

## PERTE DE CAPITAL, SURENDETTEMENT, POSTPOSITION DE CREANCES ET BIENTÔT (?) MENACE D'INSOLVABILITE

**Christian M. REISER**

[cmr@oher.ch](mailto:cmr@oher.ch)

Rien de très neuf à ce jour (quoique...) sous le soleil de l'art. 725 CO, mais il est parfois des piques de rappel qui s'imposent. Tout entrepreneur digne de ce nom a la conviction que son projet est condamné au succès. Il sait par contre que la création et la gestion d'une entreprise ne sont pas exemptes de risques économiques et que les aléas de la conjoncture peuvent conduire celle-ci à traverser des turbulences.

**Flavien VALLOGGIA**

[fv@oher.ch](mailto:fv@oher.ch)

Il est loin le temps où les difficultés financières d'une entreprise étaient par principe l'objet d'opprobre. Aujourd'hui, le chef d'entreprise sait gérer ces moments difficiles en s'entourant de conseils professionnels et en respectant ses obligations légales. Petit état des lieux !

### 1. La perte de capital

Une perte de capital peut frapper une entreprise lorsqu'il ressort de son dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte par ses actifs. Cette situation, visée par l'art. 725 al.1 CO, impose au conseil d'administration de convoquer immédiatement une assemblée générale et de lui proposer des mesures d'assainissement.

L'administrateur avisé prendra le soin de satisfaire à ces exigences, au risque d'engager ultérieurement sa responsabilité en cas de retard coupable.

La détermination du montant du « capital-actions et des réserves » mérite quelques précisions à la lumière de la définition des capitaux propres résultant du droit comptable (art. 959a al.2 ch.3 CO). Dans une société anonyme, ceux-ci comprennent non seulement le capital-actions stricto sensu, mais également un éventuel capital-participation, tous deux à leur valeur nominale ; il n'y a par contre pas lieu de tenir compte d'un éventuel capital-authorized lorsque l'augmentation n'a pas été exécutée ni d'un capital conditionnel. De même, il n'y a pas lieu de prendre en considération – de par leur nature - d'éventuels bons de jouissance. Les réserves légales font également partie des capitaux propres et comprennent les réserves légales issues du capital, les réserves légales issues du bénéfice ainsi que les réserves facultatives issues du bénéfice. Les pertes cumulées ainsi que les propres parts au capital sont par contre à déduire des capitaux propres.

La convocation de l'assemblée générale des actionnaires ne pose pas de problèmes majeurs, à tout le moins pour les PME ; il convient de respecter les formes et règles statutaires relatives à sa convocation. Lorsque la composition de l'actionariat le rend possible, la tenue - à bref délai - d'une assemblée universelle lors de laquelle la totalité des actions doit être représentée, est possible, sans avoir à observer les formes pour sa convocation, comme le permet l'art. 701 CO. L'interprétation du terme « immédiatement » est sujette à discussion ; la sagesse voudrait que l'on ne dépasse pas trois ou quatre semaines avant de convoquer les actionnaires, ce délai permettant au conseil d'examiner les possibles pistes pour un assainissement. Ce délai peut même être quelque peu prolongé lorsque le conseil d'administration progresse rapidement vers une solution concrète à cette perte de capital.

Les possibilités d'assainissement dépendront bien sûr de la situation concrète de l'entreprise. On peut citer, à titre d'exemples, la réduction du capital-actions à hauteur de la perte au bilan, cas échéant suivie d'une augmentation simultanée du capital-actions au même niveau (soit la réduction simplifiée, communément appelée « coup d'accordéon »), la réorganisation de l'entreprise (restructurations de personnel, abandon d'un domaine d'activité, planification stricte de la trésorerie, etc.) ou encore la réévaluation d'immeubles et participations autorisées par l'art. 670 al.1 CO et contrôlées par un réviseur agréé, voire, enfin, l'abandon de créances d'actionnaires ou de tiers.

Les conséquences fiscales du mode d'assainissement envisagé devront également être soigneusement examinées par le conseil d'administration.

Il appartiendra ensuite à l'assemblée générale d'accepter ou de refuser la ou les mesures d'assainissement qui lui sont soumises par le conseil d'administration. Dans l'hypothèse où les actionnaires refusent les solutions proposées, notamment car ils n'arrivent pas à s'entendre entre eux et qu'aucune mesure concrète n'est décidée, le conseil d'administration ne peut qu'informer les actionnaires des risques de faillite imminents et du fait qu'ils portent ainsi atteinte aux intérêts des créanciers de par leur inaction.

