

Parole à Olivier Hari, avocat chez Schellenberg Wittmer SA (co-responsable du département "Restructuration et Insolvabilité"), professeur à l'Université de Neuchâtel, et intervenant externe à notre séminaire Finances de l'ACAD.

Il incombe au Conseil d'administration (CA) de veiller à la santé financière de l'entreprise tout au long de sa vie, mais cette responsabilité prend une importance particulière lorsque la situation se dégrade. La dernière révision du droit des sociétés a précisé les trois situations que le CA doit éviter, mais assurément détecter et traiter avec toute la diligence et la célérité requises.

Le CA est responsable de la haute direction et de l'organisation de la SA; il doit aussi fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier, ainsi que le plan financier (716a CO). Ces éléments doivent permettre de **piloter la société par temps normal**, de s'assurer qu'elle peut atteindre ses objectifs, respectivement qu'elle les atteint en disposant des ressources nécessaires et en les utilisant à bon escient, et de faire rapport de l'activité devant l'assemblée générale. Le CA doit également anticiper toute dégradation financière, sous trois angles.

725 CO : la solvabilité

La **solvabilité** de l'entreprise se définit comme sa capacité à faire face à ses engagements financiers à court terme avec ses liquidités et est à mettre en relation avec la notion comptable de *going concern*. Si elle a toujours été un des principaux dangers qui menace la santé financière d'une entreprise, ce n'est que depuis la dernière révision du CO qu'elle est mentionnée explicitement à l'article 725.

La surveillance de la trésorerie doit être organisée en amont, avec la tenue à jour d'un **plan de trésorerie**. Il est idéalement établi sur une période roulante de 12 mois au moins, et devrait prévoir un ou plusieurs seuils d'alerte. Si la planification de trésorerie fait apparaître un manque de liquidités, le CA doit prendre des mesures adéquates permettant de garantir la solvabilité de l'entreprise.

Le maintien de la solvabilité peut être assuré par des mesures telles que :

- Accélérer les encaissements
- Négocier un échelonnement des paiements et/ou des abandons partiels de créance ou des ajournements et postpositions de créance
- Tenter d'obtenir des lignes de crédits bancaires (en l'absence de risque de surendettement) ou des prêts d'actionnaires (cas échéant immédiatement ajournés et postposés)
- Procéder à des désinvestissements (aliénation d'actifs non nécessaires au but de la société), sale & lease back, affacturage
- Proposer une augmentation de capital avec un agio important à l'assemblée générale (attention à la valorisation).

Si l'insolvabilité est structurelle, il convient d'agir sur la structure des revenus et des coûts, ou constater que tout ou partie de l'activité n'est plus profitable et y mettre un terme dans le cadre d'une liquidation partielle ordonnée, en prêtant une attention toute particulière aux compétences de l'AG en la matière.

725a CO : La perte de capital

A l'article 725a CO on retrouve la notion de **perte de capital**. Cette situation intervient lorsque à un moment donné, la moitié du capital-actions additionné des réserves légales issues du capital et du bénéfice qui ne sont pas remboursables aux actionnaires n'est plus couverte par les actifs nets, ou de manière similaire si les pertes cumulées dépassent la moitié du capital et des réserves légales issues du capital et du bénéfice. La détection du franchissement de ce seuil nécessite l'établissement d'un bilan, ordinaire (annuel) ou intermédiaire, soumis à un contrôle restreint en l'absence d'organe de révision. On détecte cette situation généralement a posteriori et les mesures sont donc de nature corrective et non préventives.

Dans ce cas, le CA doit mettre en œuvre des mesures propres à mettre un terme à la perte de capital. Parmi les mesures les plus courantes, on peut citer :

- Des abandons ou ajournements et postpositions de créances
- L'apport de fonds propres par des contributions à fonds perdu des actionnaires
- L'augmentation du capital-actions
- La réduction et augmentation du capital action (accordéon)

Ces mesures dépendent du bon vouloir des parties concernées, notamment des créanciers et actionnaires, et nécessitent obligatoirement la convocation d'une assemblée générale. A noter toutefois que certaines de ces mesures n'apportent pas de liquidités supplémentaires.

725b CO : Le surendettement

Si la situation est encore plus grave et que les pertes cumulées dépassent non plus la moitié mais la totalité du capital et des réserves légales, respectivement que les actifs sont supérieurs aux dettes, la société se trouve alors selon l'article 725b CO en situation de surendettement. Dans ce cas **le CA a l'obligation d'informer immédiatement le tribunal**, qui prononcera la **faillite**.

Il est cependant possible de renoncer à l'annonce s'il existe des raisons sérieuses de considérer que la situation pourra être rétablie rapidement (en moins de 90 jours, sans péjoration des intérêts des créanciers), ou si des abandons ou des ajournements et postpositions de créances existantes sont décidées, notamment la postposition de prêts actionnaires (qui deviennent ainsi non remboursables).

L'annonce au juge peut être accompagnée d'une requête de **sursis concordataire (moratoire)**, visant dans un délai déterminé soit à liquider la société, notamment en cédant ses actifs à un **tiers repreneur**, soit à **l'assainir** et en relancer l'exploitation. Dans cette procédure judiciaire, qui peut rester temporairement confidentielle, deux objectifs cumulatifs ou alternatifs peuvent être poursuivis : l'assainissement extra-judiciaire ou la restructuration de la dette dans un concordat conclu avec les créanciers. A défaut, une procédure de **faillite** est ouverte et le CA écarté au profit de l'administration de la faillite.

Dans tous les cas il est important que le CA agisse suffisamment tôt afin de garder le plus d'options possible pour l'assainissement ou le cas échéant de préserver les actifs en vue d'un remboursement maximum des créanciers dans le cadre de la faillite. A l'inverse, du retard dans la gestion de ces situations ainsi que des actes illicites durant cette période engagent la **responsabilité individuelle** des membres du CA.