

Assainissement au moyen d'une procédure concordataire – concordat judiciaire ou extrajudiciaire?

Andreas Feuz, avocat, Berne¹

Bases du droit en matière d'assainissement

Le but de l'assainissement est le rétablissement de la bonne santé et la guérison d'une société subissant des déboires, en vue de permettre sa continuation². Dans ce contexte, l'assainissement représente l'alternative à la liquidation. Dans une optique économique, il y a lieu d'entendre par assainissement l'ensemble des mesures de nature organisationnelle et financière prises en vue d'éliminer une absence de liquidités, un sous-bilan ou un surendettement et de rétablir la rentabilité de l'entreprise, celles-ci devant démontrer une certaine durabilité.

Un assainissement purement juridique de la société ne revêt dès lors aucun sens et se révèle, par exemple, incompatible avec les exigences en vue d'une homologation du concordat judiciaire. Au plan de la loi, une démarche est fournie par le droit commercial, par le droit de l'exécution forcée et par le droit fiscal; ce dernier aspect ne sera toutefois pas traité ici³.

Dans la perspective du droit commercial, la notion d'assainissement implique le rétablissement de la viabilité de la société, c'est-à-dire de la SA ou de la Sàrl. Sont déterminants à cet égard les art. 725 et 725a CO; il s'agit d'éviter un dépôt du bilan, soit de supprimer un surendettement obligeant le conseil d'administration et/ou l'organe de révision, pour des raisons tenant à la protection des droits des créanciers, d'aviser le juge uniquement sur la base du tableau que fournit le bilan. Fréquemment, on omet de considérer au préalable l'état de fait «transitoire» de la perte de capital ainsi que les obligations afférentes du conseil d'administration. Une perte de capital se présente lorsque la moitié du capital social et des réserves légales n'est plus couverte par des actifs de valeur, l'évaluation ayant encore lieu, à ce stade, à des valeurs d'exploitation, dans la mesure où la continuation de la société peut être assurée, ce qui suppose, le cas échéant, la garantie de liquidités suffisantes. A ce moment, le conseil d'administration a l'obligation de convoquer une assemblée

générale et de proposer des mesures d'assainissement. La convocation n'a toutefois pas lieu immédiatement lors du constat de la perte de capital, mais lorsque les mesures d'assainissement ont été examinées et peuvent être soumises à l'assemblée générale.

Le conseil d'administration est tenu de choisir la «bonne voie» et le procédé ménageant au mieux tant les actionnaires que les créanciers, ce qui représente une tâche très difficile, car la manière de voir les choses et les intérêts peuvent diverger considérablement. De plus, il y a lieu de prendre des décisions avec diligence.

Résumé

Dans la plupart des cas, un assainissement est une entreprise difficile, tant sur le plan de la gestion de la société et du droit qu'au niveau humain et psychologique, et pour laquelle – comme le démontre l'expérience – on ne se décide normalement qu'au tout dernier moment. Les obstacles juridiques ne tardent alors pas à surgir. Pour les éviter, l'auteur fournit ci-après quelques fondements généraux.

Instruments d'assainissement

Entrent en ligne de compte comme mesures d'assainissement:

- Abandon de créances de la part de leurs titulaires afin de réduire les engagements:
 - accord moratoire avec l'ensemble ou une partie des créanciers, ce qui peut se faire par le biais d'accords individuels ou de mesures judiciaires (ajournement de la faillite, sursis concordataire définitif ou provisoire)⁴;
 - abandon de créances, également par le biais d'accords individuels ou par l'usage de moyens coercitifs;
 - conversion de fonds de tiers en fonds propres;
 - postposition par des créanciers déterminants;
- Renonciation des actionnaires à des deniers ou nouveaux apports de fonds de la part des propriétaires:

- réduction du capital sans versements de fonds;
- versements supplémentaires de fonds sans augmentation du capital;
- dissolution de réserves latentes;
- mise sur pied de réserves de réévaluation.

Ci-après, nous n'étudierons de façon plus circonstanciée que les deux premières mesures, en évoquant, d'une part, le sursis temporaire en vue de gagner du temps et, d'autre part, l'abandon de créances par leurs titulaires.

Problèmes fondamentaux pendant la phase préparatoire de l'assainissement

Afin de déterminer quel type d'assainissement est praticable et présente des chances effectives de réalisation, il s'agit d'investiguer l'ensemble des variantes et de choisir la bonne. L'opération d'assainissement est dès lors structurée en trois phases, à savoir:

- l'analyse,
- l'élaboration de différentes solutions possibles et le choix du procédé, et
- la mise en œuvre de la variante choisie.