## 2. Le surendettement

La situation bilancielle de l'entreprise peut être plus périlleuse que celle résultant d'une simple perte de capital. En effet, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO, soit lorsqu'il ressort du bilan que les dettes sociales ne sont plus couvertes ou, en d'autres mots, quand les dettes de l'entreprise sont plus élevées que ses actifs, ce sont des mesures plus incisives que le conseil d'administration devra prendre. Par « raisons sérieuses », il faut comprendre tous événements économiques ou juridiques susceptibles de mettre en danger la poursuite de l'activité de la société.

Dans un premier temps, un bilan intermédiaire doit être dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé (au sens de la loi fédérale sur la surveillance de la révision) ; il peut s'agir de l'organe de révision de la société, si cette dernière en a désigné un, mais un tiers remplissant les conditions légales peut être désigné pour cette vérification, laquelle ne constitue ni un contrôle ordinaire au sens de l'art. 727 CO, ni un contrôle restreint selon l'art. 727a CO.

Le bilan intermédiaire doit tout d'abord être dressé aux valeurs d'exploitation (soit dans l'optique où la société est à même de poursuivre son activité, ceci en respectant le principe comptable de prudence). S'il résulte du bilan établi aux valeurs d'exploitation une situation de surendettement, le conseil d'administration doit alors établir un second bilan intermédiaire aux valeurs de réalisation (soit aux valeurs en cas de cessation d'activité de la société, les éventuelles réserves latentes de l'entreprise étant ainsi reconnues comptablement, les frais de liquidation devant par contre être portés au passif du bilan). Dans l'hypothèse où tant le bilan aux valeurs d'exploitation que celui aux valeurs de

liquidation font apparaître un surendettement, le conseil d'administration est tenu d'en informer le juge.

En cas de « surendettement manifeste » et dans l'hypothèse où le conseil d'administration ne satisfait pas à ses obligations, il appartient alors à l'organe de révision d'aviser lui-même le juge (art. 728c al. 3 CO).

C'est sans doute le lieu de rappeler que les retards dans l'avis au juge sont très probablement la principale source d'actions en responsabilité contre les organes sociaux. Par contre, si seul le bilan aux valeurs d'exploitation fait apparaître un surendettement, le conseil d'administration n'a pas à aviser le juge ; il doit néanmoins et surtout prendre les mesures de précaution et d'assainissement qu'impose la situation de l'entreprise.

L'avis au juge donné en application de l'art. 725 al.2 CO conduira en principe au prononcé d'une faillite. Dans l'hypothèse où le conseil d'administration est à même de présenter des perspectives sérieuses, crédibles et concrètes de viabilité de l'entreprise, il pourra être – provisoirement – renoncé au prononcé d'une faillite au profit d'une mesure préservant son avenir telle qu'un ajournement de faillite ou un concordat. Mais le conseil d'administration devra se mettre en position de convaincre le juge de la crédibilité de sa vision.

## 3. La postposition de créance comme alternative à l'avis au juge

Il existe de longue date une alternative à cette exigence d'avis au juge et à ses strictes conséquences, solution largement utilisée en pratique depuis des décennies et aujourd'hui consacrée par la loi.

Dans sa teneur actuelle, l'art. 725 al. 2 CO *in fine* offre au conseil d'administration la possibilité de renoncer à l'avis au juge lorsque des créanciers de la société acceptent, par contrat, que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de l'insuffisance de l'actif. En d'autres termes, le créancier renonce à l'exigibilité de sa créance (et habituellement également aux intérêts) et accepte de manière irrévocable qu'en cas de faillite de la société débitrice, sa créance soit placée à un rang inférieur par rapport à toutes les autres créances. Le créancier pourra alors faire valoir sa créance uniquement lorsque tous les autres créanciers sociaux auront été désintéressés.

C'est l'objet de la postposition de créance, laquelle-après n'avoir

été qu'une pure construction économique résultant de la pratique comptable - a été consacrée par la modification de l'art. 725 al. 2 CO, entrée en vigueur le 1er juillet 1992. L'objectif du législateur était de favoriser l'assainissement d'entreprises en difficultés.

Si l'ancienne pratique comptable se satisfaisait d'une simple déclaration unilatérale du créancier disposé à postposer sa créance, les exigences actuelles sont plus élevées. Le conseil d'administration prendra dès lors garde à ce que les exigences formelles et matérielles propres à garantir la validité de la postposition soient satisfaites :

- au plan formel, seule une convention en la forme écrite (même si elle n'est pas exigée par le texte de la loi) permettra de disposer d'une preuve suffisante de l'accord du créancier postposant et des conditions de cette postposition. Un texte écrit est de surcroît indispensable pour permettre au réviseur de valider la portée de la postposition et son adéquation avec l'objectif de renoncer à l'avis au juge, nonobstant le surendettement de la société;
- au plan matériel, la postposition de créance doit être inconditionnelle, irrévocable et de durée illimitée (soit jusqu'à la suppression durable du surendettement), tout en étant admissible qu'à la condition que le créancier postposant soit économiquement à même de supporter une possible perte totale de sa créance.

