

CASUS 1 – QUESTIONS AU CANDIDAT (E)

Les questions qui suivent doivent bien sûr être adaptées en fonction de ce que le candidat a plaidé

- 1.- A quelle juridiction particulière pensiez-vous en préparant l'audience?

Réponse: l'art. 6 CPC permet aux cantons d'instituer un tribunal du commerce, statuant en instance cantonale unique, faculté dont les cantons de Berne et Zurich et fait usage. Il est cependant douteux qu'un tel tribunal puisse se saisir d'une action en responsabilité contre un administrateur. L'art. 6 al. 4 CPC semble cependant ménager une telle possibilité.

- 2.- La note de plaidoirie de 20 pages que vous avez préparée peut-elle être déposée sans autre?

Réponse: Sans l'accord de la partie adverse, la réponse est négative, le CPC ne ménageant pas une telle possibilité. Le plaideur est donc contraint de lire cette note en plaidoirie.

- 3.- Est-ce l'entier des cotisations sociales qui est visée par la norme pénale de l'art. 87 al. 4 LAVS?

Réponse: seule la part employé est visée.

- 4.- L'employeur qui s'acquitte après coup des cotisations sociales échappe-t-il à toute sanction pénale?

Réponse: selon la nouvelle teneur au 1^{er} janvier 2012 de l'art. 87 al. 4 LAVS, ce qui est déterminant est que l'employeur affecte les montants retenus sur les salaires à d'autres fins; qu'il les paie par la suite, passées les sommations, ne le met donc pas à l'abri de la poursuite pénale. La faillite n'est pas une condition.

- 5.- Les obligations de Georges de Malt vis-à-vis de la société sont-elles les mêmes selon qu'il endosse les fonctions d'administrateur ou de directeur salarié?

Réponse: le devoir de fidélité imposé par le droit des sociétés (art. 717 CO) est plus exigeant que celui découlant du droit du travail (ATF 140 III 409 c.3.1, 130 III 213 c.2.1; TF 16.06.2017, arrêt 4A_55/2017 c.4.2). L'existence d'un contrat de travail n'apporte donc pas grand-chose, surtout en l'absence de réel lien de subordination avec l'employeur. Il aura cependant pu être plaidé que Georges de Malt était ainsi particulièrement au courant de la marche de la société.

- 6.- Dès lors que la responsabilité de l'organe de révision est en cause, quelle question pratique vous posez-vous d'emblée?

Réponse: l'existence d'une assurance RC, qui n'est cependant obligatoire pour les réviseurs de sociétés d'intérêt public (art. 9 al. 1^{er} de la LF sur la surveillance de la révision, LSR). Pour l'anecdote, l'art. 6 al. 4 du règlement de déontologie de l'Union suisse des fiduciaires prévoit l'obligation pour ses membres de conclure une telle assurance.

- 7.- Une société anonyme suisse est-elle contrainte de se soumettre à une révision annuelle de ses comptes?

Réponse: Non: moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, la société peut renoncer au contrôle (restreint), et par voie de conséquence à désigner un organe de révision. Il n'est pas attendu du candidat qu'il connaisse les conditions auxquelles cette renonciation est possible, à savoir lorsque l'effectif de la société ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle (art. 727 a, al. 2, CO, art. 62, al.1, ORC).

- 8.- (Si cela n'a pas été plaidé) Comme conseil des demandeurs, faites-vous forcément les frais d'une expertise portant sur la quotité du dommage, avec les frais et délais que cela implique, ou est-ce que vous vous référez à la documentation comptable disponible et à l'état de collocation dressé?

Réponse: Le Tribunal fédéral a jugé que les créanciers lésés doivent requérir une expertise aux fins d'établir les valeurs de liquidation aux deux moments déterminants. Il n'incombe pas au juge de reconstituer l'état du patrimoine de la société, seul un expert disposant des connaissances techniques nécessaires (TF 4A_214/2015 c.3).

- 9.- Le comptable employé de l'entreprise peut-il voir sa responsabilité engagée parce qu'il a cessé d'œuvrer au motif que son salaire ne lui était plus payé?

Réponse: le travailleur ne promet pas un résultat, mais met sa force de travail au service de son employeur. La jurisprudence du TF reconnaît au travailleur le droit de refuser sa prestation lorsque l'employeur est en demeure de payer le salaire, même sans faute de sa part (ATF 115 V 437).

- 10.- Vous êtes consulté par des créanciers lésés, ceci alors que la faillite de la société a été clôturée faute d'actifs. Toute action contre l'administrateur et l'organe de révision est-elle perdue?

Réponse: non, mais ces créanciers doivent faire réinscrire la société au Registre du commerce et faire établir un nouvel état de collocation (TF 4A_384/2016).

- 11.- Que pensez-vous de la convention passée par Me Von Braun avec les clients de l'Etude?

Réponse: le *pactum de quota litis*, soit une convention selon laquelle les honoraires de l'avocat dépendent entièrement du résultat d'une affaire, est prohibé par l'ordre juridique suisse (art. 12 let. e LLCA).

- 12.- Un autre type de convention aurait-il été envisageable?

Réponse: l'admissibilité du *pactum de palmario*, soit lorsqu'une prime s'ajoute aux honoraires en cas de succès, est débattue. Dans l'ATF 144 III 600, le TF en a admis la

possibilité notamment aux conditions que cela ne revienne pas à contourner l'interdiction précitée (l'avocat doit réaliser un bénéfice même en cas de perte de procès) et la convention ne doit pas être passée en cours d'exécution du mandat.