement lésés.

Le Tribunal fédéral précise dans sa jurisprudence que la révocation n'a pas pour but de rendre «toutes les tentatives de sauver un débiteur impossibles ou très dangereuses» et il reconnaît qu'il est dans l'intérêt des créanciers «que des tiers tentent d'aider le débiteur sans pour autant risquer, en cas d'échec de ces efforts, de devoir rembourser la rémunération obtenue pour leurs prestations».<sup>4</sup> Toujours est-il que la jurisprudence des tribunaux cantonaux et du Tribunal fédéral a étendu, au cours de ces dernières années, le champ d'application de la révocation pour dol à des faits qui ne sont pas automatiquement évidents et qui débouchent régulièrement sur le fait que des conseillers se voient contraints de rembourser les honoraires qui leur avaient été versés. C'est la raison pour laquelle le présent article ne traitera que les trois conditions relatives à la révocation pour dol.

## Intention de nuire

L'on est en présence d'une intention de nuire de la part du débiteur lorsque ce dernier pouvait et devait prévoir que l'acte en cause (il s'agit ici régulièrement du paiement d'honoraires) nuirait à ses créanciers ou avantagerait certains créanciers aux dépens des autres. Il n'est pas nécessaire que le débiteur ait véritablement l'intention de nuire à certains créanciers, respectivement d'en avantager d'autres. Pour le Tribunal fédéral au contraire, il suffit que le débiteur ait pu et ait dû prendre conscience de ce fait tout en s'accommodant du fait que son acte pourrait avoir pour conséquence naturelle de nuire à des créanciers.<sup>5</sup> Contrairement à la teneur de la loi, on ne peut donc plus parler de véritable révocation pour dol. Cette condition a plutôt été élargie en dol éventuel afin d'obtenir un traitement équitable élargi des créanciers. Etant donné que l'intention du débiteur est un fait interne et qu'elle ne peut donc, en tant que tel, que difficilement être reconnue, les tribunaux se basent, en cas de procès, sur des indices qui semblent démontrer l'intention concernée.

## Reconnaissance

Les tribunaux admettent que le créancier pouvait reconnaître l'intention de nuire du débiteur si, en faisant preuve de l'attention qui était nécessaire dans le cas concret, il pouvait la reconnaître sans négligence. Le Tribunal fédéral se contente toutefois du fait que le créancier, «en faisant preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'attendre de sa part, aurait pu et aurait dû prévoir la volonté de nuire aux créanciers en tant que conséquence naturelle de l'acte considéré.»<sup>6</sup> Là aussi, on reconnaît sans peine qu'il ne faut pas grand chose pour qu'un créancier reconnaisse certains indices qui peuvent faire penser que le débiteur est en train de s'accommoder du fait qu'il le favorise lui-même, respectivement qu'il défavorise d'autres créanciers.

## Préjudice

Si une société tombe finalement en faillite ou voit son concordat homologué, l'élément du préjudice subi sera en règle générale établi étant donné que les créances des créanciers ne seront pas entièrement couvertes et que le paiement effectué réduit la masse en faillite.<sup>7</sup> Selon la jurisprudence en vigueur par contre, on peut exclure l'existence d'un préjudice si l'acte juridique en question se base sur un échange contre une prestation de même va-

leur,<sup>8</sup> par exemple lorsque le débiteur achète au créancier une prestation en nature au prix du marché dans le cadre d'une affaire «donnant-donnant». Dans un tel cas, on présume que le bien acheté est transféré dans les actifs du débiteur et que le produit de sa vente sera à la disposition des créanciers en cas de vente forcée dans le cadre d'une procédure de faillite.

## Particulièrement exposés: les organes de révision et les consultants

Comme on le comprend aisément sur la base de la pratique judiciaire susmentionnée, les organes de révision et les consultants qui interviennent en cas de crise sont particulièrement exposés. En s'assurant leur collaboration, le débiteur prouve qu'il est conscient que sa situation est critique et les spécialistes mandatés obtiennent le plus souvent, dans le cadre de leur mandat, une image détaillée de la situation économique et financière du débiteur. Il n'est pas étonnant que les révocations se soient multipliées contre les honoraires perçus par ces derniers. C'est pourquoi il est prévu de discuter ci-après de cinq questions spéciales qui se posent de plus en plus souvent dans ce contexte.

### Equivalence

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, un préjudice peut être exclu dans certaines circonstances si la prestation du débiteur est échangée contre une contre-prestation de même valeur.<sup>9</sup> La jurisprudence limite cependant ce principe d'échange aux prestations en nature, sans doute en raison de la considération dépassée selon laquelle le bien acquis par le débiteur apparaît sous forme d'actif dans son bilan et qu'il pourra donc être vendu dans le cadre de la faillite au bénéfice de l'ensemble des créanciers.

