

Jean-Luc Chenaux
Edgar Philippin

Le conseil d'administration en temps de crise



Stämpfli Editions

La Suisse, à l'instar de la planète entière, est aux prises avec une crise sanitaire d'une ampleur inédite, qui a contraint les autorités fédérales à adopter des mesures rigoureuses de protection de la population. Ces mesures ont entraîné un ralentissement, voire pour certains secteurs un arrêt, de l'économie. Pour remédier à ces conséquences, le Conseil fédéral a approuvé diverses mesures de soutien aux entreprises aux fins de prévenir des crises de liquidités et, à terme, de très nombreuses faillites.

Dans un contexte aussi troublé et incertain, le conseil d'administration est le maître de la gestion de la crise. Il doit plus que jamais assumer pleinement les responsabilités qui lui sont assignées. Ces responsabilités se traduisent dans la nécessité d'identifier rapidement la nature de la crise et ses conséquences sur le plan des liquidités et des fonds propres de l'entreprise, dans l'obligation de veiller à l'existence d'une organisation apte à poursuivre son activité dans le respect des exigences de protection des collaborateurs et dans l'engagement des mesures nécessaires à l'assainissement de l'entreprise.

L'ouvrage se veut un guide du conseil d'administration en temps de crise. Il rappelle dans un premier temps les obligations qui incombent à l'organe supérieur de direction et les outils d'assainissement à disposition de la société. Dans une seconde partie, il décrit plus particulièrement les mesures d'urgence adoptées par le Conseil fédéral et examine leur impact sur l'activité du conseil d'administration. Le droit d'urgence topique est recensé à la fin de la contribution sous la forme d'hyperliens, qui permettront au lecteur de consulter les textes dans leur version actuelle.

Jean-Luc Chenux
Edgar Philippin

Le conseil d'administration en temps de crise



Stämpfli Editions

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2020
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-3507-8

Avant-propos

Le présent texte consiste en partie en une actualisation de l'article de Jean-Luc CHENAUX/Loïc PFISTER, « Aspects juridiques de l'assainissement (cadre, outils et responsabilité) », in: *Aspects pratiques du droit de l'entreprise* (Lauren Ojha, édit.), Lausanne 2010 (CEDIDAC vol. 86), pp. 95-189. Les auteurs remercient Loïc PFISTER pour son accord à cette démarche de mise à jour et de complément. Ils expriment également leur gratitude à Mathieu CHÂTELAIN pour son appui dans l'élaboration de la version actualisée et des développements relatifs au droit d'urgence. Compte tenu des circonstances actuelles, il n'a pas été possible d'actualiser le texte sur la base de toutes les ressources, en particulier celles qui n'étaient disponibles qu'en bibliothèque.

Table des matières

Avant-propos	I
Table des abréviations	VII
Bibliographie	IX
Matériel de référence COVID-19	XIX
I. Ordonnances	XIX
II. Documents explicatifs, aide-mémoire et commentaires	XX
A. Ordonnance 2	XX
B. Crédits et cautionnements solidaires	XX
C. Start-up	XXI
D. Insolvabilité	XXII
E. Perte de gain	XXII
F. Assemblées générales	XXII
G. Plans de protection pour la reprise du travail	XXII
Introduction	1
§ 1 Devoirs du conseil d'administration en cas de crise	2
I. Nature de la crise COVID-19	2
II. Devoirs généraux du conseil d'administration	3
A. Généralités	3
B. Mesures organisationnelles	4
C. Mise en œuvre des compétences en cas de crise	5
III. Respect de l'article 725 CO	10
A. Perte de capital (art. 725 al. 1 CO)	10
B. Surendettement (art. 725 al. 2 CO)	14
IV. Devoir d'informer les actionnaires et les créanciers	21
§ 2 Mesures d'assainissement	23
I. Cadre général	23
A. Nature des mesures d'assainissement	23
B. Objectifs des mesures d'assainissement	24
C. Plan d'assainissement	25
II. Mesures adoptées par la société	25
A. Mesures tendant à l'amélioration de la trésorerie	25

