

# VS\_GERICHTE C1 15 139 vom 28. Februar 2017

VS Kantonsgericht, 2017-02-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_C1\\_15\\_139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_15_139)

FR: VS\_GERICHTE C1 15 139 du 28 février 2017

IT: VS\_GERICHTE C1 15 139 del 28 febbraio 2017

## Erwägungen

### E. 2.1

Z\_\_\_\_\_ S.A., de siège à O\_\_\_\_\_, a été constituée le 27 décembre 2005. Elle avait pour but social "l'achat, l'entreposage, la distribution et la vente au détail et en gros de toutes denrées alimentaires et produits de grande consommation". Son capital-actions de 100'000 fr., entièrement libéré, était réparti sous la forme de 1000 actions nominatives avec clauses d'agrément de 100 fr. l'une. L'ensemble des actions de Z\_\_\_\_\_ SA était détenu à raison de moitié chacun par X\_\_\_\_\_ et

- 9 - Y\_\_\_\_\_, le premier assumant la fonction d'administrateur et le second celle de président du conseil d'administration ; tous deux bénéficiaient du droit de signature individuelle (extrait du registre du commerce, pièce 22, p. 89 s.).

### E. 2.2

Le 3 juin 2005, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont signé avec D\_\_\_\_\_ SA une "convention de vente et d'achat d'actions" (all. 1 [admis] et pièce 3, p. 17 ss). Celle-ci contient un exposé préliminaire, qui rappelle que X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ possèdent la totalité du capital-actions de Z\_\_\_\_\_ SA, société qui détient elle-même 1900 actions nominatives de E\_\_\_\_\_ SA et 1250 actions nominatives de F\_\_\_\_\_ SA (cf. let. A et C, p. 17 s.). Plus spécifiquement, le but de cette convention est décrit en ces termes (p. 17) : Le Groupe I\_\_\_\_\_ SA a décidé de démarcher D\_\_\_\_\_ SA pour le rachat de ses actions. Cette idée de rapprochement est née des restructurations incessantes dans le domaine de l'alimentation ainsi que de l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché suisse. La transaction devrait permettre d'assurer une transition entre l'actuel conseil d'administration et les repreneurs dans une certaine harmonie. Pour D\_\_\_\_\_ SA, cette opération représente l'acquisition, non seulement des points de vente, d'installations de magasins, mais également de capital humain bien formé à travers des indépendants responsables de leurs points de vente (...). L'art. 1er de cette convention, relatif au transfert de l'intégralité du capital-actions de Z\_\_\_\_\_ SA et du montant investi par D\_\_\_\_\_ à cette fin, était quant à lui libellé en ces termes (cf. all 2 et 56-58 [admis] et pièce 3, p. 19) : MM. Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ déclarent vendre et céder à D\_\_\_\_\_ SA qui déclare acheter la totalité du capital-actions de la société Z\_\_\_\_\_ SA selon les modalités déterminées ci-après : Le prix de vente résultera au final du décompte suivant : D\_\_\_\_\_ SA met à disposition des actionnaires actuels de Z\_\_\_\_\_ SA une enveloppe de CHF 10'000'000.- (dix millions de francs suisses) devant leur permettre de rembourser la totalité des engagements figurant au passif du bilan consolidé de Z\_\_\_\_\_ SA, à la date du 31 janvier 2005. Au terme de ces désengagements, le reliquat final équivaldra au prix de vente des actions de Z\_\_\_\_\_ SA et sera versé à MM. Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_, ce décompte final intervenant en principe d'ici au 31 janvier 2006, mais au plus tard le 31 mars 2006. La remise des titres de Z\_\_\_\_\_ SA et des

filiales à l'acquéreur s'effectuera lors de la signature de la présente convention contre le versement d'un acompte en espèces de CHF 500'000.- (cinq cent mille francs suisses) à MM. Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_. Ce montant est compris dans l'enveloppe globale de CHF 10'000'000.- (dix millions de francs suisses) précisé plus haut. D\_\_\_\_\_ SA donne tout pouvoir et appui à MM. Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ ainsi qu'au mandataire qui les conseillera pour conduire ces opérations, afin de négocier dans les meilleures conditions l'apurement du total des passifs de Z\_\_\_\_\_ SA dans son bilan consolidé.

- 10 - D\_\_\_\_\_ SA procédera au paiement de ces désengagements au fur et à mesure des accords obtenus avec les créanciers. Il est précisé que le 50 % des actions de Z\_\_\_\_\_ SA demeurent bloqués auprès d'un notaire jusqu'au 31 mars 2006, correspondant au délai cité ci-dessus. Selon le décompte établi le 12 avril 2006, les montants reçus par Z\_\_\_\_\_ SA de D\_\_\_\_\_ ("compte miroir G\_\_\_\_\_ et actionnaires") totalisaient la somme de 8'290'000 fr. à cette date, dont les 500'000 fr. versés aux actionnaires le 7 juin 2005 (all. 3 [admis] et pièce 4, p. 28).

### **E. 2.3.1**

La Fiduciaire H\_\_\_\_\_ SA, à O\_\_\_\_\_, était l'organe de révision de Z\_\_\_\_\_ SA ; elle est demeurée inscrite ès qualités au registre du commerce jusqu'au 4 juillet 2007 (pièce 22, p. 89 s.). Le 25 avril 2006, cette fiduciaire, parvenue au terme de la révision des comptes 2005/2006 des sociétés du Groupe I\_\_\_\_\_ S.A., comprenant Z\_\_\_\_\_ SA, a adressé au conseil d'administration de cette dernière société son rapport destiné à être présenté lors de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires (p. 433) de même qu'un courrier faisant état de remarques et de commentaires (pièce 24, p. 93 ss). En lien avec la convention signée le 3 juin 2005, la fiduciaire a indiqué qu'"à la date du bouclage des comptes soit le 31.01.2006, les avances faites par D\_\_\_\_\_ s'élevai[en]t à CHF 7'544'961.11 intérêts inclus (...)" (pièce 24, p. 97 s.) ; elle a également souligné que le "Groupe I\_\_\_\_\_ SA a[vait] été repris par D\_\_\_\_\_ SA à J\_\_\_\_\_ en date du 3 juin 2005" et qu'en vertu de cette convention, D\_\_\_\_\_ avait octroyé "un prêt de CHF 7'544'961 à Z\_\_\_\_\_ SA et à sa société fille E\_\_\_\_\_ SA (...)" (pièce 24, p. 99 et rapport de révision, p. 433 ; jugement entrepris, consid. 1.2, p. 4). Ont été annexés au rapport de révision notamment les bilans comparés au 31 janvier 2005 et 2006 de Z\_\_\_\_\_ SA (p. 435 ss). Au passif du bilan à la date du 31 janvier 2006 apparaît pour la première fois sous la rubrique "c/c D\_\_\_\_\_" le montant de 7'544'961 fr. ; en effet, un an auparavant, cette même rubrique affichait une valeur nulle (jugement déféré, consid. 1.2, p. 4).

### **E. 2.3.2**

Le 30 juin 2006, Y\_\_\_\_\_ a, en sa qualité de président du conseil d'administration de Z\_\_\_\_\_ SA, signé le rapport de gestion pour l'exercice 2005/2006 destiné à être présenté le même jour à l'occasion de l'assemblée générale des actionnaires de la société. Au terme de ce rapport, il a préconisé à l'assemblée d'accepter les comptes "tels [que] présentés et commentés par l'Organe de contrôle" et

- 11 - d'incorporer le résultat net de 412 fr. au bénéfice reporté de Z\_\_\_\_\_ SA (pièce 23, p. 91 s. et jugement déféré, consid. 1.2, p. 4 in fine). D'après le procès-verbal du 30 juin 2006, signé par Y\_\_\_\_\_ en tant que président et X\_\_\_\_\_ en qualité de secrétaire ad hoc, l'assemblée générale des actionnaires, après avoir pris connaissance du rapport de gestion et du rapport de l'organe de révision commenté, a accepté à l'unanimité les comptes

présentés par le conseil d'administration. Ce procès-verbal indique également qu'en conformité de la convention signée le 3 juin 2005 avec D\_\_\_\_\_, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont remis leur démission au conseil d'administration, leur mission de désengager Z\_\_\_\_\_ SA ayant été remplie, et qu'une assemblée générale extraordinaire serait convoquée ultérieurement par le nouvel actionnaire (i.e. D\_\_\_\_\_) pour procéder aux nominations statutaires, les "administrateurs démissionnaires assum[ant] la gestion intérimaire jusqu'à la désignation de nouveaux Organes et l'établissement d'un décompte final de transition" (all. 59-60 et pièce 26, p. 106 s. ; jugement de première instance, consid. 1.2 in fine, p. 5).

