

WilhelmGilliéron

AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 28 novembre 2022

Une société anonyme peut-elle contraindre ses actionnaires à lui fournir les moyens financiers pour faire face aux hausses des coûts entraînées par la crise énergétique actuelle ?

Cette question, tous les conseils d'administration d'une société anonyme impactée par la crise énergétique actuelle doivent se la poser sans tarder.

Comment peut-on y répondre ?

1.1. Considérations générales de base

A la rigueur du droit suisse des sociétés, particulièrement l'article 680 CO, les actionnaires d'une société anonyme ne peuvent être tenus, même par les statuts, à des prestations excédant le montant fixé lors de l'émission pour l'acquisition de leurs titres.

Il s'agit d'un principe cardinal du droit suisse des sociétés et qui revient à n'obliger les actionnaires qu'à la libération du capital pour lequel ils se sont engagés.

Naturellement, la société pourrait avoir conclu avec ses actionnaires une convention particulière obligeant ces derniers à lui fournir les moyens financiers nécessaires à la poursuite de son but social. Une telle situation est cependant extrêmement rare et nous ne la retiendrons pas dans le cadre du présent article.

1.2. Devoirs du conseil d'administration en cas de conjoncture économique défavorable

Même si cela ne figure pas expressément dans le Code suisse des obligations, mais sera repris dès le 1^{er} janvier 2023 dans le nouvel article 725 du Code des obligations, le conseil d'administration a l'obligation de surveiller la solvabilité de la société anonyme. Il doit prévenir tout risque d'insolvabilité et doit prendre toute mesure visant à garantir que la société puisse bénéficier des ressources financières et économiques suffisantes pour faire face à la conduite de ses activités opérationnelles normales.

A ce titre, le conseil d'administration dispose des instruments suivants :

1. Un bilan, respectivement un état financier,
2. Un plan de financement du cash-flow permettant l'évaluation prospective des besoins de la société en termes de flux de

trésorerie et

3. Un budget et cockpit d'indicateur financiers.

L'obligation d'établir un plan de trésorerie est d'ores et déjà actuellement obligatoire en application de l'article 961 chiffre 2 et de l'article 961b CO si la société est soumise à un contrôle ordinaire. Il le sera pour toutes les autres sociétés dès le 1^{er} janvier 2023. Implicitement, l'obligation d'obtenir un plan de financement et de mettre à jour constamment les outils financiers et de gestion susmentionnés découle déjà actuellement des termes de l'article 716a al.1 ch. 3 CO, lequel prévoit qu'il incombe au conseil d'administration d'exercer la haute direction de la société et de prévoir notamment un système de contrôle interne.

Le conseil d'administration a donc l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour permettre la continuation de l'exploitation de la société en disposant des ressources financières nécessaires à cette fin. A défaut, il se doit de prendre des mesures d'urgence.

1.3. Obligations du conseil d'administration, respectivement des actionnaires, en cas de menaces avérées à la capacité de trésorerie de la société pour des raisons de hausses des prix de l'énergie

Cette menace peut constituer un risque d'insolvabilité pour la société. Le conseil d'administration doit donc prendre les mesures adéquates visant à garantir la solvabilité de la société et la poursuite de son exploitation ordinaire.

Dans ce cadre, nous sommes d'avis qu'il incombe au conseil d'administration de prendre à tout le moins les actions rendues obligatoires par le nouvel article 725 du Code des obligations à savoir de convoquer une assemblée générale et de lui soumettre un plan d'assainissement lequel peut constituer en une augmentation de capital, en des abandons de créances ou en l'acceptation et la validation de mesures de crédit externes sollicités auprès de bailleurs de fonds externes sous forme de prêts ou de prêts convertibles.

Relevons que la convocation d'une assemblée générale des actionnaires n'est obligatoire selon l'article 725 nCO que si la mesure d'assainissement entre dans la compétence de l'AG. Tel est le cas si le capital-social doit être modifié. Tel n'est pas le cas si la société entend conclure un nouveau crédit avec un partenaire externe ou l'un de ses actionnaires. Cette situation est en outre rendue plus délicate si le but social de la société ne contient pas le droit de conclure des emprunts ou de conclure des prêts. Pour cette raison, nonobstant ce qui précède, nous recommandons **la convocation en tous les cas d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires** aux fins de prendre et/ou de valider les mesures d'assainissement nécessitées par la crise énergétique actuelle.

En tout état de cause, et à titre de mesures d'urgence, au vu de la crise actuelle et de ses conséquences à très brève échéance, il appartient au conseil d'administration d'établir immédiatement des **comptes intermédiaires aux valeurs de continuation**. Les comptes intermédiaires devront être vérifiés par l'organe de révision. La loi impose au conseil d'administration et à l'organe de révision d'agir avec célérité (articles 725 et 725a nCO).

C'est sur la base de ces comptes statutaires intermédiaires que les actionnaires seront sollicités pour accorder à la société un financement supplémentaire tel que décrit ci-dessus.

1.4. Quid si les mesures prises par le conseil d'administration et ou l'assemblée générale ne sont pas suffisantes ?

Dans ce cas, il incombe au conseil d'administration de la société d'envisager de déposer une demande de sursis concordataire.

Cette mesure permettrait de mettre la société à l'abri de ses créanciers pendant la durée du sursis concordataire provisoire, lequel peut

durer quelques mois mais pas plus. Le sursis provisoire peut ne pas être rendu public. Cette mesure permettra au commissaire au sursis, agissant de concours avec le conseil d'administration, de prévoir des mesures permettant d'éviter un sursis concordataire définitif et de permettre l'assainissement durable de la société.

Dans ce cadre, il faut noter que le nouvel article 725b nCO prévoit que le conseil d'administration n'est pas tenu d'avertir le juge s'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile, mais au plus tard dans les 90 jours qui suivent l'établissement des comptes intermédiaires et que l'exécution des créances existantes ne s'en trouvera pas davantage compromise.

Au vu de ce qui précède, le dépôt d'une requête de sursis concordataire ne doit être considérée que comme une *ultima ratio*, mais une *ultima ratio* nécessitée par le droit de la société anonyme. Cette mesure peut être brandie par le conseil d'administration comme la seule alternative à disposition de la société si ses actionnaires décidaient de rechigner à lui venir en aide.

Source :

<https://www.wg-avocats.ch/actualites/actualites-droit-societes-societe-anonyme-contraindre-actionnaires-fournir-moyens-financiers-faire-face-hausses-couts-crise-energetique/>