

# Révision du droit de la société anonyme: un état des lieux intermédiaire

## Avec une màJ sur le droit COVID-19 urgent

1. Droit de l'assainissement
2. Droit COVID-19 pour les sociétés en difficulté
3. Transparence dans les entreprises de matières premières

Prof. Dr. Olivier Hari (Université de Neuchâtel)  
Avocat (Schellenberg Wittmer SA)

Séminaire en ligne, 7 mai 2020



## Droit de l'assainissement : situation actuelle

---

1. Deux niveaux d'alerte:
  - a) Perte de capital (art. 725 al. 1 CO)
  - b) Surendettement (art. 725 al. 2 CO)
  
2. Conséquences de la perte de capital : convocation d'une assemblée (extraordinaire) et proposition de mesures d'assainissement (art. 725 al. 1 CO)
  
3. Conséquences du surendettement
  - a) Avis au juge, sauf en cas de postposition à hauteur du surendettement (art. 725 al. 2 CO)
  - b) Faillite, alternativement ajournement de faillite (art. 725a al. 2 CO) ou sursis concordataire (art. 173a et 293 ss LP)

## Droit de l'assainissement : situation future (1)

---

### 1. Art. 725 P-CO / Menace d'insolvabilité

- ❑ Al. 1: Le conseil d'administration surveille la solvabilité de la société.
- ❑ Al. 1bis: Si la société risque de devenir insolvable, le conseil d'administration prend des mesures visant à garantir sa solvabilité. Au besoin, il prend encore d'autres mesures afin d'assainir la société ou il propose de telles mesures à l'assemblée générale, pour autant qu'il incombe à cette dernière de prendre ces mesures. Le cas échéant, il dépose une demande de sursis concordataire.
- ❑ Le conseil d'administration agit avec célérité.

### Analyse

- a) Nouvelle disposition inconnue du droit actuel
- b) Projet du CF plus complet / complexe
- c) «Nouvelle compétence» du CA
- d) Pas d'obligation d'établir un plan de trésorerie et d'inventaire en cas de menace d'insolvabilité (?)
- e) Obligation de prendre des mesures (extra-judiciaires de droit des sociétés ou autres, judiciaires).
- f) Norme comportementale nouvelle: obligation d'agir avec célérité

## Droit de l'assainissement : situation future (2)

---

### 2. Art. 725a P-CO Perte de capital (partie 1)

- Al. 1: Lorsqu'il ressort du dernier bilan annuel que les actifs, après déduction des dettes, ne couvrent plus la moitié de la somme du capital-actions, de la réserve légale issue du capital et de la réserve légale issue du bénéfice qui ne sont pas remboursables aux actionnaires, le conseil d'administration prend des mesures propres à mettre un terme à la perte de capital. Au besoin, il prend d'autres mesures d'assainissement ou en propose à l'assemblée générale, pour autant qu'elles relèvent de la compétence de cette dernière.

### Analyse

- a) Disposition plus précise que l'actuelle disposition
- b) Modifications matérielles: élargissement des mesures à prendre

## Droit de l'assainissement : situation future (3)

---

### 2. Art. 725a P-CO Perte de capital (partie 2)

- ❑ Al. 2: Les derniers comptes annuels doivent être soumis à un contrôle restreint par un réviseur agréé avant leur approbation par l'assemblée générale si la société n'a pas d'organe de révision. Le conseil d'administration nomme le réviseur agréé.
- ❑ Al. 3 : L'obligation de révision prévue à l'al. 2 s'éteint lorsque le conseil d'administration dépose une demande de sursis concordataire.
- ❑ Al. 4 Le conseil d'administration et l'organe de révision ou le réviseur agréé agissent avec célérité.