#### **E. 2.4**

Début juillet 2007, la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA, à J\_\_\_\_\_, est devenue l'organe de révision de Z\_\_\_\_\_ SA et a été inscrite ès qualités au registre du commerce, en remplacement de la Fiduciaire H\_\_\_\_\_ SA (cf. supra, consid. 2.3.1). Le 11 juin 2007, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont signé la "déclaration d'intégralité de [Z\_\_\_\_\_ SA] à l'attention de la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA relative aux comptes annuels de l'exercice 2006" (recte : 2006/2007). Aux termes de cette déclaration, les signataires ont reconnu être conscients que la responsabilité de l'établissement des comptes annuels leur incombait ; ils ont également confirmé avoir fourni à la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA dans le cadre de sa révision des comptes annuels au 31 janvier 2007 tous les renseignements utiles (all. 62 et 67 et pièce 21, p. 83). Etaient joints à cette déclaration les comptes annuels de Z\_\_\_\_\_ SA signés, comprenant le bilan, le compte de pertes et profits et l'annexe. Au passif du bilan apparaît, sous la rubrique "D\_\_\_\_\_, compte courant", le montant de 7'544'961 fr. à la date du 31 janvier 2006 (cf. supra, consid. 2.3.1 in fine) et celui de 5'025'371 fr. à la date du 31 janvier 2007 (all. 78 [admis] et pièce 21, p. 85). Le 11 juin 2007, la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA a établi en neuf exemplaires son rapport de révision, aux termes duquel elle recommandait à l'assemblée générale d'approuver les comptes annuels 2006/2007 qui lui avaient été soumis, ceux-ci étant conforme à la loi suisse et aux statuts (p. 439 ss).

- 12 -

#### **E. 2.5.1**

A l'appui de leur action en contestation de l'état de collocation, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont avancé s'être rendus compte que la comptabilité de Z\_\_\_\_\_ SA ne correspondait pas à la convention signée le 3 juin 2005 avec D\_\_\_\_\_, les montants obtenus ayant été inscrits faussement comme des avances reçues de cette société et non comme des montants investis par eux-mêmes ; par ailleurs, des intérêts et des "management fees" avaient été comptabilisés, ce que la convention ne prévoyait aucunement (cf. all. 11 à 14 [contestés]). Selon eux, ils auraient ainsi "rapidement manifesté l'intention de modifier les comptes de [Z\_\_\_\_\_ SA] au 31 janvier 2007" (all. 16 [contesté]). En fait de rapidité, le conseil d'administration de Z\_\_\_\_\_ SA a, par télécopie du 13 septembre 2007, communiqué à la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA son souhait de modifier ses comptes au 31 janvier 2007 (pièce 7, p. 31). Réagissant le lendemain également par télécopie, cette fiduciaire a pris note des modifications demandées et écrit ce qui suit (pièce 7, p. 31) : Afin d'accéder à votre demande, nous vous prions d'obtenir et nous transmettre des confirmations écrites de D\_\_\_\_\_ en reconnaissance des nouvelles positions suivantes :  
■ La créance qui figurerait sous « débiteur D\_\_\_\_\_ - prêt » pour CHF 3'000'000 ■ Le montant du c/c créancier actionnaire qui représenterait CHF 7'340'000 ■ Les montants en

litige pour CHF 685'371 (management fees et intérêts) Par ailleurs, nous entendons obtenir en retour les 9 rapports d'organe de révision qui vous ont déjà été remis. Enfin, vous pouvez préparer à notre attention de nouveaux exemplaires des comptes annuels à signer par le Conseil d'administration. A réception des documents demandés (confirmation D\_\_\_\_\_, comptes signés et rapports), nous émettrons très volontiers les nouveaux rapports de révision et corrigerons, en conséquence, les comptes consolidés (...).

### E. 2.5.2

C'est dans ce contexte que X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont procédé à des écritures comptables correctives (all. 18 et pièces 9 et 10, p. 36 ss). Comme exposé dans le rapport de gestion du conseil d'administration de Z\_\_\_\_\_ SA du 21 septembre 2007, l'intitulé du compte "D\_\_\_\_\_, compte-courant" figurant au passif du bilan pour un montant de 7'340'000 fr. au 1er février 2007 a été renommé "c/c créanciers actionnaires Y\_\_\_\_\_ & X\_\_\_\_\_", tandis que les montants correspondant aux "managements fees" (303'471 fr.) et aux intérêts (381'900 fr.) à la même date ont été consignés dans des comptes de provisions (pièce 8, p. 32 ss). Cette nouvelle situation comptable a été présentée à l'occasion de l'assemblée générale des actionnaires de Z\_\_\_\_\_ SA tenue le 21 septembre 2007 à

- 13 - O\_\_\_\_\_, à laquelle ont notamment pris part des représentants de D\_\_\_\_\_, "invités dans le cadre de l'application de la convention de vente" du 3 juin 2005. Le procès-verbal de la séance du 30 juin 2006 a été approuvé, étant précisé que les démissions de X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ avaient été annulées, "car les obligations incombant à D\_\_\_\_\_ n'[avaient] pas été entièrement remplies, ce qui n'a[vait] pas permis de procéder au transfert définitif des actions". A cette occasion également, le représentant de la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA a déclaré que les modifications apportées par Z\_\_\_\_\_ SA à ses comptes ne permettaient pas à l'organe de révision de valider ceux-ci et nécessitaient l'obtention d'une confirmation écrite de D\_\_\_\_\_. A la suite de la prise de position du réviseur, les nouveaux comptes annuels de Z\_\_\_\_\_ SA n'ont pas pu être approuvés par l'assemblée générale et décision a été prise de convoquer une nouvelle assemblée dès que le nouveau rapport de révision aura pu être établi (all. 19 ss et pièce 11, p. 46 s. ; jugement déféré, consid. 1.5, p. 6). Par télécopie adressée le 1er octobre 2007 à Z\_\_\_\_\_ SA, la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA a tout d'abord rappelé que la présentation des comptes annuels incombait au conseil d'administration et que celui-ci lui avait remis le 11 juin 2007 des comptes pour révision (cf. supra, consid. 2.4). Les événements postérieurs à l'établissement de ces comptes et qui conduisaient désormais le conseil d'administration de Z\_\_\_\_\_ SA à "vouloir changer la présentation des états financiers" nécessitaient un examen attentif de la part de l'organe de révision, dans la mesure où il s'agissait d'"écritures complémentaires matérielles" ; en conséquence, la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA a derechef demandé l'obtention des reconnaissances des trois nouvelles positions indiquées dans leur fax du 14 septembre 2007 (cf. supra, consid. 2.5.1) "afin d'établir, le cas échéant, un nouveau rapport de révision dans les meilleurs délais" (pièce 12, p. 42 s.). Réagissant le 25 du même mois, Z\_\_\_\_\_ SA a avisé la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA qu'elle allait lui remettre "copie des demandes de confirmation de solde" adressées à D\_\_\_\_\_, qu'elle contestait toujours les "management fees" de D\_\_\_\_\_ et souligné que les comptes modifiés remis le 14 septembre 2007 relataient "la réalité économique et juridique" en relation avec l'application de la convention du 3 juin 2005 avec D\_\_\_\_\_. Z\_\_\_\_\_ SA demandait par conséquent à la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA de délivrer son nouveau

rapport de révision au plus vite (pièce 6, p. 30).