Table des matières

	B.	Mesures tendant à l'amélioration du bilan et des fonds propres : dissolution des réserves latentes	27
	C.	Mesures tendant à l'amélioration du rendement	29
III.		Contributions des actionnaires	30
	A.	Dissolution des réserves ouvertes	30
	B.	Augmentation du capital-actions	31
	C.	Réduction déclarative du capital-actions	33
	D.	Réduction et augmentation simultanée du capital-actions	35
	E.	Contribution à fonds perdus	36
	F.	Prêt chirographaire	37
	G.	Garanties	38
	H.	Fusion d'assainissement et autres formes de restructuration	38
	1.	Fusion d'assainissement	38
	2.	Autres formes de restructuration	43
IV.		Mesures impliquant les créanciers	44
	A.	Moratoire de la dette (« Stand Still Agreements »)	45
	B.	Crédits-relais (« Bridge Loans »)	45
	C.	Conversion en actions (« Debt/Equity Swap »)	46
	D.	Remboursement sous forme d'actifs (« Debt/Asset Swap »)	47
	E.	Abandon de créance	47
	F.	Postposition	50
	1.	Généralités	50
	2.	Nature	51
	3.	Exigences de validité	51
	a)	Forme	51
	b)	Parties	52
	4.	Effets matériels de la postposition	53
	5.	Contenu matériel	55
	a)	Montant de la postposition	55
	b)	Caractère inconditionnel et irrévocable	56
	c)	Cession et mise en gage des créances postposées	57
	d)	Contrôle de la solvabilité du créancier	58
	e)	Durée	58
§ 3		Mesures COVID-19	59
I.		Évolution du cadre normatif	59
II.		Mesures de protection du personnel	61
III.		Mesures de soutien économiques et juridiques	62
	A.	Suspension temporaire des poursuites	62
	1.	Application de l'art. 62 LP	62

IV

2.	Réflexion sur de plus amples mesures de protection	63
B.	Mesures de soutien direct par la Confédération	64
1.	Aide de transition COVID-19	65
a)	Système	65
b)	But et restrictions d'utilisation des facilités	66
c)	Montant maximum	69
d)	Conditions des crédits COVID-19	71
e)	Conditions des crédits COVID-19 Plus	72
f)	Banques partenaires et modalités des crédits	72
g)	Procédure	74
h)	Comptabilisation	74
i)	Sanctions	75
2.	Allocation pour perte de gain	76
3.	Cotisations à la prévoyance professionnelle	76
4.	Assurance-chômage	77
C.	Mesures de protection contre le surendettement et l'insolvabilité	80
1.	Allègement des obligations prévues à l'article 725 alinéa 2 CO	80
a)	Absence de surendettement au 31 décembre 2019	82
b)	Perspective d'assainissement au 31 décembre 2020	83
c)	Obligations maintenues	85
2.	Mesures du droit de l'exécution forcée	85
a)	Adaptation du droit du sursis concordataire	85
b)	Sursis COVID-19	86
IV.	Mesures envisageables dans les relations avec les partenaires contractuels et les actionnaires	90
A.	Influence de la situation extraordinaire sur les contrats	90
1.	En général	90
2.	Contrats de bail	92
B.	Assemblée générale hors présence des actionnaires	93
	Conclusion	94

Table des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BNS	Banque nationale suisse
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil National
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	comparer
ch.	chiffre(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, RS 220)
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile suisse du 19
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
ECS	L'expert-comptable suisse
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
et al.	et autres
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
JdT	Journal des Tribunaux
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, LACI) du 25 juin 1982, RS 837.0
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) du 20 décembre 1946, RS 831.10
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA) du 10 octobre 1997, RS 955.0
LEp	Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp) du 28 septembre 2012, RS 818.101
let.	lettre(s)
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus) du 3 octobre 2003, RS 221.301

