

RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR D'UNE PME

Conséquences juridiques pouvant résulter de la responsabilité d'un administrateur de PME

Cet article présente les principaux risques et met en garde l'administrateur sur ses responsabilités relatives à la gestion d'une PME suisse.

1. INTRODUCTION

Le droit de la société anonyme (qui, par analogie, s'applique également à la société à responsabilité limitée) confère le pouvoir suprême à l'assemblée générale des actionnaires. Les décisions importantes relatives à l'organisation et à la gestion financière lui incombent (approbation des comptes annuels, distribution de dividendes).

Le conseil d'administration gère les affaires de la société et rend compte à l'assemblée générale des actionnaires. Le conseil d'administration se compose d'un ou plusieurs administrateurs et d'un secrétaire. Chaque administrateur a une responsabilité personnelle liée à la gestion de l'entreprise.

Cet article se concentre sur la responsabilité des administrateurs (conseil d'administration ou administrateur unique) de petites et moyennes entreprises, ainsi que de très petites entreprises.

1.1 Quels sont les enjeux de la gestion d'une société en Suisse? La gestion d'une entreprise comprend notamment:

- le processus de vente;
- le marketing;
- la gestion des achats et des stocks;
- la gestion du personnel;
- la gestion des conflits (internes et externes);
- la gestion des liquidités;
- la gestion financière et comptable.

Ne disposant pas toujours de compétences dans chacun de ces domaines, l'administrateur est compétent dans un

domaine d'activité précis qui crée toute la valeur de son entreprise.

Les activités dites de support (p.ex. gestion du personnel ou gestion comptable) nécessitent des compétences étendues, au risque de commettre des erreurs. L'administrateur peut faire appel aux compétences d'autres administrateurs ou déléguer ces activités à des spécialistes, tout en assurant une surveillance adéquate de leur déroulement.

2. PRINCIPES D'ADMINISTRATION D'UNE SOCIÉTÉ

2.1 Rôle de l'administrateur selon le code des obligations.

L'art. 717, al. 1, CO définit les devoirs des membres du conseil d'administration (ainsi que des tiers qui s'occupent de la gestion), à savoir exercer leurs activités avec toute la diligence requise et veiller fidèlement aux intérêts de la société.

Quant aux attributions inaliénables et intransmissibles du conseil d'administration (ou de l'administrateur unique dans les très petites entreprises), l'art. 716a CO les définit ainsi:

1. exercer la haute direction de la société;
2. fixer l'organisation;
3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier;
4. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation;
5. exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion;
6. établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions;
7. informer le tribunal en cas de surendettement.

2.2 Responsabilité de l'administrateur. Le conseil d'administration est responsable de la gestion de l'entreprise. Il définit la stratégie, établit le plan financier, fixe la structure interne de la société et surveille la direction (s'il ne l'assume pas lui-même).

Dans les petites structures comprenant un administrateur unique, ce dernier est responsable de l'intégralité des fonctions du conseil d'administration (président, administrateur,



SARAH CORJA,
EXPERTE-COMPTABLE
DIPLOMÉE, EXECUTIVE
MBA & CAS EN FISCALITÉ
DES PME, ASSOCIÉE,
SB-FID

directeur); il est également actionnaire et constitue donc l'assemblée générale de la société. Dans les entreprises plus grandes, ces fonctions sont séparées et chaque administrateur peut se voir attribuer un domaine de compétence distinct.

3. LES DIFFÉRENTS TYPES DE RESPONSABILITÉS

L'encadré 1 ci-dessous précise les types de responsabilités de l'administration d'une société.

3.1 Responsabilité financière. La responsabilité de l'actionnaire (ou administrateur unique et actionnaire) d'une SA ou d'une Sàrl se limite en général au capital souscrit au registre du commerce (que celui-ci soit libéré ou non). Dans la SA, la responsabilité de l'actionnaire s'étend également à la part non libérée du capital-actions, qu'il peut être appelé à verser ultérieurement.