- 14 - Par la suite, D\_\_\_\_\_ n'a jamais donné son accord aux modifications comptables et la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA n'a pas établi de nouveau rapport de révision en relation avec les comptes de l'exercice 2006/2007 de Z\_\_\_\_\_ SA (jugement déferé, consid. 1.5, p. 7).

### **E. 2.5.3**

Selon le jugement de première instance (cf. consid. 1.5, p. 7), une assemblée générale extraordinaire des actionnaires de Z\_\_\_\_\_ SA a été aménagée le

### **E. 2.5.4**

Estimant que l'objectivité et l'impartialité de la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA n'étaient plus données, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont convoqué une assemblée générale extraordinaire des actionnaires pour le 20 février 2008 (all. 30 et pièce 13, p. 44 s.). Celle-ci a eu lieu à L\_\_\_\_\_ en présence des deux prénommés, mais sans les représentants de D\_\_\_\_\_ ni de la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA. Le procès-verbal de cette assemblée indique que cette dernière a été remerciée pour sa collaboration mais que son mandat d'organe de révision n'était pas renouvelé ; la Fiduciaire B\_\_\_\_\_ SA a été désignée en remplacement (pièce 13, p. 44 s.). Elle n'a en revanche jamais été inscrite au registre du commerce en qualité d'organe de révision de Z\_\_\_\_\_ SA (all. 52 [admis] et extrait du registre du commerce sous pièce 22, p. 90). La Fiduciaire B\_\_\_\_\_ SA a, le 17 avril 2008, procédé à la révision des "comptes consolidés" 2007/2008 du Groupe I\_\_\_\_\_ SA. Au passif du bilan au 31 janvier 2008 figure le poste "Dettes envers MM Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ " pour le montant de 5'329'445 fr. ; ce même poste se montait à 5'025'371 fr. au 31 janvier 2007 (all. 32 ss et pièce 14, p. 46 ss ; jugement entrepris, consid. 1.5, p. 7 in fine et s.).

### **E. 2.6**

La juridiction précédente a par ailleurs indiqué dans son jugement qu'il ressortait de l'extrait bancaire du 20 décembre 2012 de la Banque G\_\_\_\_\_ qu'un montant de 3'000'000 fr. avait été viré par E\_\_\_\_\_ SA en faveur de D\_\_\_\_\_. Selon X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_, ce montant aurait constitué un prêt consenti par E\_\_\_\_\_ SA à D\_\_\_\_\_ alors en manque de liquidités, créance que E\_\_\_\_\_ SA aurait ensuite cédée à Z\_\_\_\_\_ SA, ce que conteste la masse en

- 15 - faillite de cette dernière. L'autorité de première instance a retenu à cet égard – ce qui n'est pas discuté en instance d'appel – que ce montant de 3'000'000 fr. ne figure pas dans la comptabilité de Z\_\_\_\_\_ SA et que rien au dossier ne permet d'établir la prétendue cession de créance effectuée à son profit par E\_\_\_\_\_ SA (jugement déferé, consid. 1.3, p. 5).

### **E. 2.7.1**

Par jugement du 8 janvier 2009, le tribunal du district de O\_\_\_\_\_ a prononcé la faillite de Z\_\_\_\_\_ SA avec effet le même jour à 11h30. Sa liquidation a, par décision de l'assemblée générale des créanciers du 18 février 2009, été confiée à une administration spéciale (extrait du registre du commerce, pièce 22, p. 89).

### **E. 2.7.2**

Dans le cadre de cette faillite, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont, le 16 février 2009, produit auprès de l'administration spéciale une créance de 5'300'737 fr.79, affirmant que celle-ci

découlait du compte courant actionnaires à leur nom apparaissant dans les comptes de Z\_\_\_\_\_ SA (all. 39-40 et pièce 17, p. 59 ss). Le 8 juin 2011, l'administration spéciale a intégralement rejeté les productions de X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_, tenant celles-ci pour non fondées (all. 41-42 et pièces 18 [X\_\_\_\_\_] et 19 [Y\_\_\_\_\_], p. 63 ss). Elle a tout d'abord estimé, au vu des pièces déposées, que D\_\_\_\_\_ avait payé en vertu de la convention (du 3 juin 2005) 8'290'000 fr., montant qui avait été "mis à disposition [de] Y\_\_\_\_\_ [et] X\_\_\_\_\_ en déduction de[s] Fr. 10'000'000.-- prévus afin d'une part d'assainir la société et d'autre part de garder le solde comme prix de vente des actions". X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ avaient notamment signé les bilans au 31 janvier 2006 et 2007, laissant apparaître au passif à ces deux dates les montants de 7'544'961 fr. respectivement 5'025'371 fr. sous la rubrique "D\_\_\_\_\_, compte courant" ; ils avaient également signé la déclaration d'intégralité remise, avec les comptes, à la Fiduciaire H\_\_\_\_\_ SA en vue de permettre à celle-ci de procéder à la révision, et le procès-verbal de l'assemblée générale du 30 janvier 2006, au cours de laquelle le rapport de gestion a été présenté par le conseil d'administration. Au final, l'administration spéciale a retenu que la signature de X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ sur ces documents démontrait "une continuité dans la présentation des comptes" et confirmait l'existence du compte courant de D\_\_\_\_\_. L'administration spéciale a par conséquent rejeté les productions de X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_, alors que celle de D\_\_\_\_\_ a été "admise dans son principe mais pas dans son montant, puisqu'il y a[avait] lieu de tenir compte du prêt de Fr. 3'000'000.-- " (pièces 18 et 19, p. 63 ss).

- 16 - Compte tenu de ce qui précède, les productions de X\_\_\_\_\_ et de Y\_\_\_\_\_ n'ont pas été portées à l'état de collocation de Z\_\_\_\_\_ SA en liquidation, dont le dépôt a été annoncé par avis à la FOOSC du 8 mars 2012 (pièce 2bis, p. 16). 3. Les appelants se plaignent tout d'abord de ce que la juridiction inférieure n'aurait pris en considération ni le contexte général dans lequel ils ont signé les comptes de Z\_\_\_\_\_ SA (cf. appel, ch. III/1, p. 4) ni la convention du 3 juin 2005 signée avec D\_\_\_\_\_, à laquelle l'administration spéciale a pourtant fait référence dans ses décisions écartant les productions des premiers nommés (cf. appel, ch. III/4, p. 5). 3.1 3.1.1 Aux termes de l'art. 250 al. 1 LP, le créancier qui conteste l'état de collocation parce que sa production a été écartée en tout ou en partie ou parce qu'elle n'a pas été colloquée au rang qu'il revendique intente action contre la masse devant le juge du for de la faillite, dans les 20 jours qui suivent la publication du dépôt de l'état de collocation. L'action en contestation de l'état de collocation est une action de droit des poursuites avec effet réflexe sur le droit matériel (ATF 133 III 386 consid. 4.3.3 ; Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich 2012, p. 262 et les réf. sous note de pied 999) ; elle a pour but de déterminer si et dans quelle mesure la créance litigieuse doit participer à la liquidation de la faillite (ATF 119 III 84 consid. 2 ; arrêt 5A\_329/2012 du 5 septembre 2012 consid. 4.4.1 ; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, n. 27 ss ad art. 250 LP ; Hierholzer, in Basler Kommentar, Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, n. 23 ss ad art. 249 LP et n. 8 ad art. 250 LP). Son effet est limité à la procédure de faillite en cours et – bien que la question de l'existence et de l'étendue du droit en cause fasse de la part du juge l'objet, à titre préjudiciel (cf. ATF 137 III 487 consid. 4 ; 133 III 386 consid. 4.3.3), d'un examen au fond basé sur le droit matériel –, le jugement, formateur, n'est pas opposable aux personnes non parties à la procédure (cf. Jaques, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, Bâle 2005, n. 1 ad art. 250 LP). Autrement dit, le juge saisi d'une action en contestation de l'état de collocation tranche, selon le droit

matériel, des contestations n'ayant d'effets que dans la procédure d'exécution forcée en cours (arrêt 5C.193/2005 du 31 janvier 2006 consid. 1, non publié à l'ATF 132 III 437). Lorsqu'un créancier conteste sa propre collocation, il lui incombe, conformément à la règle générale de l'art. 8 CC, d'apporter la preuve de l'existence et de l'étendue de sa

- 17 - créance, respectivement du rang auquel celle-ci doit être colloquée (Vock/Müller, op. cit., p. 269 ; Jaques, op. cit., n. 4 ad art. 250 LP). De son côté, la masse en faillite peut (ou plutôt doit) opposer au demandeur toutes les objections et exceptions qui appartiennent au failli (Jaques, op. cit., n. 8 ad art. 250 LP ; arrêt 5C.206/2002 du

#### **E. 4**

décembre 2007, au cours de laquelle K\_\_\_\_\_ a été nommé administrateur unique, avec droit de signature individuelle, en remplacement de X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ (cf. extrait du registre du commerce, pièce 22, p. 90). Les derniers nommés ont alors déposé devant le tribunal du district de O\_\_\_\_\_ une action tendant à faire constater la nullité de cette décision ; cette procédure est toujours pendante devant cette autorité.