Il convient de retenir, à cet égard, que l'ensemble de l'opération a lieu sous la pression du temps et que le conseil d'administration doit assumer une grande responsabilité dans des situations impopulaires et inhabituelles. En tous les cas, il est essentiel de veiller à une réalisation opérative et ponctuelle et d'assurer les besoins de liquidités (éventuellement plus élevés) pendant la mise en œuvre, ce qui pourrait mener, le cas échéant, à des difficultés importantes.

Procédure concordataire extrajudiciaire

Relevant uniquement du droit privé et faisant entièrement abstraction d'une exécution forcée, le concordat extrajudiciaire est une procédure qui se déroule entre la personne physique ou morale à assainir et ses créanciers (renonciation générale aux créances) ou un seul de ses créanciers (renonciation individuelle aux créances, par exemple de la part d'une banque).

La base de la proposition d'assainissement adressée aux créanciers est la présentation de la situation financière du moment au moyen d'un état actuel. Elle est établie aux valeurs d'exploitation et de liquidation, tout en prenant en considération un éventuel dividende pour les créances non couvertes et la probabilité d'un acquittement intégral et anticipé de créances privilégiées. Le dividende à verser doit s'orienter non

seulement sur l'état actuel démontré, mais également sur les possibilités financières, car il y a lieu d'assurer aussi bien le maintien des activités opératives – assainies – que le versement du dividende dans un délai utile, si possible bref.

A cet égard, il incombe à la personne chargée de l'assainissement et au débiteur – qui peuvent être une personne physique ou morale – de veiller à ce que la situation financière ne soit présentée ni trop positivement, ni trop négativement, tout en tenant compte du risque qu'elle soit plutôt dépeinte dans des couleurs trop sombres, afin d'aboutir à un abandon de créances plus important, ce qui pourrait entraîner, le cas échéant, des conséquences pénales pour les organes intervenant directement et la personne chargée de l'assainissement.

Les conditions à réunir pour la mise sur pied d'un concordat extrajudiciaire de droit privé sont, d'une part, l'égalité de traitement de tous les créanciers de la même catégorie et, d'autre part, leur participation intégrale sur la même base. Il est également possible, dans ce cas, de former des catégories de créanciers⁵, à la condition d'une transparence absolue de la solution et de l'accord des créanciers désavantagés avec la détérioration de leur position et, partant, avec la préférence donnée à des créanciers déterminés. Ceci permet également, sans autres, des abandons de créances exclusifs ou plus élevés de la part de banques dans le cadre de projets d'assainissement. La condition de l'accord de l'ensemble des créanciers rend la procédure relativement aléatoire et accroît la dépendance de la part de certains créanciers, le cas échéant mécontents. Les abandons de créances sont critiques lorsqu'il s'agit de créances fiscales et/ou de prétentions plus ou moins privilégiées des assurances sociales, car ni l'AVS, ni la TVA ne consentiront à une renonciation volontaire. La conséquence en est, dans la procédure concordataire extrajudiciaire, que des privilèges sont accordés à des créances en soi entièrement ou partiellement dépourvues de droits prioritaires et que le besoin de liquidités s'accroît.

Outre la problématique esquissée, l'inconvénient d'un concordat extrajudiciaire réside dans le fait qu'il n'existe, durant la procédure d'approbation parfois longue, aucune protection contre des mesures d'exécution forcée de certains créanciers. A cet égard, il n'est pas à exclure que sur la base de l'état financier remis à tous les créanciers l'un d'eux requière l'ouverture de la faillite à cause de l'existence d'un motif matériel afférent⁶. En outre, pendant une période relativement longue, le résultat de la procédure d'approbation est incertain et les besoins financiers pendant cette phase

pour les activités opératives courantes sont relativement élevés, car à ce moment il est vraisemblable qu'en raison de la situation financière présentée de façon ouverte il ne se trouvera guère plus de fournisseurs susceptibles d'effectuer leurs livraisons sans acquittement en espèces.

En conclusion, il reste à mentionner que la mise en œuvre d'un concordat extrajudiciaire suppose l'existence de données comptables fiables, car une procédure de cette nature doit reposer sur une base solide. Il est en outre recommandé de veiller à ce que le nombre de créanciers concernés se trouve à un niveau permettant de garder la vue d'ensemble.

