

Perte de capital et surendettement

L'art. 725 du CO règle la phase de pré-faillite des entreprises en définissant les devoirs du conseil d'administration en cas de perte de capital ou de surendettement. Les administrateurs sont concernés au premier chef par cette disposition. En cas de surendettement, s'ils n'avisent pas le juge, ils risquent en effet d'engager leur responsabilité personnelle.

Résumé de l'article

Sous le titre «Perte de capital et surendettement», l'art. 725 du CO définit les devoirs du conseil d'administration (CA) dans les situations de pré-faillite.

Dans le cas d'une perte de capital, c'est-à-dire lorsque «la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte [par les actifs sociaux]», le CA doit convoquer une assemblée générale pour lui proposer des mesures d'assainissement.

Sous le titre «Perte de capital et surendettement», l'art. 725 du CO définit les devoirs du conseil d'administration (CA) dans les situations de pré-faillite.

Dans la situation où «il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée» c'est-à-dire «que les dettes sociales ne sont couvertes [par les actifs sociaux] ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'elles le sont à leur valeur de liquidation, le CA en avise le juge à moins que des créanciers de la société» n'acceptent de postposer leurs créances.

Lorsque le juge est avisé du surendettement, il déclare la faillite. Il peut également l'ajourner «si l'assainissement de la société paraît possible.»

Perte de capital

C'est un signal d'alarme qui exige du CA qu'il propose des mesures d'assainissement pour protéger les actionnaires et sauver la société.

Surendettement

Les pertes sont telles qu'elles ont complètement éliminé les fonds propres; sur la base des bilans dressés à cette occasion, les actifs sociaux ne suffiraient plus à payer tous les créanciers. Sauf

exception, le CA doit alors aviser le juge et celui-ci décidera si la société doit être retirée du circuit économique pour protéger les créanciers, c'est-à-dire mise en faillite.

Postposition

Le CA n'est pas tenu d'avertir le juge s'il parvient à convaincre certains créanciers de la société à renoncer à demander le remboursement de leurs créances tant que dure le surendettement et à placer leurs

créances à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances en cas de faillite. Si les postpositions permettent de couvrir l'insuffisance d'actifs, l'avis au juge n'est alors plus nécessaire. En pratique, c'est souvent un créancier proche de la société (par exemple un actionnaire) qui acceptera de postposer sa créance.

Ajournement

Dans la majorité des cas, le juge prononce la faillite lorsqu'il a été avisé du surendettement. Il peut toutefois l'ajourner s'il existe des perspectives sérieuses d'assainissement. Lorsque le juge accepte l'ajournement, il prend les mesures nécessaires à la conservation de l'actif social et place généralement la société sous le contrôle d'un curateur.

Raisons sérieuses

Si les créateurs d'entreprise qui sont membres du CA de leur société doivent retenir un point essentiel de l'article 725, c'est bien leur devoir d'aviser le juge s'ils ont des «raisons sérieuses» de penser que la société est en situation de surendettement, en particulier si la société est déjà en perte

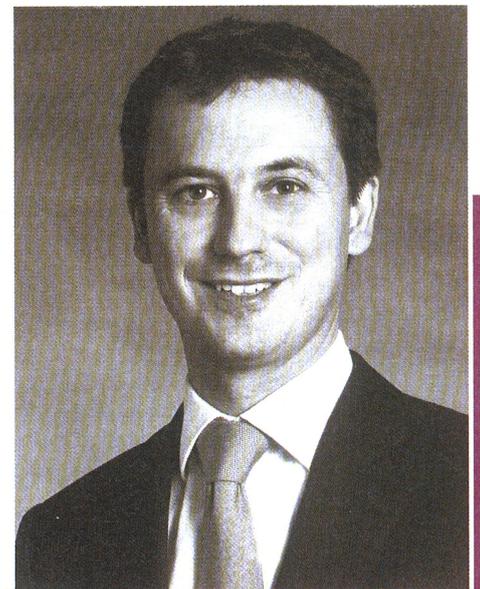
de capital ou en cas de crise. S'ils n'avertissent pas le juge, ils peuvent en effet engager leur responsabilité personnelle pour tout le passif qui se créerait dès lors.

Les administrateurs de petites structures, sans expérience, ne peuvent pas se réfugier derrière leur ignorance: le test sera de comparer leur comportement avec ce qu'aurait fait un administrateur diligent dans la même situation.

Projet de révision du Conseil fédéral

Encore à l'état de projet, la révision du droit de la société anonyme propose notamment l'introduction d'un troisième critère, celui de la solvabilité. Pour l'instant, on se base sur le bilan, il s'agit donc d'une analyse rétrospective. Le critère de la solvabilité qui se fonde sur l'analyse du cash-flow projeté pour l'avenir est certainement plus en adéquation avec la réalité financière des entreprises. Le projet ne résout toutefois pas tous les problèmes spécifiques que rencontrent les start-up. ■

Sébastien Bettschart



Sébastien Bettschart est chargé de cours «Assainissement et faillite» à l'Université de Fribourg. Il est avocat, associé de l'Etude Tavernier Tschanz, à Genève.