##### **E. 4.1.1**

Aux termes de l'art. 716a al. 1 CO, le conseil d'administration a notamment l'attribution intransmissible et inaliénable de fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société. Le terme "principes de la comptabilité" n'est pas particulièrement clair ; il recouvre un champ assez large qui inclut à la fois l'organisation de la fonction comptable (1°) et le choix des principes applicables en matière d'établissement et de présentation des comptes (2°) (Peter/Cavadini, in Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008, n. 22 ad art. 716a CO). Le conseil d'administration est responsable de tenir une comptabilité régulière et correspondant aux exigences du droit comptable (cf. art. 957 ss CO, dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012 ; arrêt H 74/06 du 24 août 2006 consid. 4.3 ; Müller/Lipp, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 1994, p. 120 ss ; Meier-Hayoz/Forstmoser, op. cit., n. 420 ad § 16, p. 621). Une répartition des tâches entre les membres du conseil d'administration (cf. art. 716a al. 2 CO) en fonction de leurs connaissances, capacités, expériences, etc. est utile et peut être indiquée du point de vue du devoir de diligence (cf. art. 717 al. 1 CO) (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, n. 576 ad § 13, p. 1770 ; von der Crone, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in Baer [Hrsg.], Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich 2006, p. 79 ss, spéc. p. 89 ; Roth Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2007, n. 538 ss). Cependant, les décisions prises dans le domaine des attributions intransmissibles et inaliénables doivent être supportées par l'ensemble des membres du conseil d'administration. Chacun d'eux doit être en mesure de comprendre le bilan, le compte de pertes et profits et le rapport de l'organe de révision et d'en tirer des conclusions (Böckli, op. cit., n. 39 ad § 13, p. 1555), et se soucier de l'état des finances non seulement au moment de la clôture de l'exercice, mais déjà au courant de celui-ci (arrêt 6B\_192/2013 du 10 décembre 2013 consid. 3.2.3 ; Böckli, op. cit., n. 568 ad § 13, p. 1767). Le conseil d'administration a par ailleurs l'attribution intransmissible et inaliénable d'établir le rapport de gestion (art. 716a al. 1 ch. 6 CO et 662 aCO), lequel est un instrument d'information destiné en premier lieu à l'assemblée générale des actionnaires (cf. art. 698 ch. 3 CO : approbation du rapport) et aux actionnaires qui n'auraient pas été présents à cette assemblée (cf. art. 696 CO) (Neuhaus/Blättler, in

- 25 - Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, n. 17 ad art. 662 CO). L'obligation de faire rapport incombe principalement au président du conseil d'administration, mais le conseil répond en tant que collègue (Meier-Hayoz/Forstmoser, op. cit., n. 427 ad § 16, p. 623).

#### **E. 4.1.2**

Selon l'art. 727c al. 1 aCO (dans sa teneur antérieure à la révision du 16 décembre 2005, entrée en vigueur le 1er janvier 2008), les réviseurs doivent être indépendants du conseil d'administration et d'un éventuel actionnaire disposant de la majorité des voix. Les sociétés commerciales ou coopératives sont aussi éligibles à l'organe de révision ; l'exigence d'indépendance vaut aussi bien pour elles-mêmes que pour toutes les personnes qui procèdent à la vérification (cf. art. 727d al. 1 et 3 aCO). L'indépendance au sens de l'art. 727c aCO signifie entre autres qu'il ne doit pas exister de relations personnelles ou commerciales étroites entre le réviseur et les membres du conseil d'administration. Le réviseur ne doit pas seulement être indépendant objectivement, mais doit déjà apparaître de l'extérieur comme étant indépendant (ATF 123 III 31 consid. 1a et les réf. ; arrêt 6B\_192/2013 précité consid. 3.3.2). L'assemblée générale peut révoquer un réviseur en tout temps. En outre, un actionnaire ou un créancier peut, par une action contre la société, demander la révocation d'un réviseur qui ne remplit pas les conditions requises pour cette fonction (art. 727e al. 3 aCO). Aux termes de l'art. 728 aCO, l'organe de révision vérifie si la comptabilité, les comptes annuels et la proposition concernant l'emploi du bénéfice résultant du bilan sont conformes à la loi et aux statuts. Il doit s'assurer que les actifs portés au bilan existent réellement et que les passifs de la société sont entièrement comptabilisés. Il doit contrôler non seulement les estimations et évaluations, mais aussi le respect des principes et règles, légales et statutaires, en matière d'évaluation. Il ne lui appartient pas de vérifier la gestion de la société et de rechercher systématiquement d'éventuelles irrégularités. Si, toutefois, lors de l'exécution de son mandat, il constate des violations de la loi ou des statuts, il doit en aviser le conseil d'administration par écrit, et dans les cas graves, également l'assemblée générale (art. 729b aCO, art. 728c aCO). Ce devoir d'avis n'est pas limité aux objets sur lesquels porte la vérification du réviseur, mais s'applique à toutes les irrégularités constatées (arrêt 6B\_772/2008 du 6 mars 2009 consid. 4.3, non publié à l'ATF 135 IV 130 ; ATF 133 III 453 consid. 7.3). D'après l'art. 729 aCO, l'organe de révision présente à l'assemblée générale un rapport écrit sur le résultat de sa vérification. Il recommande l'approbation des comptes annuels avec ou sans réserves, ou leur renvoi au conseil d'administration (arrêt 6B\_651/2011 du 20 février 2012 consid. 4.4.2). Selon la jurisprudence, le rapport de

- 26 - révision, bien qu'il n'appartienne pas à la comptabilité, jouit d'une valeur probante accrue, en raison du rôle que le législateur lui attribue (arrêts 6B\_684/2010 du 15 novembre 2010 consid. 3.1.4 ; 6B\_772/2008 précité consid. 4.4, non publié à l'ATF 135 IV 130 ; Boog, in Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, n. 59 ad art. 251 CP ; Schmid, La responsabilité pénale du réviseur, Publications de la Chambre fiduciaire, vol. 149, Zurich 1997, n. 61 ss, p. 64). Ainsi, les passages du rapport de révision, qui portent sur les constatations et les faits pour lesquels le réviseur a été mis en œuvre et qui sont propres à influencer les décisions des organes sociaux, peuvent constituer des faux intellectuels (arrêt 6B\_651/2011 du 20 février 2012 consid. 4.3.2).