Procédure concordataire judiciaire

Le concordat judiciaire se déroule dans le cadre prescrit par la loi et se révèle dès lors moins souple que la procédure extrajudiciaire. D'un autre côté, il offre une protection contre de nouveaux actes de poursuite des créanciers (à l'exception des poursuites de ceux de la première classe et des poursuites en réalisation de gage par les créanciers garantis par gage immobilier⁷). Il est introduit soit à la demande du débiteur, soit sur la base de l'intervention d'un créancier qui serait en mesure de présenter une réquisition de faillite⁸. Il est accordé un sursis concordataire soit définitif, soit provisoire lorsque le temps presse et que les faits ne sont pas encore assez concrets⁹. Cependant, dans tous les cas, le sursis ne déploie ses effets que lorsque la demande a été octroyée par le juge du concordat, et non déjà à compter du dépôt ou de l'avis qu'une telle requête sera présentée. Il faut impérativement tenir compte de ce point lors des préparatifs.

Contrairement à l'ancien droit du concordat, la loi révisée procède d'une optique objectivée ou, en d'autres termes, de la question de savoir s'il se présente objectivement une chance d'assainissement pour le requérant. Partant, il y a lieu de démontrer au juge du concordat – à tout le moins sous forme d'esquisse – que l'exploitation assainie aura un droit à l'existence et pourra travailler au niveau opérationnel avec des résultats positifs. Il ne s'effectue donc non pas un examen purement statique à l'appui des valeurs portées au bilan, mais une considération dynamique sur la base de budgets à soumettre non seulement pour la phase du sursis concordataire, mais aussi pour la période consécutive. Il y a lieu de décrire, en se fondant sur l'état si possible actuel du bilan, qu'en fin de compte le résultat pour les créanciers sera plus favorable dans la procédure concordataire que dans une faillite.

Protection des créanciers – protection contre et pour les créanciers

De par l'octroi du sursis concordataire, l'entreprise à assainir se voit protégée contre les créanciers; toutefois, ceux-ci bénéficient également d'une protection, car l'égalité de traitement est garantie, d'emblée, par un commissaire institué par le tribunal. De plus, il y a lieu de conserver le substrat de responsabilité pour les créanciers. L'activité commerciale est poursuivie sous la surveillance du commissaire, tout en veillant à ce que les résultats pendant le sursis concordataire soient équilibrés dans une étendue telle que les effets pour les créanciers soient, en fin de compte, plus favorables que dans une procédure de faillite, dans laquelle intervient une cessation de l'activité commerciale entraînant, en règle générale, un anéantissement de la valeur.

Durant le sursis concordataire, il incombera au débiteur et au commissaire d'élaborer un concordat susceptible de trouver une large adhésion de la part des créanciers. Le temps désormais disponible est suffisant et il sera possible de vérifier encore une fois toutes les variantes d'assainissement, que ce soit l'assainissement de la société existante ou la fondation d'une société de renflouement («Auffanggesellschaft») et la liquidation de l'entité actuelle, ce qui permettra la fermeture de certains éléments non rentables de l'entreprise. Un traitement approfondi des diverses variantes dépasserait le cadre du présent article.

A l'opposé de celui de nature extrajudiciaire, le concordat ne nécessite pas l'approbation de tous les créanciers. Il lie l'ensemble des créanciers lorsqu'il rencontre l'adhésion d'un quart des créanciers représentant les trois quarts des créances envers la société ou de la moitié des créanciers représentant les deux tiers des créances. Une condition supplémentaire est l'examen et l'approbation par le tribunal du concordat. Les créanciers privilégiés et les engagements de la masse¹⁰ doivent être garantis ou acquittés dans leur intégralité, les créanciers gagistes n'ont pas de droit de vote pour celles de leurs créances qui sont garanties par gage.

Comme dans la procédure extrajudiciaire, les liquidités jouent un rôle important dans le concordat judiciaire. Ainsi, il faut veiller à la poursuite de l'activité commerciale ainsi qu'au versement du dividende. Les liquidités sont assurées soit au moyen des fonds courants en espèces ou – si ceux-ci sont insuffisants – au moyen d'un crédit de masse accordé par une banque, par un créancier intéressé ou par l'actionnaire.

Un inconvénient de la procédure judiciaire est la publicité, car elle fait l'objet d'une publication. En outre, se-

lon les circonstances, les frais en sont plus élevés; ceux-ci sont toutefois justifiés par le résultat plus favorable obtenu pour les créanciers.