Table des abréviations

LOP	Loi sur l'organisation de La Poste Suisse (Loi sur l'organisation de la Poste, LOP) du 17 décembre 2010, RS 783.1
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) du 11 avril 1889, RS 281.1
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) du 25 juin 1982, RS 831.40
LSFin	Loi fédérale sur les services financiers (LSFin) du 15 juin 2018, RS 950.1
n.	note de bas de page
NAS	Normes d'audit suisse
n° / n ^{os}	numéro(s) marginal(aux)
not.	notamment
NF	Novità fiscali
OFJ	Office fédéral de la justice
OFSP	Office fédéral de la santé publique
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce (ORC) du 17 octobre 2007, RS 221.411
p. / pp.	page(s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
PME	Petites et moyennes entreprises
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
s. / ss	et suivante(s)
SAS	La Société anonyme suisse (revue)
SJ	Semaine judiciaire
spéc.	spécialement
TF	Tribunal fédéral
vol.	volume
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Bibliographie

- AFFENRANGER Markus, « Die Stellung der Banken in der Krisensituation. Rechtliche Aspekte », in : *Sanierung der AG. Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis* (Vito Roberto, éd.), 2^e éd., Zurich et al. 2003, pp. 103-120.
- ALBRECHT Andreas C., in : *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz* (Frank Vischer, éd.), 2^e éd., Zurich 2012.
- AMSTUTZ Marc/MABILLARD Ramon, *Fusionsgesetz (FusG). Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003*, Bâle 2008.
- BAHAR Rashid, in : *Commentaire LFus* (Henry Peter/Rita Trigo Trindade, éd.), Genève et al. 2005 (cité : 2005a).
- « Les créanciers dans l'assainissement. Abandon, subordination et conversion de créances », RDS 2005 I, pp. 479-514 (cité : 2005b).
- « Entre Charybde et Scylla. Le prêt d'assainissement judiciaire, une solution aux problèmes juridiques et économiques des sociétés en difficulté », GesKR 2009, pp. 331-343.
- BASTONS BULLETTI Françoise, « La postposition de créance selon l'art. 725 al. 2 CO », in : *Le droit en mouvement*, RFJ 2002 (numéro spécial « RFJ 10 ans »), pp. 103-117.
- BAUEN Marc/BERNET Robert, *Schweizer Aktiengesellschaft*, Zurich 2007.
- BÉNÉDICT Jérôme/JAQUIER Jérôme, « Les actionnaires face aux risques et aux conséquences d'une dilution de leurs droits en cas d'augmentation de capital », in : *Aspects actuels du droit de la société anonyme. Travaux réunis pour le 20^{ème} anniversaire du CEDIDAC* (François Dessemontet/Pierre-André Oberson/Alain Thévenaz/Mathieu Blanc, éd.), Lausanne 2005, pp. 149-189.
- BERSHEDA VUCUROVIC Tetiana, *Civil Liability of Company Directors and Creditor Protection in the Vicinity of Insolvency. Comparative Analysis based on the Swiss and English Legal Systems*, thèse Fribourg, Zurich 2007.
- « « Avis obligatoires et faillite » dans la révision du droit de la société anonyme. Le nouveau système d'alarme de la santé financière des sociétés anonymes : surprotection des actionnaires aux dépens des créanciers ou ignorance de la réalité économique? », GesKR 2008, pp. 235-253.
- BINDER Andreas/HOFSTETTER David/BILAND Janina/BOLLMANN Claudia, « Der Anwendungsbereich von Art. 6a COVID-19-Verordnung 2. Die Handlungsfähigkeit von sämtlichen privaten und öffentlichen Organisationen und Institutionen ist seit dem 17. März 2020 gesetzlich gewährleistet », Jusletter du 6 avril 2020.
- BLANC Mathieu, « La délégation de compétences par le conseil », in : *Aspects actuels du droit de la société anonyme. Travaux réunis pour le 20^{ème} anniversaire du CEDIDAC* (François Dessemontet/Pierre-André Oberson/Alain Thévenaz/Mathieu Blanc, éd.), Lausanne 2005, pp. 289-330.
- BÖCKLI Peter, « Der Rangrücktritt im Spannungsfeld von Schuld- und Aktienrecht », in : *Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zurich 1988, pp. 339-357.