#### **E. 4.1.3**

Le but des comptes annuels est, conformément à l'art. 662a al. 1 aCO (dans sa teneur antérieure à la révision du 23 décembre 2011, entrée en vigueur le 1er janvier 2013), de donner un aperçu aussi sûr que possible du patrimoine et des résultats de la société (Torrione, in Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008, n. 49 ad art. 662a CO). L'art. 662a al. 2 aCO précise que l'établissement régulier des comptes est régi en particulier par les principes suivants : l'intégralité des comptes annuels (ch. 1), la clarté et le caractère essentiel des informations (ch. 2), la prudence (ch. 3), le principe de continuation de l'exploitation (ch. 4), la continuité dans la présentation et l'évaluation (ch. 5), et l'interdiction de la compensation entre actifs et passifs, ainsi qu'entre charges et produits (ch. 6). Le principe de la continuité dans la présentation et l'évaluation signifie que la présentation du bilan et du compte de résultats ne peut pas être modifiée d'un exercice à l'autre. Cette règle se comprend en particulier en relation avec l'exigence formulée à l'art. 662 al. 1 aCO en vertu de laquelle les états financiers contiennent les chiffres de l'exercice précédent (Böckli, op. cit., n. 109 ad § 8, p. 894). Suivant l'art. 662a al. 3 aCO, des dérogations à ce principe sont admises "si elles sont fondées" ; elles doivent alors être exposées dans l'annexe (sur l'ensemble de la question, cf. Torrione, op. cit., n. 89-90 ad art. 662a CO ; Neuhaus/Blättler, op. cit., n. 13 et 21 ss ad art. 662a CO). Des modifications sont possibles en cas de changement de circonstances (cf. modifications de l'activité, entrée dans un nouveau groupe, modifications des normes comptables, nouveaux développements ou nouvelles informations) (Torrione, op. cit., n. 116 ad art. 662a CO ; Neuhaus/Blättler, op. cit., n. 25 ad art. 662a CO).

#### **E. 4.2.1**

S'agissant de la "confiance aveugle" qu'affirment avoir placés les appelants dans la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA (cf. appel, ch. III/1, p. 4), il convient de rappeler, comme l'a déjà fait la juridiction précédente (jugement entrepris, consid. 2.2, p. 13), que la

- 27 - responsabilité de fixer les principes de la comptabilité leur incombait en tant que membres du conseil d'administration de Z\_\_\_\_\_ SA (cf. supra, consid. 4.1.1). Jusqu'à l'automne 2007, les appelants avaient constamment approuvé les comptes de Z\_\_\_\_\_ SA, en particulier le bilan laissant apparaître au passif, pour un montant de 7'544'961 fr. au 31 janvier 2006 (cf. exercice 2005/2006) et de 5'025'371 fr. au 31 janvier 2007 (cf. exercice 2006/2007), la rubrique "D\_\_\_\_\_, compte courant", augurant par là que cette société – et non les appelants – était bien titulaire d'une créance à l'égard de Z\_\_\_\_\_ SA ; ils ont de surcroît signé le 11 juin 2007 la déclaration d'intégralité en faveur de la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA lorsque les comptes 2006/2007 ont été soumis à cet organe pour révision, confirmant de la sorte que ceux-ci contenaient "toutes les opérations devant être comptabilisées durant l'exercice concerné". Au vu de ce contexte, ajouté au fait que les appelants sont des professionnels, rompus aux affaires selon les constatations non disputées de la juridiction précédente sur ce point (cf. p. 14), celle-ci a, à juste titre, déduit que l'organe de révision n'aurait "pas pris seul l'initiative d'indiquer une créance de plus de 7 millions au 31 janvier 2006, respectivement de plus de 5 millions de francs au 31 janvier 2005, en tant qu'avance de D\_\_\_\_\_ SA" sans avoir préalablement "reçu des instructions à ce sujet du conseil d'administration". Le grief de partialité dirigé contre la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA (appel, ch. III/2, p. 4 s.), en raison de son refus de tenir compte des modifications des états financiers de Z\_\_\_\_\_ SA au 31 janvier 2007 annoncées pour la première fois par télécopie du

#### **E. 4.2.2**

Les appelants reprochent ensuite à l'autorité de première instance de ne pas avoir pris en compte le rapport de révision de la Fiduciaire B\_\_\_\_\_ SA (appel, ch. III/3, p. 5). On l'a vu, en dépit de sa désignation en tant que nouvel organe de révision de Z\_\_\_\_\_ SA lors de l'assemblée générale extraordinaire du 20 février 2008, cette société n'a jamais été inscrite ès qualités auprès du registre du commerce. Son rapport de révision pour l'exercice 2007/2008 ne jouit ainsi pas d'une valeur probante accrue (cf. supra, consid. 4.1.2), et n'avait valeur, dans le présent procès, que d'allégation de partie, à l'instar d'une expertise judiciaire privée (cf. ATF 141 III 433 consid. 2.6 ; 140 III 24 consid. 3.3.3 ; arrêt 4A\_318/2016 du 3 août 2016 consid. 3.1). Si le bilan comparé 2007/2008 reprend, au passif, le montant de 5'025'371 fr. au 31 janvier 2007, qui figurait déjà dans les comptes 2006/2007 révisés en juin 2007 par la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA, ce montant est en revanche libellé comme correspondant aux "dettes [de Z\_\_\_\_\_ SA] envers MM. Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_", et non plus comme le "compte courant D\_\_\_\_\_". En d'autres termes, ce bilan présente les comptes d'une manière différente des exercices précédents, en violation du principe ancré à l'art. 662a al. 1 ch. 5 aCO, et sans que la moindre justification n'ait été apportée dans l'annexe comme le prescrit l'art. 662a al. 3 aCO (cf. supra, consid. 4.1.3). Par ailleurs, comme l'a souligné de manière pertinente la juridiction précédente (cf. p. 14), le rapport de révision de la Fiduciaire B\_\_\_\_\_ SA se rapporte aux "comptes consolidés" du Groupe I\_\_\_\_\_ S.A., et non aux comptes de Z\_\_\_\_\_ SA exclusivement. Dans ces circonstances, ce document est sans pertinence pour la connaissance de la cause, et ne permet aucune comparaison fiable avec les bilans antérieurs de Z\_\_\_\_\_ SA. Enfin, en tant qu'ils soutiennent dans leur écriture d'appel (ch. III/3 in fine, p. 5) qu'il n'est "guère douteux" que la dette de Z\_\_\_\_\_ SA à leur égard correspond à celle issue de la convention du 3 juin 2005, les appelants semblent perdre de vue, d'une part, que le tribunal appelé à trancher dans le cadre de l'action en contestation de l'état de collocation ne peut se satisfaire de la simple vraisemblance du bien-fondé de la prétention en jeu (cf. supra, consid. 4.1.1), d'autre part, que la convention en question,

- 29 - telle qu'interprétée, n'instituait aucune obligation de Z\_\_\_\_\_ SA envers eux (cf. supra, consid. 3.2).

#### **E. 4.2.3**

Quant au moyen tiré de la non-prise en compte, par l'autorité inférieure, de la motivation prétendument contradictoire de l'administration spéciale à l'appui du rejet des productions des appelants (cf. appel, ch. III/4, p. 5), il est d'emblée infondé. Si l'existence d'une décision de l'administration de la faillite est une prémisse indispensable pour que le juge de l'action en contestation de l'état de collocation puisse se prononcer (cf. Jaques, op. cit., n. 3 ad art. 250 LP et les réf.), le premier juge – à l'instar de celui de seconde instance –, n'est pas lié par le raisonnement juridique adopté par l'administration de la masse en faillite et peut ainsi rejeter l'action, et par effet réflexe, la production, par substitution de motifs.