### Analyse

- a) Modifications matérielles relatives à la forme
- b) Norme comportementale nouvelle: obligation d'agir avec célérité

## Droit de l'assainissement : situation future (4)

---

### 3. Art. 725b P-CO Surendettement (partie 1)

- Al. 1: S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs, le conseil d'administration établit immédiatement des comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation. Il peut être renoncé à l'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation lorsque la poursuite de l'exploitation est envisagée et que les comptes intermédiaires ne présentent pas de surendettement. L'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation est suffisant lorsque la poursuite de l'exploitation n'est plus envisagée.

### Analyse

- a) Quelques précisions formelles
- b) Ajouts matériels: délai, et type d'établissement des comptes dans des circonstances particulières

## Droit de l'assainissement : situation future (5)

---

### 3. Art. 725b P-CO Surendettement (partie 2)

- ❑ Al. 2: Le conseil d'administration fait vérifier les comptes intermédiaires par l'organe de révision ou, s'il n'y en a pas, par un réviseur agréé; il nomme le réviseur agréé.
- ❑ Al. 3: S'il ressort des deux comptes intermédiaires que la société est surendettée, le conseil d'administration en avise le tribunal. Celui-ci déclare la faillite ou procède conformément à l'art. 173a de la loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

### Analyse

- a) Distinction entre sociétés disposant d'un OR et les autres mais pas de changement matériel
- b) La conséquence du surendettement reste la même

## Droit de l'assainissement : situation future (6)

### 3. Art. 725b P-CO Surendettement (partie 3)

□ Al. 4: Le conseil d'administration n'est pas tenu d'aviser le tribunal:

1. si des créanciers **ajournent** des créances et acceptent qu'elles soient **placées à un rang inférieur** à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de l'insuffisance de l'actif, **pour autant que la postposition porte également sur les intérêts dus pendant toute la durée du surendettement [et qu'il existe des raisons d'admettre que la société pourra être assainie];**
2. **[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 bilans intermédiaires, et pour autant que le surendettement n'augmente pas sensiblement] OU [s'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en un bref laps de temps, adapté aux circonstances, et d'assainir la société et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas davantage compromise].**

### Analyse

a) Circonstances permettant la suppression de l'obligation d'aviser le juge précisées:

- Nouvelle notion d'ajournement de créances et autres obligations en lien avec l'ajournement (plus divergence sur les perspectives d'assainissement)
- Nouvelle possibilité de ne pas aviser le juge si un assainissement est «sérieusement» possible dans un certain délai (divergences)

## Droit de l'assainissement : situation future (7)

---

### 3. Art. 725b P-CO Surendettement (partie 5)

- ❑ Al. 5: Si la société ne dispose pas d'un organe de révision, il appartient au réviseur agréé de procéder aux avis obligatoires qui incombent à l'organe de révision chargé du contrôle restreint.
  
- ❑ Al. 6: Le conseil d'administration, l'organe de révision ou le réviseur agréé agissent avec célérité.

### Analyse

- a) Nouvelle obligation pour le réviseur agréé en plus de l'organe de révision
- b) Nouvelle norme comportementale pour le conseil d'administration, l'organe de révision et le réviseur agréé

## Assainissement et réévaluation: situation actuelle

---

### **Art. 670 CO**

1. Si la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte par suite d'une perte résultant du bilan, les immeubles ou les 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 afin d'équilibrer le bilan déficitaire. Le montant de la réévaluation doit figurer séparément au bilan comme réserve de réévaluation.
2. La réévaluation ne peut intervenir que si un réviseur agréé atteste par écrit à l'intention de l'assemblée générale que les conditions légales sont remplies.

## Assainissement et réévaluation: situation future

---

### 4. Art. 725c P-CO Réévaluation des immeubles et des participations :

- ❑ Al. 1: En cas de perte de capital ou de surendettement, les immeubles et les participations dont la VR dépasse le prix d'acquisition ou le CR peuvent être réévalués jusqu'à concurrence de cette valeur. Le montant doit figurer séparément dans la RLB comme réserve de réévaluation.
- ❑ Al. 2: Obligation d'attestation de l'OR ou d'un réviseur agréé confirmant que les conditions légales sont remplies.
- ❑ Al. 3 Dissolution possible uniquement par transformation en capital-actions ou en capital-participation, par correction de valeur ou par aliénation des actifs réévalués.