3.1.1 Responsabilité en lien avec la solvabilité et le risque de faillite.

3.1.1.1 Droit des sociétés actuellement en vigueur.

Les principaux articles du code des obligations en lien avec la solvabilité de l'entreprise sont:

→ l'art. 716a, al. 1, ch. 7, CO stipulant l'obligation du conseil d'administration d'informer le juge en cas de surendettement;
→ l'art. 725, al. 1, CO stipulant le devoir du conseil d'administration de convoquer immédiatement une assemblée générale et lui proposer des mesures d'assainissement lorsque la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte selon le dernier bilan annuel;

→ l'art. 725, al. 2, CO mentionnant les devoirs du conseil d'administration s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, à savoir (i) établir un bilan intermédiaire et le soumettre à la vérification d'un réviseur agréé, et (ii) aviser le tribunal si ce bilan intermédiaire confirme le surendettement, sauf si des créanciers de la société acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances dans la mesure de cette insuffisance (postposition).

Ces dispositions légales s'appliquent au conseil d'administration de la société, que celui-ci soit composé d'un administrateur unique ou de plusieurs administrateurs, et sont destinées à assurer la protection des créanciers. Si la société est déclarée en faillite, les créanciers peuvent agir sans délai. Des bailleurs de fonds pourraient alors exiger le remboursement im-

médiat de leur créance, ce qui n'est pas le cas dans une situation normale basée sur une hypothèse de continuité de l'exploitation.

3.1.1.2 Introduction du nouveau droit des sociétés applicable dès le 1^{er} janvier 2023.

Les principales modifications sont:

→ l'art. 716a, al. 1, CO relatif aux attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration: adjonction au ch. 7 de l'obligation de déposer une demande de sursis concordataire en cas de surendettement, en plus du devoir d'aviser le tribunal. Le sursis concordataire consiste à suspendre les poursuites contre la société et à éviter toute requête de faillite, avec pour objectif de convenir d'un concordat (plan de paiement convenu avec les créanciers pour que la société puisse poursuivre ses activités);

→ les art. 725 à 725c CO régissant la menace d'insolvabilité, la perte de capital et le surendettement.

Selon le nouvel art. 725, al. 2, CO, si la société risque de devenir insolvable, le conseil d'administration doit prendre des mesures visant à garantir sa solvabilité, ainsi que des éventuelles mesures supplémentaires nécessaires pour assainir la société, ou lui proposer ces mesures lors de l'assemblée générale. Un exemple de mesures serait d'établir un plan de trésorerie sur douze mois et de procéder à une évaluation globale de la situation économique de l'entreprise. Le plan de trésorerie permet d'identifier les actions à prendre si une menace d'insolvabilité existe. La sensibilité accrue à la bonne gestion financière devient, au travers de ce nouvel article, une exigence légale pour l'administrateur et permet de prévenir les risques de faillite, grâce à des actions adaptées en temps utile. Les sociétés réalisent souvent trop tard qu'elles doivent instaurer des mesures d'assainissement, ce qui intensifie les conséquences de la faillite. Par ailleurs, les critères permettant de détecter ce risque d'insolvabilité ne sont pas formellement définis et peuvent varier fortement selon les activités de chaque entreprise et la sensibilité des administrateurs.

Le nouvel art. 725a précise les mesures à prendre en cas de perte de capital, à savoir lorsque les actifs (après déduction des dettes) ne couvrent plus la moitié de la somme du capital-actions, de la réserve légale issue du capital et de la réserve issue du bénéfice. Selon cet article, les derniers comptes annuels (déficitaires) sont soumis à un contrôle restreint par un réviseur agréé si la société n'a pas d'organe de révision.

Encadré 1: TYPES DE RESPONSABILITÉS DE L'ADMINISTRATION D'UNE SOCIÉTÉ

Responsabilité selon le droit des sociétés	Autres types de responsabilité
→ Responsabilité de la gestion → Responsabilité des prospectus (p. ex. prospectus d'émission) → Responsabilité des actes de fondation → Responsabilité financière → Responsabilité des liquidités → Responsabilité de la révision	→ Responsabilité découlant du droit du travail → Responsabilité découlant du droit fiscal → Responsabilité découlant du droit des assurances sociales → Responsabilité pénale

En cas de surendettement, le nouvel art. 725b CO définit les devoirs du conseil d'administration comme suit:

→ Deux comptes intermédiaires doivent être établis (un aux valeurs de continuation et l'autre aux valeurs de liquidation) et doivent tous deux être vérifiés par l'organe de révision, ou par un réviseur agréé lorsque la société n'a pas d'organe de révision. Il est possible de renoncer à l'établissement de comptes intermédiaires aux valeurs de liquidation si la poursuite de l'exploitation est envisagée et que les comptes intermédiaires aux valeurs d'exploitation ne présentent pas de surendettement.

