swissVR

**Guide swissVR I/2021**
Juillet 2021

# Conseils aux CA des PME:

## obligations du CA en cas de menace d'insolvabilité, de perte en capital ou de surendettement

# Préambule

Avec swissVR Impuls 2/2020, les adminstrateur.trice.s de PME ont bénéficié de conseils pour faire face aux conséquences économiques de la crise liée au COVID-19 et aux défis et changements durables provoqués par cette situation exceptionnelle.

Même si le coronavirus ne disparaîtra pas, la pandémie finira par cesser un jour. Les mesures de soutien tout à fait appropriées de la Confédération et des cantons qui visent, d'une part, à faire face à un manque de liquidités passager et, d'autre part, à éviter que des PME en principe saines ne fassent faillite en raison de situations temporaires de surendettement cesseront également. En ce qui concerne l'assainissement des sociétés, le régime ordinaire s'appliquera de nouveau à la «période d'après». Mais qu'est-ce que cela signifie pour les administrateur.trice.s?

Le droit de l'assainissement actuel ne fait guère honneur à son nom, d'autant que de nombreuses procédures se soldent par la faillite de la société concernée. Cela s'explique par le fait que les conseils d'administration – par exemple en cas de difficultés de paiement – sont avertis trop tardivement faute d'une législation appropriée et ne sont contraints de prendre des mesures efficaces que de manière restreinte. En d'autres termes, selon le droit applicable, on peut attendre qu'il soit trop tard pour procéder à un assainissement. La révision du droit de la société anonyme, qui devrait entrer en vigueur en 2023 (elle était initialement prévue pour 2022), vise à préciser et à étendre ou renforcer en partie les obligations du CA.

Les explications et recommandations suivantes visent en particulier à aider les administrateur.rice.s des PME à assumer leurs responsabilités en cas de menace d'insolvabilité, de perte de capital ou de surendettement. Une attention particulière sera accordée aux obligations correspondantes du droit révisé de la société anonyme.

**Cornelia Ritz Bossicard**
Présidente de swissVR

**Jörg Walther**
Avocat
Membre du comité swissVR

**Josianne Magnin**
Avocate

Ce swissVR Impuls a été élaboré par swissVR en collaboration avec Schärer Rechtsanwälte, Aarau (www.5001.ch).

**Auteurs:**

**Jörg Walther**, administrateur et avocat d'affaires, membre du comité directeur de swissVR (joerg.walther@5001),

**Josianne Magnin**, avocate, maître-assistante, candidate à l'habilitation et chargée de cours de l'Université de Lucerne (josianne.magnin@5001.ch),

**Cornelia Ritz Bossicard**, administratrice indépendante, présidente de swissVR (cornelia.ritz@swissvr.ch)

Page titre: iStock.com/Dilok Klaisataporn

Cette publication constitue une aide d'orientation éventuelle qui s'adresse aux entreprises concernées et intéressées, à savoir les PME. Elle reflète les conclusions des auteurs et n'exprime en aucun cas la position de l'association swissVR, ni des recommandations concrètes de sa part à destination de ses membres. Les auteurs, swissVR et Schärer Rechtsanwälte n'assument aucune responsabilité ni garantie quant à l'exactitude et à l'adéquation des mesures et déclinent toute responsabilité pour tout dommage financier direct ou indirect ou autre pouvant survenir si une personne agit ou omet d'agir sur la base de ces informations.

swissVR est une association suisse indépendante regroupant des membres de conseils d'administration, créée par des administrateur.trice.s pour les administrateur.trice.s. À travers son offre, elle contribue à la professionnalisation de l'activité des conseils d'administration suisses. swissVR promeut l'échange d'expériences entre les membres de conseils d'administration d'entreprises opérant dans tous les secteurs, et propose à ses plus de 1'000 membres une offre d'informations et de formations adaptée à leurs besoins. swissVR s'adresse uniquement aux personnes assumant un mandat actif d'administrateur.trice.