### Analyse

- a) Pas de modification matérielle importante
- b) Modalités de dissolution précisées

## Ajournement de faillite et procédure concordataire: situation actuelle

---

### 1. Deux procédures distinctes

- a) Ajournement (art. 725a CO): pas de limites temporelles, publication = exception
- b) Sursis concordataire (art. 293 ss LP) : provisoire (4 mois, peut ne pas être publié), suivi d'un sursis ordinaire (12-24 mois, obligatoirement publié)

## Ajournement de faillite et procédure concordataire: situation future

---

### 1. Art. 293a al. 2 P-LP

- a) Sursis provisoire de quatre mois
- b) Lorsque la situation le justifie, le sursis provisoire peut, sur requête du commissaire ou, à défaut, du créancier, être prolongé de 4 mois au plus (= 8 mois au maximum)

## Ordonnance COVID-19 / Surendettement et avis au juge

---

### **Section 1      Adaptation en matière d'avis de surendettement**

#### **Art. 1            Avis obligatoires**

<sup>1</sup> En dérogation à l'art. 725, al. 2, du code des obligations (CO)<sup>2</sup>, le conseil d'administration peut renoncer à aviser le juge si la société n'était pas surendettée le 31 décembre 2019 et qu'il existe une perspective de mettre fin au surendettement avant le 31 décembre 2020.

<sup>2</sup> Il doit justifier sa décision par écrit et la documenter.

<sup>3</sup> En dérogation à l'art. 725, al. 2, CO, il peut être renoncé à la vérification du bilan intermédiaire.

<sup>4</sup> En dérogation aux art. 728c, al. 3, et 729c CO, l'organe de révision est dispensé de l'obligation d'avertir le juge si le conseil d'administration peut renoncer à aviser ce dernier en vertu de l'al. 1.

#### **Art. 2            Autres formes juridiques**

L'art. 1 s'applique par analogie à toutes les formes juridiques pour lesquelles la loi prévoit un avis obligatoire en cas de perte de capital et de surendettement.

## Ordonnance COVID-19 / Sursis COVID-19 pour PME (1)

---

### Section 3 Sursis COVID-19

#### Art. 6 Octroi du sursis

<sup>1</sup> Tout débiteur dont la forme juridique est celle de l'entreprise individuelle, la société de personnes ou la personne morale peut requérir du juge du concordat un sursis limité à trois mois au plus (sursis COVID-19) s'il n'était pas surendetté le 31 décembre 2019 ou que des créances à hauteur du surendettement ont été placées à un rang inférieur conformément à l'art. 725, al. 2, CO<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Ne peuvent requérir le sursis COVID-19 les personnes morales suivantes:

- a. les sociétés ouvertes au public au sens de l'art. 727, al. 1, ch. 1, CO;
- b. les sociétés qui, au cours de l'année 2019, ont dépassé deux des valeurs au sens de l'art. 727, al. 1, ch. 2, CO.

<sup>3</sup> Dans sa requête, le débiteur doit présenter sa situation de fortune de manière crédible et joindre les pièces qui l'attestent dans la mesure du possible.

<sup>4</sup> Le juge du concordat se prononce sans délai sur l'octroi du sursis et prend les mesures nécessaires.

## Ordonnance COVID-19 / Sursis COVID-19 pour PME (2)

---

### ❑ **Qualification:**

- Pur moratoire (art. 11ss OI COVID-19)
- Vaut avis de surendettement (art. 8)
- Pas possible pour les personnes physiques ( contrairement au sursis 293 LP )