#### **E. 4.2.4**

Il s'ensuit que les appelants et demandeurs ont failli à établir, ce qu'il leur incombait (cf. supra, consid. 3.1.1), être (co)titulaires d'une créance de 5'300'737 fr.79 à l'égard de Z\_\_\_\_\_ SA en liquidation. Aussi est-ce à raison que l'administration spéciale a écarté leur production de l'état de collocation. 5. En résumé, l'appel doit être intégralement rejeté, et les demandeurs se voir débouter de l'ensemble de leurs prétentions. 6. Il reste à statuer

sur le sort des frais et dépens. 6.1 Vu le sort de l'appel, il n'y a pas lieu de modifier le montant et la répartition des frais et des dépens de première instance (art. 318 al. 3 CPC a contrario), non spécifiquement contestés. Dans ces circonstances, pour les motifs exposés par la juridiction inférieure (cf. jugement entrepris, consid. 3.1, p. 15 s.), les frais de première instance, fixés conformément aux dispositions applicables notamment au vu de la valeur litigieuse (cf. art. 13 et 16 LTar : de 900 fr. à 3000 fr. lorsque la valeur litigieuse est comprise comme in casu [cf. supra, consid. 1.1] entre 8000 et 20'000 fr.) à 3000 fr., débours, par 277 fr. (indemnités témoins [202 fr.] ; frais pour les services de l'huissier [75 fr.]) en sus, soit 3277 fr. au total sont mis à la charge, solidairement entre eux, des appelants et demandeurs, qui succombent (cf. art. 106 al. 1 CPC). Vu les avances effectuées par ceux-ci, par 3300 fr. au total, le greffe du tribunal de première instance leur restituera le montant de 23 francs (3300 fr. – 3277 fr.). Quant aux dépens auxquels peut prétendre la défenderesse, ils ont été arrêtés, compte tenu notamment de l'activité utilement déployée par son administrateur spécial et avocat, à 3500 fr., débours et TVA comprise (cf. jugement de première instance,

- 30 - consid. 3.2, p. 16 ; cf. art. 27 al. 1, 29 et 32 al. 1 LTar). Vu le sort des frais (cf. art. 260 al. 1 CPC/VS), les demandeurs, qui supportent leurs propres frais d'intervention, verseront, solidairement entre eux, à la défenderesse, ce montant de 3500 francs. 6.2 Compte tenu de la valeur litigieuse, du degré de difficulté ordinaire de la cause ainsi que des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 LTar), les frais judiciaires en instance d'appel, qui se limitent à l'émolument forfaitaire de décision (art. 95 al. 2 let. b CPC), arrêtés à 1500 fr. (art. 16 et 19 LTar), sont mis à la charge des appelants, qui succombent (art. 106 al. 1 CPC), solidairement entre eux. Supportant leurs propres frais d'intervention en seconde instance, ceux-ci verseront, solidairement entre eux, à l'appelée – sur le vu notamment de l'activité utilement déployée par son représentant en instance d'appel, qui a consisté en l'envoi d'une réponse motivée en fait et en droit concluant au rejet de l'appel, ainsi que des autres critères susmentionnés (cf. ég. art. 29 al. 2 LTar et art. 35 al. 1 let. a LTar [réduction de 60% en appel]) – une indemnité de 1400 fr. à titre de dépens, honoraires, TVA et débours compris.

## **E. 9**

décembre 2002 consid. 2.1). Le créancier doit apporter une preuve stricte ("vollen Beweis") ; la vraisemblance ne suffit pas (Vock/Müller, op. cit., p. 269 in fine). 3.1.2

3.1.2.1 En présence d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais aussi le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse des déclarations antérieures à la conclusion du contrat, des projets de contrat, de la correspondance échangée ou encore de l'attitude des parties après la conclusion du contrat (arrêt 4A\_65/2012 du 21 mai 2012 consid. 10.2 ; Winiger, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n. 15, 25 et 32- 34 ad art. 18 CO ; Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar, n. 22 ss ad art. 18 CO). La recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 131 III 606 consid. 4.1 ; arrêt 4A\_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.1.1). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et comportements des

parties selon le principe de la confiance (cf. interprétation objective), en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait de bonne foi être comprise en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1). L'interprétation subjective a la priorité sur l'interprétation objective (ATF 131 III 606 consid. 4.1 in fine ; 123 III 35 consid. 2b). 3.1.2.2 La qualification juridique d'un contrat est quant à elle une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3). Le juge détermine ainsi librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle ("objektive Vertragsgestaltung"), sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties (ATF 84 II 493 consid. 2 ; arrêt 4A\_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.3, résumé in JdT 2012 II p. 198). La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (art. 18 al. 1 CO; ATF 129 III 664 consid. 3.1 ; arrêt 4A\_200/2015 précité consid. 4.1.3).

- 18 - 3.1.3 Lorsque, en vertu de la volonté des parties, les divers rapports qui les lient ne constituent pas des contrats indépendants, mais représentent des éléments de leur convention liés entre eux et dépendant l'un de l'autre, on est en présence d'un contrat mixte ou composé, qui doit être appréhendé comme un seul et unique accord (ATF 118 II 157 consid. 3a). On parle de contrat composé lorsque la convention réunit plusieurs contrats distincts, mais dépendants entre eux (arrêt 4C.160/1997 du 28 octobre 1997 consid. 4b, in SJ 1998 p. 320 ss) ; il y a contrat mixte lorsque la convention comprend des éléments relevant de contrats nommés (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1 ; 109 II 462 consid. 3d). Pour déterminer quelles règles légales sont applicables à la question litigieuse – par exemple la résiliation du contrat –, il convient de rechercher le "centre de gravité des relations contractuelles", appréhendées comme un accord global unique. Il faut dès lors examiner quelle est la portée de chacun des éléments du contrat mixte ou composé eu égard à la situation juridique globale. L'intérêt des parties, tel qu'il se déduit de la réglementation contractuelle qu'elles ont choisie, est déterminant pour décider de l'importance de tel ou tel élément par rapport à l'ensemble de l'accord (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1 ; 118 II 157 consid. 3a). 3.1.3.1 La vente est le contrat par lequel une personne s'engage à livrer et transférer à une autre la propriété d'une chose contre paiement d'un prix (art. 184 al. 1 CO) ; ce peut être notamment une chose corporelle (meuble, bien-fonds), un droit (créance incorporée ou non dans un papier-valeur), un avantage économique (savoir-faire, clientèle), ou un complexe de choses et de droits (patrimoine ; cf. Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n. 462, p. 67 et n. 472, p. 68). La vente d'actions d'une société présente cette particularité d'avoir un objet direct (l'action) et un objet médiat ou indirect (une fraction du patrimoine social) (Thévenaz, Vente d'actions : La question des garanties contractuelles, in Marty [éd.], Fusions et acquisitions - Questions actuelles, Lausanne 2009, p. 71 ss, spéc. p. 71). Le transfert de l'ensemble des parts sociales d'une société permet de réaliser un résultat économique similaire à la "vente d'entreprise" au sens technique, qui était juridiquement impossible avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2004, de la loi sur la fusion, du 3 octobre 2003 (LFus ; RS 221.301). Des problèmes particuliers se posent en présence de défauts de l'entreprise ou de certains éléments de celle-ci : la question est alors de savoir si l'on doit tenir compte du procédé de droit formel – à savoir l'achat et le transfert d'actions –, ou bien du résultat économique voulu, à savoir la cession de l'entreprise. Dans sa jurisprudence publiée aux ATF, la Haute Cour s'en est jusqu'à présent tenue à une approche formelle : elle part du principe que la vente a pour objet les actions ; aussi n'admet-elle comme vices affectant la vente que les éventuels défauts matériels ou

- 19 - juridiques des papiers-valeurs (rares dans la pratique), mais non des défauts des objets et valeurs compris dans l'entreprise (ATF 108 II 102 consid. 2a ; 107 II 419 consid. 1). Cependant, afin d'éviter des résultats choquants, le Tribunal fédéral admet généralement la contestation de contrats de vente portant sur l'ensemble des actions d'une société, pour vices de la volonté (cf. art. 24 al. 1 ch. 4 CO), par exemple lorsque l'acquéreur s'est fondamentalement trompé sur des qualités essentielles de l'entreprise, en particulier la valeur de celle-ci (ATF 107 II 419 consid. 3c ; dernière- ment, cf. arrêt 4A\_97/2016 du 11 août 2016 consid. 2.2 ; Meier-Hayoz/Forstmoser, Droit suisse des sociétés, Berne 2015, n. 18 ad § 5, p. 161). La doctrine dominante rejette en revanche une approche formelle, se fondant essentiellement sur les trois critères suivants : la volonté réelle des parties (art. 18 CO), lorsqu'elles procèdent à une vente d'actions, est de céder l'entreprise (1°) ; ensuite, la vente des actions équivaut économiquement au transfert du patrimoine (2°) ; enfin, sur la base de l'art. 2 CC et du principe de la transparence (cf. "Durchgriff", cf. arrêts 4A\_417/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.3 ; 4A\_384/2008 du 9 décembre 2008 consid. 4.1, in SJ 2009 I p. 424 ss ; ATF 112 II 503 consid. 3b), il est possible de faire abstraction de l'indépendance juridique entre la personne morale et l'actionnaire majoritaire ou unique lorsque l'invocation de cette dualité de sujets de droit est abusive (3°) (Thévenaz, op. cit., p. 77 et les réf. sous note de pied 20). D'après ce point de vue, le vendeur des actions doit répondre des défauts de l'entreprise de la même manière qu'en cas de vente directe des valeurs faisant partie de l'entreprise (Meier-Hayoz/Forstmoser, op. cit., n. 18 ad § 5, p. 162 ; Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmensverkauf, in RSJ 2005, p. 233 ss et les réf. ; cf. ég. arrêt 4A\_42/2009 du 1er mai 2009 consid. 6.3).