Pour plus d'informations sur swissVR et l'adhésion à l'association: www.swissvr.ch

swissVR, Suurstoffi 1, 6343 Rotkreuz
info@swissvr.ch, +41 41 757 67 11

(Version du 3 juillet 2021)

# Obligations du CA en cas de menace d'insolvabilité, de perte de capital ou de surendettement

**La planification financière et le contrôle financier font partie en principe des attributions générales (intransmissibles et inaliénables) du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 1 et 3, CO). En lien avec ses devoirs de diligence, il incombe généralement au conseil d'administration de garantir que l'entreprise subvienne à ses obligations financières (dans le délai imparti) (art. 717 et 958a CO). Toutefois, la concrétisation correspondante dans le droit de l'assainissement de la société anonyme a peu d'effets selon le droit en vigueur. La révision du droit de la société anonyme introduit de nouvelles obligations en cas de menace d'insolvabilité et précise ou modifie les obligations en cas de perte de capital et de surendettement. Ces obligations du conseil d'administration sont exposées plus en détail dans le présent article.**

## 1. Menace d'insolvabilité

**Notion**: on parle de menace d'insolvabilité lorsqu'on admet qu'une entreprise sera durablement dans l'incapacité d'honorer ses engagements de paiement (dans les délais impartis). Il s'agit dans ce cas d'un indicateur d'alerte concernant les liquidités. Des difficultés de paiement temporaires ou une sortie régulière de liquidités constituent les signes d'une menace d'insolvabilité.

**Obligations en vertu du droit en vigueur:** les obligations du conseil d'administration en cas de menace d'insolvabilité n'ont pas été réglées explicitement jusqu'ici. Comme indiqué en introduction, le conseil d'administration assume la responsabilité financière générale. Il doit veiller entre autres à ce que la société dispose d'une **planification des liquidités** et puisse toujours honorer ses engagements financiers (dans les délais impartis). S'il n'y parvient pas, les difficultés de paiement risquent d'avoir de graves conséquences pour l'entreprise:

- Si l'on admet que, par exemple en raison d'une menace d'insolvabilité, une entreprise doit cesser au moins une partie de ses activités dans les douze mois qui suivent la date du bilan, elle devra établir dès aujourd'hui ses comptes à la valeur de liquidation et non à la valeur d'exploitation (art. 958a CO). Cela conduit inévitablement à une perte considérable de valeur et souvent même à un surendettement.
- Lorsqu'une entreprise a déjà suspendu ses paiements, les créanciers peuvent de plus requérir la faillite sans poursuite préalable (art. 190, al. 1, ch. 2, LP). Cela oblige le conseil d'administration à améliorer régulièrement la situation financière en empruntant des capitaux, ce qui risque de simplement retarder l'insolvabilité (jusqu'au surendettement).

**Obligations en vertu du droit futur:** avec la révision du droit de la société anonyme, les obligations du conseil d'administration en cas de menace d'insolvabilité font l'objet de normes explicites: ainsi, il est prévu que le conseil d'administration surveille la solvabilité de la société (p. ex. au moyen d'un plan des liquidités) et évalue la situation économique de la société (art. 725, al. 1, COrev), ce qui compte de toute façon au nombre de ses obligations. Le conseil d'administration devra en cas de menace d'insolvabilité, tout comme en cas de perte de capital ou de surendettement, agir «avec célérité» (art. 725, al. 3, COrev).

En ce qui concerne les mesures à prendre, la loi n'est guère plus concrète:

- Si la société risque de devenir insolvable, la loi prévoit que c'est au conseil d'administration (et non à l'AG) qu'il appartient en premier lieu de prendre des mesures pour assurer la solvabilité (p. ex. fixation des priorités de dépenses, gel des dépenses, contrôle des rentrées de fonds, vente d'actifs non nécessaires à l'exploitation, opération de «sale and lease back», location de salles non requises ou de machines et d'installations sous-utilisées,

vérification des investissements prévus, vérification ou réduction des stocks).

