

WilhelmGilliéron

AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 16 novembre 2020

La future Ordonnance sur les cas de rigueur COVID risque de rater sa cible : deux pistes pour éviter cet écueil

Dans la suite de notre [précédente contribution du lundi 9 novembre 2020](#) au sujet du projet d'Ordonnance concernant les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises en lien avec l'épidémie de COVID-19 (l'Ordonnance sur les cas de rigueur COVID), nous souhaitons attirer l'attention de nos lecteurs sur deux éléments des conditions posées par l'article 4 de ce projet d'Ordonnance qui nous paraissent être contre-productives, car susceptibles d'empêcher que cette Ordonnance puisse venir en aide à toute une catégorie d'entreprises qui en ont actuellement urgemment besoin.

Nous pensons aux lettres b et c de l'alinéa 2 du projet de l'article 4 de cette Ordonnance, lesquelles portent sur les conditions auxquelles les entreprises sont réputées « rentables » ou « viables ». Selon ces deux chiffres, pour être « rentables » ou « viables », les entreprises ne doivent pas faire l'objet d'une « procédure concordataire » (lettre b) ni avoir, au 15 mars 2020, « d'arriérés de cotisations sociales » (lettre c).

Ces deux conditions ne sont pas souhaitables selon nous aux motifs suivants :

En ce qui concerne l'exigence que la société ne fasse pas l'objet d'une procédure concordataire, nous sommes d'avis que l'ajout de cette condition s'inscrit en porte-à-faux avec les obligations posées par le droit suisse des sociétés au conseil d'administration de faire diligence dans sa gestion.

Selon l'art. 716a al. 1 al. 1 CO, le conseil d'administration est en effet le seul responsable pour la gestion globale de l'entreprise au niveau stratégique et, selon l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO, il est chargé de surveiller les personnes chargées de la gestion de l'entreprise. Tant qu'une société n'est pas en crise, le conseil d'administration remplit généralement ces fonctions en définissant les principaux objectifs de l'entreprise, en approuvant la stratégie développée par l'exécutif et se tenant informé de la mise en œuvre de la stratégie, la réalisation des objectifs et le déroulement général des activités.

Toutefois, en cas de crise financière de l'entreprise, le conseil d'administration ne peut plus s'appuyer sur un contrôle passif de la gestion et sur la seule approbation des stratégies, mais doit introduire des mesures visant à maintenir la liquidité, à retrouver la rentabilité et – si nécessaire – rétablir les fonds propres nécessaires. Le conseil d'administration doit être proactif à cet égard. Il doit même être plus actif qu'en temps ordinaire.

Cette obligation de diligence accrue en temps de crise peut ainsi contraindre le conseil d'administration à approcher ses partenaires financiers, les actionnaires de la société et ses créanciers aux fins de maintenir en vie la société. Dans certains cas, cette obligation de diligence accrue oblige le conseil d'administration à requérir du juge compétent un sursis concordataire dans le but de trouver des solutions d'assainissement avec les créanciers de la société aux fins de convenir avec eux de solutions pragmatiques permettant la poursuite des activités dans la société dans l'optique que tout vaut mieux qu'une mise en faillite.

L'octroi d'un sursis concordataire permet à la société de continuer ses activités, de préserver ses emplois et de continuer à honorer ses engagements, tout en se mettant provisoirement à l'abri de ses créanciers. Il s'inscrit donc directement dans la ligne des mesures qu'un conseil d'administration diligent se doit de prendre en temps de crise, comme celle entraînée par l'actuelle pandémie. Le sursis

concordataire – même provisoire – n’est pas accordé à la légère par le juge. Il ne l’est qu’après une requête étayée devant une autorité judiciaire laquelle ne l’accorde que si elle est convaincue des perspectives de succès du concordat, soit de la survie de la société à long terme. Au contraire, si la requête est rejetée par le juge, la poursuite par voie de faillite continue ou l’ouverture de la faillite est demandée.

Une société en sursis concordataire n’est donc pas une société morte, mais une société qui se bat et qui démontre de réelles chances de s’en sortir. Elle mérite d’être aidée et lui refuser le statut d’entreprise viable comme le fait à tort le projet susmentionné va non seulement à l’encontre de l’institution même du sursis concordataire, mais s’inscrit à l’encontre du but même de cette ordonnance, car il contribue à littéralement assassiner nombre de sociétés viables sur le long terme.

En outre, la formulation de la lettre b du projet d’article 4 exclut de fait les sociétés bénéficiant d’une procédure concordataire ce qui a comme possible conséquence que certains conseils d’administration pourraient être tentés de ne pas faire preuve de diligence dans leur gestion et donc de ne pas faire d’annonce au juge afin de pouvoir bénéficier des dispositifs prévus par cette Ordonnance.

En conséquence, il nous semble que la formulation de l’article 4 lettre b ne doit pas mentionner les entreprises en sursis concordataire et que la version modifiée suivante serait préférable : *« sont réputées rentables ou viables les entreprises qui ne font pas l’objet d’une procédure de faillite, ou d’une liquidation au moment du dépôt de la demande ».*

En ce qui concerne la lettre c, à savoir que les entreprises ne sont réputées rentables ou viables que si elles n’ont pas, au 15 mars 2020, d’arriérés de cotisations sociales, cette condition apparaît également comme peu souhaitable et devant être relativisée, au motif suivant :

Certaines sociétés, du fait des RHT, ont dû faire face à des problématiques de trésorerie par la baisse drastique de leurs revenus, souvent liée à la fermeture et à l’interdiction de leurs activités commerciales en raison du COVID-19, tout en devant assumer l’entier de leurs obligations de sécurité sociale. Dans ce cadre, elles ont pu bénéficier d’un plan de paiement accordé par les autorités de sécurité sociale et dûment respecté par ces sociétés.

Dans ces circonstances, il serait injuste que de telles sociétés, dont le conseil d’administration a pris l’ensemble des mesures de diligence afin de pouvoir gérer au mieux cette situation provisoire, mais néanmoins extrêmement difficile, ne soient pas éligibles au sens de l’article 4 du projet d’Ordonnance.

Nous proposons donc de modifier comme suit la lettre c du futur article 4 de l’Ordonnance :

« Sont réputées rentables ou viables les entreprises qui n’avaient pas, le 15 mars 2020, d’arriérés d’impôts envers la Confédération, les cantons et les communes, ni d’arriérés de cotisations sociales et ce, pour autant qu’un plan de paiement n’ait pas été approuvé par l’autorité ad hoc et respecté par ces sociétés au jour du dépôt de la demande d’aide au sens de la présente Ordonnance ».

Par ailleurs, il nous apparaît que le projet d’Ordonnance devrait en outre être complété pour reprendre les termes du dispositif du sursis concordataire COVID-19 qui a cessé de déployer ses effets au 19 octobre 2020 et qui n’est donc, à l’heure actuelle, plus à disposition des entreprises. Cet allègement des conditions de l’octroi du sursis concordataire est un moyen important au bénéfice des entreprises en difficulté du fait des mesures sanitaires et des interdictions de leurs activités commerciales prises dans le cadre de la pandémie du COVID-19.

La situation est grave et de nombreuses entreprises sont en très grand danger à l’heure actuelle. Puissent nos parlementaires s’inspirer des considérations qui précèdent.