### 3.1.3.2 La société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun et qui ne présente pas les caractères distinctifs d'une autre société réglée par la loi (art. 530 al. 1 et 2 CO). N'importe quel sujet de droit, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, peut revêtir la qualité d'associé d'une société simple (Handschin, in Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, n. 3 ad art. 530 CO). Les éléments caractéristiques du contrat de société simple sont, d'une part, l'existence d'un apport, c'est-à-dire une prestation que chaque associé doit faire au profit de la société et, d'autre part, le but commun ("animus societatis") qui rassemble les efforts des associés (ATF 137 III 455 consid. 3.1). Le but de la société simple peut être occasionnel (réalisation d'une opération déterminée) ou permanent (par exemple convention d'actionnaires) (Chaix, in Commentaire romand, Code des

- 20 - obligations II, Bâle 2008, n. 7 ad art. 530 CO). La conclusion du contrat de société simple n'est soumise à aucune forme spéciale ; il peut ainsi se créer par actes concluants, voire même sans que les parties en aient conscience (société de fait ou "unbewusste Gesellschaft" ; cf. arrêt 4A\_74/2015 du 8 juillet 2015 consid. 4.2.1 ; ATF 124 III 363 consid. II/2a ; Chaix, op. cit., n. 25 ad art. 530 CO).

### 3.1.3.3 Pour assurer son financement, une société peut recourir à la conclusion de contrats de prêt (cf. art. 312 ss CO), de prêt partiaire (ATF 99 II 303 consid. 4a) ou de crédit en compte courant (cf. Boemle/Stolz, Unternehmensfinanzierung, 13. Aufl. 2002, p. 393 et 404). Comme dans la vente (cf. supra, consid. 3.1.3.1), le prêteur transfère la propriété de la chose (ou de la valeur) qui en est l'objet, mais à la différence de ce qui se passe dans la vente, l'emprunteur est tenu de la restituer (Tercier/Bieri/Carron, op. cit., n. 2508, p. 337). Le prêteur peut par ailleurs produire sa créance dans la faillite de l'emprunteur et participer avec les autres créanciers à la réalisation forcée des biens (Boemle/Stolz, op. cit., p. 404). Enfin, par rapport à la société simple (cf. supra, consid. 3.1.3.2), alors que dans celle-ci l'associé fournisseur participera

aux pertes éventuelles, le prêteur ne supporte pas ce risque (Tercier/Bieri/Carron, op. cit., n. 2510, p. 337). Le bailleur de fonds se distingue d'un associé par le fait qu'il ne se mêle en principe pas de la conduite de l'affaire, ni dans les rapports internes ni dans les rapports externes. Même s'il est informé du suivi, il n'intervient pas dans la gestion, ni dans la représentation ; il s'abstient de faire acte d'associé et n'a donc pas d'"animus societatis", qui se traduit le plus souvent par une ingérence dans les affaires sociales (arrêt 4C.355/2004 du 15 février 2005 consid. 4.2 in fine ; Engel, Contrats de droit suisse, 2e éd. 1999, p. 279).

3.1.3.4 La loi institue une seule obligation à la charge de l'actionnaire d'une société anonyme, à savoir celle de verser le montant souscrit tel que fixé lors de l'émission des actions (Meier-Hayoz/Forstmoser, op. cit., n. 153 ad § 16, p. 527). A l'inverse, l'art. 680 CO prévoit que les actionnaires ne peuvent être tenus, même par les statuts, à des prestations excédant le montant fixé, lors de l'émission, pour l'acquisition de leurs titres (al. 1) et qu'ils n'ont pas le droit de réclamer la restitution de leurs versements (al. 2 ; cf. ég. ATF 140 III 533 consid. 4.1 et les réf.). Les règles du droit des corporations sont souvent complétées, surtout dans les petites entités à caractère personnel, par un faisceau de contrats liant, d'un côté, les actionnaires entre eux (les "conventions d'actionnaires") et, de l'autre, les actionnaires à leur société. L'actionnaire principal ou unique peut être uni à la société par un contrat de travail ; il peut consentir des prêts à la société anonyme ou obtenir des prêts de celle-ci (Meier-Hayoz/Forstmoser, op. cit.,

- 21 - n. 241 ad § 16, p. 565, et n. 157 ad § 16, p. 528 ; cf. ég. Boemle/Stolz, op. cit., p. 405, qui voient comptablement dans le prêt de l'actionnaire une forme de fonds propres cachés ["verdecktes Eigenkapital"]).

3.2 En l'occurrence, l'action des appelants et demandeurs a pour objet le refus, par l'administration spéciale, d'admettre à l'état de collocation leur production dans la faillite de Z\_\_\_\_\_ SA pour le montant de 5'300'737 fr.79, supposé correspondre au poste "dettes envers MM. Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_" apparaissant au passif du bilan consolidé au 31 janvier 2008 du Groupe I\_\_\_\_\_ S.A. révisé par la Fiduciaire B\_\_\_\_\_ SA (cf. 5'329'445 fr. [pièce 14, p. 46 ss, spéc. p. 50] ; recte : 5'395'102 fr.29 selon la production du 16 février 2009), sous déduction du montant du salaire de Y\_\_\_\_\_ déjà produit dans la faillite de la société-fille E\_\_\_\_\_ SA (94'364 fr.50 ; cf. pièce 17, p. 59 ss, spéc. p. 62). En substance, les appelants font valoir, sur la base de la "convention de vente et d'achat d'actions" signée le 3 juin 2005 avec D\_\_\_\_\_, qu'ils sont titulaires de cette créance, inscrite précédemment au passif du bilan de Z\_\_\_\_\_ SA sous la rubrique, erronée, "compte courant D\_\_\_\_\_". Au début de son analyse, la juridiction inférieure a souligné qu'il convenait "d'observer et de garder à l'esprit que la convention du 3 juin 2005 a été passée entre, d'une part, les demandeurs, actionnaires de Z\_\_\_\_\_ SA, et, d'autre part, D\_\_\_\_\_ SA" (jugement entrepris, consid. 2.2, p. 11). S'il est vrai que Z\_\_\_\_\_ SA n'est pas expressément désignée comme étant – directement – partie à cette convention, il est nécessaire d'interpréter cette dernière, sachant que les deux seuls actionnaires de cette société, tous deux membres du conseil d'administration et habilités à la représenter, ont signé ce document. Le préambule de la convention laisse clairement apparaître que le but recherché tant par les appelants que par D\_\_\_\_\_ ne vise pas seulement l'acquisition par celle-ci des actions de Z\_\_\_\_\_ SA, mais bien le transfert de cette entreprise. L'exposé préliminaire précise du reste que "la transaction devrait permettre d'assurer une nouvelle transition entre l'actuel conseil d'administration et les repreneurs dans une certaine harmonie" (cf. supra, consid. 2.2). A son art. 1er, cette convention prévoit que D\_\_\_\_\_ met à disposition des actionnaires actuels de Z\_\_\_\_\_ SA une "enveloppe" – par quoi

l'on entend couramment la limite supérieure de dépenses autorisées à un titre quelconque et à l'intérieur desquelles l'aménagement peut varier (cf. [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr)) –,