- Si les mesures prises par le CA ne suffisent pas, il devra convoquer une assemblée générale et lui soumettre des propositions (p. ex. «coupe» ou augmentation du capital).
- Si aucune autre mesure d'assainissement n'est prometteuse, le CA doit même déposer une demande de sursis concordataire (art. 725, al. 2, COrev)(obligation désormais intransmissible et inaliénable du CA en vertu de l'art. 716a, al. 1, ch. 7, COrev).

**Conseils pour le CA:** même les nouvelles obligations introduites pour le conseil d'administration en cas de menace d'insolvabilité ne changent rien au fait qu'il est souvent déjà trop tard et qu'un assainissement est sans espoir en cas de menace d'insolvabilité.

Le conseil d'administration devrait donc également surveiller la situation financière et notamment les liquidités de l'entreprise en fonction de facteurs tels que le chiffre d'affaires, le volume des offres et des commandes, le nombre de visites de clients et la productivité, et réagir dès les premières difficultés de paiement. Ainsi, des mesures d'assainissement efficaces peuvent être prises à un stade précoce si nécessaire pour permettre un assainissement financier effectif de la société.

## 2. Perte de capital

**Notion**: contrairement à la menace d'insolvabilité, la perte de capital est un indicateur d'alerte lié au bilan que le droit en vigueur connaît déjà. Le droit révisé précise ou modifie le calcul de la perte de capital: il existe une perte de capital lorsque les actifs ne couvrent plus les dettes ni plus de la moitié du capital propre. En d'autres termes, la perte au bilan est supérieure à la moitié du capital propre. Font partie du capital propre le capital-actions, la réserve légale issue du capital non remboursable aux actionnaires et la réserve légale issue du bénéfice (mais non les réserves facultatives issues du bénéfice).

| ***Kapitalverlust*** | | | |
|---|---|---|---|
| **Aktiven** | | **Passiven** | |
| Umlaufvermögen | **30 Mio.** | Fremdkapital | **55 Mio.** |
| Anlagevermögen | **40 Mio.** | | |
| | | Eigenkapital | |
| Verlustvortrag | **30 Mio.** | (AK und gesetzl. Reserven) | **45 Mio.** |
| | **100 Mio.** | | **100 Mio.** |

Selon le texte de loi, «les derniers comptes annuels» sont déterminants pour établir une perte de capital, en règle générale à la valeur d'exploitation. Si une perte de capital est cependant **soupçonnée** en cours d'année, le conseil d'administration doit établir des **comptes intermédiaires** qui servent alors de référence.

**Obligations en vertu du droit en vigueur:** si une perte de capital en vertu du droit applicable est constatée, le conseil d'administration est tenue de convoquer immédiatement une assemblée générale (généralement extraordinaire) et de lui proposer des mesures d'assainissement (art. 725, al. 1, CO). Les mesures d'assainissement suivantes sont envisageables:

- coupe de capital (ou «coup de l'accordéon»): il est procédé à une réduction de capital déclarative accompagnée d'une augmentation de capital (art. 732, al. 1 et 5, CO).
- (simple) augmentation du capital
- abandon (partiel) de créances
- fusion d'assainissement
- assainissement tacite: les actionnaires effectuent des versements volontaires ou reprennent des dettes de la société.

**Obligations en vertu du droit futur:** le droit révisé de la société anonyme étend la marge de manœuvre du conseil d'administration en cas de perte de capital tout en lui imposant de nouvelles obligations.

Désormais, la convocation d'une AG d'assainissement n'est plus obligatoire ou requise immédiatement, mais le conseil d'administration peut procéder selon l'ordre en cascade suivant:

- En principe, le conseil d'administration peut, dans un premier temps, prendre **des mesures purement comptables**, telles que la liquidation des réserves latentes dans les comptes annuels établis selon le CO. Afin de remédier à une perte de capital, les immeubles et participations dont la valeur réelle dépasse le prix d'acquisition ou le coût de revient peuvent être réévalués au plus jusqu'à concurrence de cette valeur, à condition toutefois que l'organe de révision ou (en l'absence d'un tel organe) un réviseur agréé confirme par écrit que les dispositions légales sont respectées (art. 725c, al. 1 et 2, COrev). En outre, il est possible de réduire la base de calcul en compensant la perte par des réserves

(réserve facultative ou légale issue du bénéfice ou réserve légale issue du capital)(art. 674, al. 1, COrev) ou en réduisant le capital-actions (art. 653p COrev).