### ❑ **Effets sur les droits du débiteur:**

- poursuite de l'activité (art. 13 al. 1 OI COVID-19), év. sous la surveillance d'un commissaire sur demande/d'office en tout temps
- interdiction de payer les dettes nées avant le sursis, sauf créances de première classe (art. 11 al. 3 OI COVID-19)
- interdiction d'accomplir des actes qui nuiraient aux intérêts légitimes des créanciers ou favoriseraient certains d'entre eux au détriment d'autres (art. 13 al. 1, 1ère phrase OI COVID-19)
- Interdiction d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, ou de constituer un gage sans l'accord du juge
  - Accord = protection contre l'action révocatoire
- Pas de résiliation des contrats de durée
- Autres: identiques à ceux du sursis concordataire actuel

## Ordonnance COVID-19 / Sursis COVID-19 pour PME (2)

---

### ❑ **Effets sur les droits des créanciers:**

- Aucune poursuite ne peut être engagée ou poursuivie contre le débiteur
- Exceptions: poursuite en réalisation du gage et saisie pour 1ère classe
- La cession de créance future conclue avant l'octroi du sursis ne déploie pas d'effets si la créance cédée prend naissance après l'octroi du sursis (art. 12 al. 4 OI COVID-19)
- Autres: identiques à ceux du sursis concordataire LP

### ❑ **Publicité:**

- Publication FOSC et communication à l'OP, au RC et au RF obligatoires (art. 10 al. 1 OI COVID-19)
- Obligation du débiteur d'informer les créanciers connus par écrit ou courrier électronique (art. 10 al. 2 COVID-19)

## Ordonnance COVID-19 / Sursis COVID-19 pour PME (4)

---

### ❑ **Durée:**

- 3 mois (art. 6 al. 1 OI COVID-19), prolongeable une fois (art. 7 al. 1 OI COVID-19)
- En cas de conversion du sursis COVID-19 en sursis concordataire, la durée maximale du sursis provisoire est diminuée de la moitié de la durée déjà écoulée du sursis COVID-19
- Durée du sursis concordataire provisoire: 4 mois, prolongé temporairement à 6 (art. 4 OI COVID-19)

### ❑ **Recours :**

- Le débiteur et les créanciers peuvent attaquer la décision du juge du concordat par la voie du recours au sens du code de procédure civile (art. 14 al. 1 OI COVID-19)
- La = laquelle?
- Pas d'effet suspensif contre la décision d'octroyer ou de prolonger le sursis «concordataire» (recte: COVID-19)

### ❑ **Faillite:**

- Révocation du sursis (?) (art. 7 al. 2 OI COVID-19)
- Paiement de créances pre-sursis COVID-19 (art. 11 al. 3 OI COVID-19)
- Violation des règles sur les interdictions de disposer de l'actif (art. 13 al. 5 OI COVID-19)

## Ordonnance COVID-19 / Sursis concordataire COVID-19

<b>Sursis concordataire suspendu</b>	<b>Sursis concordataire COVID-19 style</b>
Art. 293 let. a LP: plan d'assainissement Art. 293a al. 3 LP: existence de perspectives d'assainissement / d'homologation d'un concordat	Art. 3 al. 1: pas de plan d'assainissement Art. 3 al. 2: suspension de l'art. 293a al. 3 LP
Art. 293a al. 2 LP: sursis provisoire de 4 mois au maximum	Art. 4: sursis provisoire de six mois au maximum Art. 15: déduction de de la moitié de la durée déjà écoulée du sursis COVID-19
Art. 296b let. a et b: faillite prononcée d'office avant l'expiration du sursis si cette mesure est indispensable pour préserver le patrimoine du débiteur ou qu'il n'y a manifestement plus aucune perspective d'assainissement ou d'homologation du concordat;	Art. 5 : jusqu'au 31 mai 2020, l'art. 296b, let. a et b, LP1 ne s'applique pas si le débiteur n'était pas surendetté le 31 décembre 2019 (« <i>clausula rebus sic stantibus</i> »)

## Ordonnance COVID-19 / durée et droit transitoire

---

### ❑ **Durée (art. 23 OI COVID-19)**

- Entrée en vigueur le 20 avril 2020 à 0 h 00.
- Déploie des effets pendant six mois au plus à compter de la date de l'entrée en vigueur, sous réserve de l'al. 3.