- 22 - jusqu'à 10 millions, devant servir d'abord à rembourser la totalité des engagements figurant au passif du bilan consolidé de Z\_\_\_\_\_ SA à la date du 31 janvier 2005 (3e paragraphe) : sous cet angle, les montants qu'entendait engager D\_\_\_\_\_ étaient destinés à désendetter Z\_\_\_\_\_ SA (cf. ég. art. 12 : "opérations d'épuration des passifs"), donc consentis dans l'intérêt direct de la société anonyme, en vue de sa poursuite d'exploitation par les repreneurs, et dans l'intérêt indirect de ses actionnaires de l'époque. Ce n'est qu'ensuite que la convention stipule (4e paragraphe) qu'"au terme de ces désengagements, le reliquat final équivaudra au prix de vente des actions de Z\_\_\_\_\_ SA et sera versé" aux appelants une fois le décompte final établi, les intéressés ayant reçu un acompte de 500'000 fr. lors de la signature du contrat (cf. supra, consid. 2.2 in fine), comptabilisé sur leurs comptes privés (cf. X\_\_\_\_\_, R24, p. 457). A l'issue de cette appréciation de la volonté réelle des parties à l'époque, la convention du 3 juin 2005 n'est ainsi, contrairement à son intitulé trompeur, pas un simple contrat de vente d'actions par des actionnaires – dont le prix aurait été fixé sur la base de l'estimation de la valeur de la société (cf. arrêt 4A\_97/2016 précité consid. 2.3 et la réf. à Schenker, Unternehmenskauf, Bern 2016, p. 229) –, mais visait à permettre à D\_\_\_\_\_ la reprise intégrale de Z\_\_\_\_\_ SA en vue de poursuivre l'exploitation de cette société. Le point de savoir si le financement auquel a consenti D\_\_\_\_\_ en faveur de Z\_\_\_\_\_ SA au moyen de son enveloppe relève d'une relation de société simple entre personnes morales (cf. supra, consid. 3.1.3.2), avec participation au risque, ou de prêt (cf. supra, consid. 3.1.3.3), n'a pas besoin d'être élucidé ; en effet, même si l'on devait en conclure que Z\_\_\_\_\_ SA était également partie à la convention du 3 juin 2005, en sus de ses actionnaires uniques et membres du conseil d'administration, cela ne changerait en revanche rien au fait que l'on ne voit pas en quoi ce document constituerait une source d'obligations entre les derniers nommés et Z\_\_\_\_\_ SA. La même conclusion à laquelle est parvenue la juridiction précédente sous cet angle (cf. jugement entrepris, consid. 2.2, p. 11) échappe à la critique. L'attitude manifestée par les parties postérieurement à la signature du contrat, et qu'il est possible de prendre en considération lors de l'examen de la réelle et commune volonté des parties (cf. supra, consid. 3.1.2.1), conforte l'appréciation selon laquelle les montants apparaissant au passif des bilans de Z\_\_\_\_\_ SA, sous la rubrique "c/c D\_\_\_\_\_", pour l'exercice 2005/2006 (soit 7'544'961 fr. au 31 janvier 2006), puis sous la rubrique "D\_\_\_\_\_, compte courant" pour l'exercice 2006/2007 (soit

- 23 - 5'025'371 fr. au 31 janvier 2007), constituent des sommes virées par D\_\_\_\_\_ en vue de désendetter Z\_\_\_\_\_ SA, préalablement à sa reprise effective. Confirment également ce point de vue le décompte du 12 avril 2006 faisant état des 8'290'000 fr. versés jusqu'à cette date sur l'enveloppe maximale de 10'000'000 fr. – dont les 500'000 fr. directement remis aux actionnaires (pièce 4, p. 28) –, de même que le rapport de révision du 25 avril 2006 de la Fiduciaire H\_\_\_\_\_ SA qui mentionne un "prêt" de 7'544'961 fr. au 31 janvier 2006 consenti par D\_\_\_\_\_ à Z\_\_\_\_\_ SA (p. 433). Autrement dit, les appelants – à qui incombait, comme on le verra plus en détail ci-après (cf. infra, consid. 4), l'aménagement de la tenue des comptes de Z\_\_\_\_\_ SA en leur qualité de membres du conseil d'administration –, ont, jusqu'à l'automne 2007, fait apparaître les montants reçus de D\_\_\_\_\_ au passif du bilan sous la rubrique "compte courant D\_\_\_\_\_", et non sous celle d'un compte courant libellé à leur propre nom, comme cela aurait dû être le cas si

eux- mêmes avaient avancé les fonds correspondants. En pratique dans cette dernière hypothèse, on ouvre un compte "actionnaire" au passif du bilan ; ce compte – qui est en fait un compte courant créancier actionnaire –, sert, à la manière du compte "privé" dans une entreprise en raison individuelle, à enregistrer les éventuels mouvements de fortune intervenant entre la société et ses propriétaires. Il s'agit toutefois d'un compte de capitaux étrangers, l'actionnaire étant un tiers par rapport à la société (Bücheler, Abrégé de droit comptable, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 289 s.). 4. Les appelants critiquent également la portée donnée par la juridiction précédente aux comptes de Z\_\_\_\_\_ SA tels que révisés par le dernier organe de révision régulièrement inscrit au registre du commerce. Ils reprochent tout d'abord à la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA, en qui ils avaient une "confiance aveugle", son manque d'impartialité, du fait qu'elle était également l'organe de révision de D\_\_\_\_\_ et qu'elle n'a jamais accepté de procéder aux modifications demandées à la mi- septembre 2007 (cf. appel, ch. III/2, p. 4 s.). Ensuite, les appelants font grief à l'autorité de première instance d'avoir dénié toute force probante au rapport de révision de la Fiduciaire B\_\_\_\_\_ SA qui, tout en étant une société sérieuse et disposant des mêmes pièces que la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA, était parvenue à un résultat fort éloigné (cf. appel, ch. III/3, p. 5). Enfin, les appelants tacent le premier juge pour ne pas avoir donné à la motivation du rejet de leur production, par l'administration spéciale, l'importance qu'elle mérite ; il serait contradictoire d'admettre que D\_\_\_\_\_ était créancière de Z\_\_\_\_\_ SA en vertu de la convention du 3 juin

- 24 - 2005 et de dénier aux appelants de se prévaloir de ce même contrat au motif que Z\_\_\_\_\_ SA n'était pas (formellement) partie à celui-ci (cf. appel, ch. III/4, p. 5).

### **E. 13**

septembre 2007, est infondé. Tout d'abord, comme on l'a vu, à ce moment-là, la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA avait déjà émis son rapport de révision des comptes de l'exercice 2006/2007 transmis en juin 2007 par le conseil d'administration de Z\_\_\_\_\_ SA (cf. supra, consid. 2.4 in fine). Ces comptes laissaient apparaître au passif du bilan un compte courant libellé au nom de D\_\_\_\_\_, comme cela avait déjà été le cas pour les comptes de l'exercice 2005/2006, révisés par la Fiduciaire H\_\_\_\_\_ SA, puis approuvés lors de l'assemblée générale des actionnaires de Z\_\_\_\_\_ SA du 30 juin 2006, après présentation du rapport de gestion des appelants et du rapport de révision. Compte tenu du principe de la continuité dans la présentation des comptes (cf. art. 662a al. 1 ch. 5 aCO) et de la propre responsabilité, civile et pénale, encourue par la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA en qualité d'organe de révision de Z\_\_\_\_\_ SA, il est aisément compréhensible que celle-ci ait voulu, avant de procéder à une éventuelle modification de son rapport de révision, obtenir des confirmations écrites notamment quant à l'identité du ou des titulaire(s) de la créance inscrite au passif du bilan, correspondant jusque-là à D\_\_\_\_\_ (cf. fax du

- 28 -

### **E. 14**

septembre 2007, puis du 1er octobre suivant). En l'absence de réception des justificatifs requis, la non-délivrance par la Fiduciaire A\_\_\_\_\_ SA d'un nouveau rapport de révision indiquant, contrairement à ce qui avait été mentionné jusque-là, les appelants en tant que (co)titulaires de cette créance, ne procède ainsi pas d'une absence d'indépendance de cette fiduciaire, mais bien d'un respect des prescriptions légales.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.