- Si des mesures purement comptables ne suffisent pas, le conseil d'administration doit prendre des **mesures afin de remédier à la perte de capital**. Sont envisageables des mesures opérationnelles (réduction des charges/augmentation des produits) et un renforcement du capital propre.
- Si les mesures susmentionnées ne suffisent pas, le conseil d'administration devra prendre **d'autres mesures d'assainissement** ou en faire la demande à l'AG, pour autant que ces mesures relèvent de sa compétence (art. 725a, al. 1, COrev). L'AG ne dispose pas de compétence décisionnelle sur les mesures d'assainissement opérationnelles.

Indépendamment des mesures susmentionnées, le conseil d'administration est tenu de soumettre les derniers comptes annuels (ou les comptes intermédiaires) au moins au **contrôle** restreint de l'**organe de révision** ou d'un réviseur agréé. Cela s'applique également lorsque l'entreprise a renoncé à une révision («opting-out»). Cette obligation s'éteint lorsque le conseil d'administration dépose une demande de sursis concordataire (art. 725a, al. 2 et 3, COrev). Si le contrôle restreint n'est pas effectué, la décision d'approbation de l'AG est nulle (art. 731, al. 3, CO). En outre, il existe un risque accru en matière de responsabilité du conseil d'administration, car l'absence de révision constitue un manquement aux devoirs manifeste.

**Conseils pour le CA**: le fait que la convocation immédiate d'une AG ne soit plus exigée selon le droit révisé en cas de perte de capital étend la marge de manœuvre du CA et permet également un assainissement sans que la crise que traverse l'entreprise ne devienne (immédiatement) publique. Cela ne change rien cependant à sa responsabilité de veiller à rétablir rapidement la santé financière de la société. Les mesures purement comptables en particulier peuvent ne pas suffire dans certains cas car elles retardent la perte de capital et risquent d'empêcher des mesures d'assainissement pouvant être importantes.

En cas de **perte de capital**, il convient d'**agir rapidement** et de prendre des mesures qui améliorent effectivement la situation financière. Il convient de noter la nouvelle obligation de révision introduite qui, comme cela a été mentionné, s'applique même aux sociétés qui ont fait le choix de l'opting-out. En l'absence de révision, le conseil d'administration s'expose à un risque non négligeable en matière de responsabilité.

### 3. Surendettement

**Notion**: le surendettement est également un indicateur d'alerte lié au bilan, cette notion étant définie de la même manière dans le droit en vigueur et dans le droit futur. Il existe un surendettement lorsque l'ensemble du capital propre et même une partie des capitaux étrangers ne sont plus couverts et ce, que ce soit à la valeur d'exploitation ou à la valeur de liquidation (art. 725b, al. 1, COrev). En d'autres termes, la perte est supérieure au capital propre.

| *Überschuldung* | | | |
|---|---|---|---|
| **Aktiven** | | **Passiven** | |
| Umlaufvermögen | **20 Mio.** | Fremdkapital | **55 Mio.** |
| Anlagevermögen | **20 Mio.** | | |
| Verlustvortrag | **60 Mio.** | | |
| | | Eigenkapital (AK und Reserven) | **45 Mio.** |
| | **100 Mio.** | | **100 Mio.** |

**Obligations en vertu du droit applicable et futur:** en principe, les obligations du conseil d'administration en cas de menace de surendettement réel ne changent pas, mais ont été précisées dans le droit révisé. L'ordre en cascade suivant s'applique:

- Le conseil d'administration doit d'abord garantir par un **contrôle financier** approprié et en fixant les principes de la comptabilité qu'il a connaissance ou des raisons d'admettre un possible surendettement.
- Comme pour la perte de capital, le conseil d'administration peut, en principe, prendre en premier lieu des **mesures purement comptables**.
- S'il existe des **raisons sérieuses** d'admettre un **surendettement**, le conseil d'administration doit immédiatement établir des **comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation** et les faire vérifier. Il peut être renoncé à l'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation lorsque la poursuite de l'exploitation est envisagée (pour les douze prochains mois) et que les comptes intermédiaires ne présentent pas de surendettement. Si la poursuite de l'exploitation n'est pas envisagée, des comptes intermédiaires à la valeur de liquidation

suffisent. Comme pour la perte de capital, ces comptes intermédiaires doivent être vérifiés par l'organe de révision ou par un réviseur agréé (art. 725b, al. 1, COrev).