La limitation à des prestations en nature semble toutefois inadéquate pour plusieurs raisons.

**Premièrement**, les biens subissent régulièrement une perte de valeur massive en cas de faillite. Selon les cas, il se peut qu'un certain bien ne puisse même pas être vendu, par exemple des pièces particulières d'une machine qui passe à la casse en raison de la cessation de la production. **Deuxièmement**, la jurisprudence mais aussi la doctrine prévoient qu'en cas de prestations en nature, l'ensemble du prix d'achat (conforme aux conditions du marché) payé par le débiteur est exclu de la révocation, indépendamment de l'ampleur de la perte que subit le bien en cas de faillite. Une distinction ne serait guère praticable et aurait des conséquences catastrophiques pour la sécurité des

transactions. Mais si l'on traite sur un pied d'égalité des prestations en nature dont la valeur de réalisation en cas de faillite varie énormément, on peut se demander ce qui justifie un tel privilège accordé aux fournisseurs de biens alors que les fournisseurs de prestations de services ne peuvent en bénéficier. Et **troisièmement**, finalement, on ignore ainsi tout simplement l'évolution de l'économie qui passe de plus en plus du secteur secondaire au secteur tertiaire. Aujourd'hui, les entreprises ont besoin pour leur fonctionnement non seulement des biens mais également des «produits» issus de prestations intellectuelles, qu'il s'agisse de conseils de révision ou fiscaux ou encore de services financiers. Le caractère artificiel et l'irrecevabilité de la distinction entre biens et services deviennent ainsi évidents lorsqu'une entreprise achète à un tiers un logiciel plutôt que de mandater un programmeur de développer le programme en question.

Etant donné que les tribunaux ne reconnaissent pas encore les prestations de services en tant que contre-prestations de même valeur, les prestataires de services sont soumis à un risque de révocation nettement plus élevé que ce n'est le cas des fournisseurs de biens.

### Comité de redressement

Les entreprises en crise nomment parfois un comité de redressement censé réunir les expériences et des savoir-faire particuliers de ses membres dans l'intérêt de l'entreprise. Une des tâches du comité de redressement sera également souvent de garantir que seuls les paiements absolument nécessaires à la poursuite des activités de l'entreprise soient effectués. L'objectif est de créer, par la poursuite des activités de l'entreprise, les bases qui permettront ensuite à l'entreprise de maîtriser la crise, ce qui permet également d'éviter aux créanciers la perte pure et simple de leurs créances (ou du moins de réduire cette perte). Lorsqu'un comité de redressement qualifie un paiement comme absolument nécessaire à la poursuite des activités de l'entreprise, cela devrait en fait exclure l'intention du débiteur de privilégier certains créanciers aux dépens des autres. En effet, le paiement a lieu justement en vue de protéger la communauté des créanciers en permettant la poursuite des activités de l'entreprise. Et si le créancier devait avoir connaissance de la décision du comité de redressement, cela devrait également exclure la question de la reconnaissance.

Toutefois, l'auteur n'a pour l'instant connaissance d'aucun arrêt d'un tribunal suisse dans le cadre duquel le tribunal aurait examiné la révocabilité d'un paiement sur la base de son autorisation par un comité de redressement. Même si un comité de redressement compétent et doté

d'objectifs clairs peut constituer une mesure judicieuse en cas de crise, il n'est pour l'instant pas certain que l'autorisation de paiement émise par la commission protégera finalement cette mesure contre une action en révocation.

### Nécessité des prestations de services, en particulier dans le cas de l'organe de révision

Une action révocatoire contre les honoraires perçus par l'organe de révision pour des travaux que ce dernier a effectués conformément au mandat légal semble particulièrement choquante. Un arrêt du Tribunal fédéral du mois d'avril de l'année dernière l'a en effet reconnu tout en précisant: «En se fondant exclusivement sur l'expérience de la vie – ce qui relève du droit [...] – il faut admettre que la débitrice [par le paiement des honoraires pour les activités en tant qu'organe de contrôle] n'a pas agi dans le but de porter préjudice à ses (autres) créanciers. En effet, lorsque le débiteur fait procéder aux opérations légales et garantit le versement d'honoraires correspondant, ou acquitte ceux-ci une fois ces opérations accomplies, il n'agit pas dans l'intention de nuire à ses créanciers, ni objectivement n'accepte le préjudice comme conséquence possible de son acte, mais il fait exécuter et rétribue une tâche imposée par la loi et qui est dans l'intérêt de tous les créanciers. Comme la recourante n'a pas critiqué le montant facturé et payé de ce chef, son recours doit être rejeté sur ce point, sans devoir examiner la condition du caractère reconnaissable pour le bénéficiaire».<sup>10</sup>

Conformément à ces considérants du Tribunal fédéral, il n'est donc pas possible d'admettre la condition de l'intention de nuire lors du règlement des frais liés à des prestations de révision prescrites par la loi. Ceci toutefois uniquement à la condition que ces prestations ne soient pas inutiles ou dépassent les tarifs usuels.