Le montant de la postposition doit également être soigneusement examiné. Elle doit couvrir l'insuffisance d'actifs, en principe selon un calcul fondé sur les valeurs de continuation ; un montant plus élevé (marge de sécurité) peut devoir être pris en considération, de cas en cas, s'il apparaît prévisible que des pertes supplémentaires interviendront avant que l'assainissement durable de l'entreprise ne soit réalisé. En tout état, la créance postposée n'est ni exigible, ni compensable, ni cessible avant que le surendettement n'ait disparu.

D'un point de vue comptable, la postposition ne constitue pas un abandon de créance et n'éteint pas la dette ; le rapport actifs/passifs reste en effet inchangé et cette mesure ne permet pas, à proprement parler, un assainissement réel du bilan.

Comme indiqué ci-dessus, la postposition de créance doit être validée par l'organe de révision, à la forme, au fond et dans sa quotité. Par contre, il n'y a pas lieu pour le conseil d'administra-

tion de solliciter l'accord formel des actionnaires.

#### 4. Les perspectives d'avenir

Les lecteurs assidus de la Feuille fédérale auront constaté que les Chambres fédérales sont saisies d'un projet de modification du droit de la SA, lequel comporte un volet touchant à l'assainissement (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 2016, FF 2017, 353 ss.). Le parlement fédéral ne l'a pas encore traité. Quelques possibles innovations peuvent néanmoins déjà être signalées.

Le projet du CF modifie tout d'abord le rythme d'intervention du conseil d'administration en cas de difficultés économiques. Il serait ainsi créé un « système d'alerte précoce » obligeant le conseil à établir un plan de trésorerie et à procéder à une évaluation globale de la situation économique de la société s'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'elle deviendra insolvable dans les six mois (douze mois pour les SA soumises à un contrôle ordinaire) ; le conseil serait alors tenu de prendre toutes mesures propres à assurer la solvabilité de l'entreprise. C'est, notamment, ce que prévoit le nouvel art. 725 P-CO sous le titre marginal « Menace d'insolvabilité ».

Les règles de l'actuel art. 725 CO ne sont pas fondamentalement modifiées par le projet du CF qui les reprend pour l'essentiel, tout en apportant certaines précisions, aux nouveaux art. 725a P-CO (Perte de capital) et 725b P-CO (Surendettement).

S'agissant des pertes de capital, le projet innoverait en abaissant le seuil d'alerte actuel de la moitié du capital-actions et des réserves aux deux-tiers ; une perte d'un tiers du capital-actions et des réserves obligerait ainsi le conseil à procéder à une analyse et à prendre les mesures qui s'imposent.

Pour les cas de surendettement, les règles seraient très similaires à celles aujourd'hui en vigueur, plusieurs précisions utiles étant pourtant apportées au nouveau (s'il est adopté) texte légal.

Enfin, la postposition de créance serait maintenue (elle aussi avec quelques précisions) dans la teneur du projet d'art. 725b al.4 ch 1 P-CO. Il est intéressant de signaler qu'une nouvelle disposition est proposée en relation avec le traitement des créances qui ont fait l'objet d'une postposition dans le cadre d'une action en responsabilité (art. 757 al. 4 P-CO). Alors qu'aujourd'hui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les créances qui ont fait l'objet d'une postposition doivent être prises en compte dans le calcul du dommage, la révision prévoit

expressément que de telles créances postposées ne seront pas prises en compte dans le calcul du dommage.

Pour terminer, il peut être relevé que le projet de modification du droit de l'assainissement dans le CO s'inscrit dans une logique incontestable après la révision de de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) entrée en vigueur le 1er janvier 2014, les deux textes légaux étant appelés à coexister.

En l'état, *wait and see* ce que les travaux parlementaires nous réserveront. Mais on peut d'ores et déjà tenir pour acquis qu'il en résultera un renforcement des obligations des administrateurs lors de difficultés de l'entreprise. Avec les risques que cela implique !

\* \* \*

\* \*

\*

## OHER & ASSOCIÉS

Avocats au Barreau de Genève

Rue de Candolle 16  
CH - 1205 GENEVE

Tél. : +41 22 320 42 42  
Fax : +41 22 320 41 09

etude@oher.ch  
www.oher.ch