- En cas de **surendettement effectif**, le conseil d'administration peut envisager deux mesures: une postposition ou un assainissement tacite.
  - Une **postposition** désigne le fait que les créanciers acceptent selon l'ampleur du surendettement que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de tous les autres créanciers et ajournent leurs créances (capital et intérêts, art. 725b, al. 4, ch. 1, COrev).
  - Par ailleurs, un **assainissement tacite** est envisageable aussi longtemps qu'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile, mais au plus dans les 90 jours qui suivent l'établissement des comptes intermédiaires vérifiés et que les créances des créanciers ne s'en trouvent pas davantage compromises (art. 725b, al. 4, ch. 2, COrev).
    Ce pronostic pourrait être difficile selon le cas, le seuil étant relativement élevé: la probabilité que la société retrouve une solidité financière durable et redevienne rentable dans les 90 jours (maximum) suivant la présentation des comptes intermédiaires vérifiés doit être supérieure à celle de l'échec. Il existe une grande insécurité juridique quant à la question de l'horizon d'assainissement vraiment approprié. Le délai de 90 jours ne doit pas être pleinement utilisé et ne devrait pas être considéré au sens strict. Les créances des créanciers ne doivent pas être davantage compromises pendant cette période.
- S'il n'est pas possible de remédier au surendettement par une postposition ou un assainissement tacite (en temps utile), le conseil d'administration (et subsidiairement, en cas «d'évidence», l'organe de révision) est tenu d'en **aviser le tribunal** ou de déposer le bilan. Le tribunal déclare la faillite ou accorde un sursis concordataire en vertu de l'art. 173a LP (art. 725b, al. 3, COrev).

**Conseil pour le CA**: le fait notamment de renoncer à aviser le juge suite à un assainissement tacite est hautement incertain sur le plan juridique. Ainsi, le délai de 90 jours à compter de l'établissement des comptes intermédiaires vérifiés ne doit pas être entièrement utilisé, mais il convient de rechercher une solution adaptée au cas.

## 4. Dispositions spéciales suite à la crise du coronavirus

Pour déterminer s'il existe une perte de capital ou même un surendettement qui déclenche les obligations d'action susmentionnées, les crédits COVID-19 et les crédits cantonaux pour les cas de rigueur ne doivent pas être pris en compte en tant que capitaux étrangers (art. 24 LCaS-COVID-19; art. 21 Ordonnance COVID-19 cas de rigueur).

Il convient également de tenir compte du fait que la loi n'impose pas de postposition pour les crédits Covid-19. Pour cela, la banque doit obtenir l'accord préalable de l'organisation de cautionnement, laquelle ne consentira que si la postposition de créances n'augmente pas les risques financiers encourus pour la Confédération (art. 7, al. 1 et 2, LCaS-COVID-19).

## Résumé

La révision du droit de l'assainissement élargit la marge de manœuvre du conseil d'administration tout en lui imposant de nouvelles obligations ou en précisant des obligations existantes. Ses risques en matière de responsabilité s'en trouvent accrus: si le conseil d'administration ne s'acquitte pas, ou s'acquitte trop tard, de l'une des obligations susmentionnées et si le manquement à cette obligation cause un dommage, il pourra en être tenu responsable en vertu du droit de la société anonyme (art. 754 CO).

Par conséquent, les conseils d'administration devraient surveiller la situation financière et notamment les liquidités de l'entreprise et prendre des mesures dès que des difficultés de paiement apparaissent, tout en restant prudent lorsqu'ils prennent des mesures purement comptables.