Considérations finales

Un assainissement représente une intervention difficile tant au niveau économique et juridique que sur le plan humain et psychologique, pour laquelle on ne se décide généralement, selon l'expérience, qu'au tout dernier moment. De plus, on peut être surpris par les obstacles juridiques. Afin d'y pallier, il est recommandé d'agir assez tôt afin de disposer de suffisamment de temps pour se procurer les bases nécessaires ainsi que les liquidités requises et pour examiner l'option d'assainissement correcte.

Lacunes dans le droit en matière d'assainissement – propositions de modifications lors d'une révision

Les règles relatives à l'assainissement – que l'on trouve dans une large mesure dans le droit de l'exécution forcée – doivent faire l'objet d'une révision, celle de 1997 ayant certes amené des avantages essentiels, mais révélant encore quelques imperfections. A notre avis, la rigidité de la procédure judiciaire avec sa tripartition ainsi que la question de savoir quand la protection des créanciers déploie son efficacité (dépôt et octroi de la requête) demeurent problématiques. Sur la base des expériences faites, il devrait être possible, sous réserve de l'octroi de la requête par le tribunal, de reporter le moment à celui de la présentation de la demande.

Un autre problème est celui de la condition selon laquelle les créances privilégiées doivent être garanties dans tous les cas. A l'instar de la faillite, la procédure concordataire est une procédure d'exécution générale avec une égalité de traitement si possible étendue de tous les créanciers. La tendance à la réintroduction de privilèges supprimés – comme ceux de l'AVS – posent aux entreprises de plus ou moins grande taille des exigences accrues dans l'hypothèse d'un assainissement. Vu qu'une suppression de privilèges se heurterait sans doute à la volonté du législateur, il faut trouver une solution dans le cadre d'une adaptation de l'art. 306, al. 2, LP. ■

¹ Andreas Feuz, avocat, partenaire auprès de Von Graffenried Gurtner Liechti, Zurich/Berne, est un spécialiste du droit de l'insolvabilité et dispose d'une longue expérience dans le droit économique, de l'assainissement et de l'exécution forcée (andreas.feuz@gglrecht.ch, www.gglrecht.ch).

² En font aussi partie la fondation d'une société de renflouement ainsi que la liquidation de la société mère.

³ Qu'il suffise de signaler ici qu'en fonction de la constellation un assainissement peut avoir des conséquences massives au plan fiscal et que la consultation d'un expert fiscal se révèle alors indispensable. Il y a lieu de prévenir un «assainissement après l'assainissement».

⁴ N'est propre à stimuler un assainissement que s'il se présente de purs problèmes de liquidités.

⁵ Tous les créanciers d'une certaine importance à partir d'un montant de créances déterminé ou seulement quelques créanciers «choisis».

⁶ Art. 190, al. 2, LP

⁷ Art. 297, al. 2, LP

⁸ Un motif de faillite matériel selon l'art. 190, al. 2, LP suffira.

⁹ Sursis concordataire provisoire pour deux mois au plus, sursis concordataire définitif pour six mois au plus, mais prolongation du délai possible jusqu'à 24 mois, à partir de 12 mois avec l'accord des créanciers.

¹⁰ Engagements contractés pendant le sursis concordataire avec l'accord du commissaire.

Comparaison des éléments positifs et négatifs du concordat extrajudiciaire ou judiciaire:

Concordat extrajudiciaire

Éléments négatifs:

- Égalité de traitement difficile de tous les créanciers
- Le cas échéant, situation de départ équivoque
- Absence de protection contre des poursuites
- Absence de protection contre des réquisitions de faillite
- Réactions imprévisibles de la part de créanciers mécontents ou récalcitrants
- Poursuite des procédures judiciaires
- Risque de simulation d'une situation patrimoniale incorrecte et trop négative (escroquerie, complicité d'escroquerie, etc.)

Éléments positifs:

- Davantage de flexibilité
- Moins de publicité
- Moindre baisse de l'image de marque
- Le cas échéant, frais moins élevés

Concordat judiciaire

Éléments négatifs:

- Publicité
- Rigidité de la procédure
- Problèmes d'image de marque
- Coûts
- Le cas échéant, durée de la procédure

Éléments positifs:

- Égalité de traitement de tous les créanciers
- Pas de nécessité d'une adhésion de tous les créanciers
- Situation de départ claire pour tous les créanciers
- Transparence
- Protection contre les créanciers
- Protection pour les créanciers
- Accroissement de la capacité de contracter des crédits