### ❑ **Droit transitoire (art. 22 OI COVID-19)**

- Si une requête de sursis concordataire a été déposée avant le 20 avril 2020, l'ancien droit s'applique à la procédure concordataire
- Autres questions:
  - Quid d'un sursis COVID-19 venant à échéance après l'échéance de la validité du droit d'urgence ?
  - Quid de la conversion en sursis concordataire, après l'échéance de la validité du droit d'urgence ?
  - Quid du délai au 31 décembre 2020 par rapport au surendettement si le droit d'urgence prend effectivement fin en septembre 2020 ?

## Transparence dans les entreprises de matières premières : genèse et processus législatif

---

1. Le 25 juin 2014, le Conseil fédéral a adopté le rapport du 16 mai 2014<sup>218</sup> relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat du 29 avril 2013 de la Commission de politique extérieure du Conseil national (CPE-N) « Davantage de transparences dans le secteur des matières premières »
2. UE: directive 2013/34/UE et directive 2013/50/UE
3. USA: Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Final rule de la SEC (Rule 13q-1)
4. Nouveaux art. 964a ss P-CO s'inspirant dans une large mesure des directives européennes

## Transparence dans les entreprises de matières premières: nouvelles règles comptables selon le CF, le CN et le CE (1)

---

### ☐ **Art. 964a/b/c P-CO**

#### **Obligation d'établir un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements pour :**

- a) Entreprises soumises au contrôle ordinaire
- b) Directement ou indirectement active dans la production de minerais, pétrole, gaz naturel, forêts primaires
- c) Production = exploration, prospection, découverte, exploitation, extraction, et exploitation de bois
- d) Pour les entreprises tenues d'établir les comptes annuels consolidés: rapport consolidé
- e) Prestations: espèces ou nature, incluant les droits à la production, impôts (production, B), redevances, dividendes (sauf associé), primes de signatures / découverte / production, droit de licences, location, entrée, autorisation & concessions, amélioration d'infrastructure
- f)  $\geq 100'000.-$  (en une fois ou ensemble)

## Transparence dans les entreprises de matières premières: nouvelles règles comptables selon le CF, le CN et le CE (2)

---

### ☐ **Art. 964a al. 3 P-CO: Dispense de rapport pour :**

- a) les entreprises ayant leur siège en Suisse incluses dans le rapport sur les paiements du groupe établi par elle ou par une autre entreprise ayant son siège à l'étranger
- b) dans le rapport sur les paiements du groupe établi conformément au droit suisse ou à des dispositions équivalentes du droit étranger
- c) mais indication dans l'annexe du nom de l'autre entreprise établissant le rapport, et publication du rapport

## Transparence dans les entreprises de matières premières: nouvelles règles comptables selon le CF, le CN et le CE (3)

---

### ☐ **Art. 964d P-CO: Publication du rapport**

- a) Par voie électronique
- b) Dans un délai de six mois à compter de la fin de l'exercice
- c) Accessibilité pendant 10 ans
- d) Structure selon ordonnance du CF

### ☐ **Art. 964e P-CO: Conservation**

- a) Art. 958f applicable par analogie
- b) Pendant 10 ans, exemplaire imprimé et signé, conservation sur support papier, électronique ou sous toute forme équivalente, lien avec les transactions/autres faits sur lesquels ils portent soit garanti et lecture possible en toutes circonstances

### ☐ **Art. 964f P-CO: Extension du champ d'application**

- a) Le Conseil fédéral peut, dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale, décider que les obligations visées aux art. 964a à 964e s'appliquent également aux entreprises actives dans le négoce de matières premières.

## Commentaires, conclusion et discussion

---

- **Quizz: dans un contexte d'insolvabilité, de perte de capital, et de surendettement, expliquez quand sont appelés à intervenir l'organe de révision et un réviseur, agréé? Quelles sont leurs obligations respectives?**

Merci de votre attention

