

WilhelmGilliéron

AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 17 avril 2023

L'article 725 et le nouveau droit de la SA : qu'est-ce qui change ?

L'article 725 du code suisse des obligations (CO) est une disposition emblématique du droit de la société anonyme. Ce numéro est connu de tous les praticiens du droit des sociétés, même des non-juristes.

En effet, cette disposition pose les seuils à partir desquels une société en difficulté financière doit soit prendre des mesures pour améliorer sa situation, soit faire appel au juge, c'est-à-dire demander sa mise en faillite.

Le nouveau droit décompose en trois nouvelles dispositions, l'article 725, l'article 725a et l'article 725b CO, le régime autrefois uniquement prévu par l'ancien et seul article 725.

En premier lieu, le nouvel article 725 CO pose la nouvelle obligation du conseil d'administration de **surveiller la solvabilité** de la société et de se doter des outils adéquats pour la mesurer. Nous avons déjà abordé les termes et le cadre de nouvelle obligation dans une précédente contribution [\[1\]](#).

En second lieu, le nouvel article 725a CO définit les seuils à partir desquels la société est en « **perte de capital** » obligeant le conseil d'administration à prendre avec célérité des mesures propres à y mettre un terme. Fruit de négociations byzantines entre les parlementaires, cet article ne diffère pas de l'ancien droit. Il précise toutefois expressément que le conseil d'administration est à la barre et doit agir avec célérité.

En troisième lieu, le nouveau droit institue une disposition particulière séparée en cas de « **surendettement** », ce que cette disposition définit par le fait que « les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs » [\[2\]](#). En cela le seuil de l'ancien droit reste le même. Si le seuil du surendettement est franchi, l'avis au juge doit être effectué par le conseil d'administration.

La nouvelle teneur de l'article 725b CO accorde toutefois au conseil d'administration une souplesse supplémentaire notable dans sa gestion du seuil du surendettement.

Le nouvel article 725b CO institue en effet à son alinéa 4 **deux exceptions à l'obligation de faire l'avis au juge** :

1. si des créanciers postposent leurs créances et acceptent qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société et pour autant que cette postposition porte également sur les intérêts dus pendant toute la durée du surendettement (article 725b al. 4 ch. 1 CO) ;
2. s'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile mais au moins **dans les 90 jours suivant l'établissement et la révision des comptes statutaires intermédiaires révisés** dont l'établissement est prévu par les alinéas 1 et 2 de cette disposition (article 725b al. 4 ch. 2 CO).

Si l'exception de la postposition n'est pas nouvelle, **le délai de 90 jours** constitue une bouée d'oxygène bienvenue pour le conseil d'administration, surtout depuis la disparition de l'ajournement de faillite dans le nouveau droit [3].

En situation de surendettement, le conseil d'administration (CA) peut donc à notre sens agir ainsi :

1. établir des comptes intermédiaires aux valeurs d'exploitation et de liquidation. Il peut renoncer à dresser un bilan intermédiaire aux valeurs de liquidation si la poursuite de l'exploitation de la société est envisagée ;
2. faire réviser ces comptes ;
3. en parallèle aux mesures décrites sous pts 1 et 2 ci-dessus, travailler sur des solutions constituant des « raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement ». A mon sens, la perspective d'un investissement à hauteur du surendettement et dont la perspective de conclusion peut être achevée dans les 90 jours suivant la révision des comptes intermédiaires constitue une telles « raison sérieuse ». Il en est de même d'une ou de plusieurs postpositions qui auraient l'effet de supprimer le surendettement ;
4. agir pour ce faire « avec célérité » (cf. article 725b alinéa 6 CO).

On le voit, les articles 725, 725a et 725b Co n'apportent pas de révolution au régime de l'ancien droit mais offrent des clarifications bienvenues aux obligations du conseil d'administration en la matière, en particulier concernant le délai de grâce de 90 jours de l'alinéa 4 chiffre 2 de l'article 725b CO. Le conseil d'administration est toutefois en première ligne et doit gérer très précisément et très adroitement ces situations pénibles. En la matière, prudence et anticipation restent donc les maîtres-mots.

[1] Au sujet des modalités de cette nouvelle obligation de surveiller la solvabilité de l'entreprise, cf. <https://www.wg-avocats.ch/actualites/articles-de-presse/surveiller-la-solvabilite-une-nouvelle-obligation-du-conseil-dadministration/>

[2] Rappelons qu'au contraire des créances postposées, les prêts COVID ne sont pas compris dans le calcul des seuils de surendettement.

[3] Au sujet de la disparition de l'ajournement de faillite et son remplacement par un sursis concordataire, cf. <https://www.wg-avocats.ch/actualites/poursuite-et-faillite/insolvabilite-et-assainissement-dentreprise-ce-qui-va-changer-au-1er-janvier-2023/>

Source : <https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-societes/article-725-nouveau-droit-de-la-sa-ce-qui-change/>