Un organe de révision est donc bien conseillé de régler le problème des honoraires qui lui sont dus dans une convention d'honoraires et de documenter son travail de manière détaillée dans le cadre du mandat, tout comme les tâches exécutées par ses soins.

### Facturation régulière

Alors qu'il serait à l'avenir possible de nier l'intention de porter préjudice pour les honoraires de l'organe de révision, les versements pour d'autres prestations de services restent menacés. Un moyen relativement simple consiste à établir des factures à intervalles réguliers de brève durée et à surveiller rigoureusement les entrées de paiements. Il est possible ainsi de faire d'une pierre deux coups. Premièrement, on évite le cumul d'un montant important, lequel accroît le risque financier d'une éventuelle action révocatoire. Et deuxièmement, on ga-

rantit de la sorte que les factures soient payées plus tôt et présentent une antériorité accrue par rapport à une éventuelle faillite, ce qui devrait réduire le risque d'une révocation.

### Versement d'avances

Pour les prestataires de services, un des moyens permettant actuellement d'éviter la révocation de leur paiement consiste sans doute à travailler sur la base d'avances et à déclarer la compensation dans l'étendue de leurs factures. Ainsi, ils peuvent éviter de se retrouver dans la position des créanciers ordinaires non gagés dont le paiement pourrait alors être taxé d'inégalité de traitement, ce qui pourrait induire l'obligation de rembourser les prestations reçues. Il va de soi qu'il ne sera pas facile d'expliquer cela à un débiteur qui, précisément, se trouve dans une situation économique délicate. En effet, le paiement d'avances accroît les besoins de liquidités dans une situation où justement ces liquidités sont rares. Si toutefois le prestataire de services omet d'insister sur le paiement d'avances et de les reconstituer dans l'étendue requise après l'acquittement d'une facture, il court le risque, en cas d'échec des efforts de redressement, de devoir rembourser les honoraires perçus.

### Remarques finales

Les crises représentent des situations exceptionnelles pour les entreprises concernées et demandent de la part des cadres et des conseillers de l'entreprise un engagement entier. Si l'entreprise ne parvient pas à se ressaisir, les conseillers ont un risque important, en raison de l'action paulienne, de devoir rembourser des honoraires déjà perçus et aligner leurs créances sur les créances ordinaires. La jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral reconnaît tout de même que les organes de révision sont actifs conformément à une prescription légale et qui plus est dans l'intérêt des créanciers. Le paiement d'honoraires adéquats pour les travaux de révision nécessaires ne semble dès lors plus pouvoir faire dans tous les cas l'objet d'une révocation. Il faut cependant recommander aux consultants de dresser à tout le moins régulièrement des factures ou – mieux encore – de travailler exclusivement sur la base d'avances pour les entreprises qui rencontrent des difficultés économiques. ■

ses propres moyens, donné des sûretés pour une dette alors qu'il n'y était pas obligé, sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.» Alors que cette disposition ne vise pas directement le créancier avantagé, ce dernier peut également se rendre punissable pour instigation ou pour complicité.

<sup>3</sup> Art. 288 LP.

<sup>4</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mai 2008, 5A\_29/2007, cons. 5.2.

<sup>5</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mai 2008, 5A\_29/2007, cons. 4.1.; Galliker/von der Crone, Révocation pour dol et assainissement, SZW/RSDA 6/2008, 602 ss, 606.

<sup>6</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mai 2008, 5A\_29/2007, cons. 4.2.; Galliker/von der Crone, Révocation pour dol et assainissement, SZW/RSDA 6/2008, 602 ss, 609.

<sup>7</sup> Galliker/von der Crone, Révocation pour dol et assainissement, SZW/RSDA 6/2008, 602 ss, 606.

<sup>8</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mai 2008, 5A\_29/2007, cons. 3.1.

<sup>9</sup> On demande en outre que le débiteur ne dispose pas, pour cette affaire, de ses derniers actifs au détriment de ses créanciers et que son partenaire d'affaires l'ait remarqué ou aurait dû le remarquer en faisant preuve de toute l'attention que l'on peut exiger de sa part. Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mai 2008, 5A\_29/2007, cons. 3.1.

<sup>10</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 16 avril 2008, ATF 134 III 615 cons. 5.2, texte en français.

<sup>11</sup> Cf. également Camponovo, Remboursement des honoraires de l'organe de révision suite à l'action paulienne – les prestations de services de l'organe de révision n'ont-elles aucune valeur?, EC 2006, 533 ss, 536.