→ Quant à l'avis au juge, celui-ci peut être évité: (i) en cas de postposition de créance suffisante (qui doit couvrir également les intérêts dus pendant toute la durée du surendettement); (ii) s'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement au plus tard dans les 90 jours suivant l'établissement des comptes intermédiaires et pour autant que le montant du surendettement n'augmente pas sensiblement.

→ L'ajournement de la faillite n'est possible qu'en cas de demande de sursis concordataire ou de sursis extraordinaire, ou lorsqu'un concordat paraît possible.

L'art. 725c CO prévoit la possibilité de procéder à une réévaluation des immeubles ou des participations dont la valeur réelle dépasse le prix d'acquisition ou le coût de revient. Cet article remplace l'ancien art. 670 CO au contenu est similaire.

3.1.2 Cas particulier du compte-courant de l'administrateur et actionnaire unique d'une PME. Un administrateur ayant accès aux comptes de la société peut procéder à des transactions financières sur ceux-ci. Dans les petites entreprises comportant un seul administrateur, l'accès aux comptes bancaires de la société n'est pas limité.

D'un point de vue comptable, toutes les transactions non justifiées par l'usage commercial (p. ex. retraits de liquidités et paiements de dépenses privées de l'administrateur et de sa famille via le compte bancaire de la société) sont comptabilisées dans un «compte-courant», libellé au nom de l'administrateur. Ce compte-courant permet de présenter séparément les transactions privées de l'administrateur et ainsi de faire figurer distinctement dans les états financiers sa dette ou sa créance à l'égard de la société.

Dans la SA, la part non libérée du capital-actions peut être comptabilisée sur ce compte-courant ou dans un compte séparé au bilan. Dans tous les cas, cette part de capital-actions non libérée constitue une dette pour l'administrateur, qui devra la rembourser en cas d'appel de fonds (notamment en cas de faillite de la société).

Un compte-courant débiteur (à savoir une dette de l'administrateur envers sa société) peut engendrer les risques suivants:

→ **risque fiscal:** les retraits de liquidités et la prise en charge de dépenses privées de l'administrateur peuvent être considérés comme une distribution dissimulée de bénéfices et engendrer des reprises fiscales importantes, notamment en matière d'impôt anticipé pour la société et d'impôt sur le revenu pour l'administrateur;

→ **risque en matière d'assurances sociales (AVS notamment):** ces prélèvements et paiements de charges privées peuvent être considérés comme des revenus soumis à cotisations sociales et engendrer une reprise par la caisse AVS, mais également en matière d'impôt sur le revenu de l'administrateur. C'est notamment le cas si l'administrateur ne s'est pas versé de salaire alors qu'il a effectué une quantité importante de travail pour les besoins de la société.

Selon l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_77/2020 du 25 mars 2021, pour que le compte-courant de l'administrateur ou associé unique d'une société de capitaux soit qualifié de prêt (et non de revenu au sens de la LAVS):

1. le solde du compte-courant doit rester minime,
2. il doit y avoir des mouvements tant au débit qu'au crédit,
3. des intérêts doivent être portés en compte, et
4. un contrat de prêt fixe les conditions de rémunération et de remboursement.

Si le bilan présente une perte de plus de la moitié du capital-actions et des réserves ou en cas de surendettement, ce compte-courant comporte un risque fiscal important. D'un point de vue légal, un compte-courant débiteur viole l'art. 680 CO et son solde peut alors être considéré comme un remboursement non autorisé de capital.

Dans un tel cas, l'administrateur peut être tenu à restitution en vertu de l'art. 678, al. 2, CO. Il serait alors appelé à restituer les fonds prélevés dans les comptes de la société, et ce afin de garantir la protection des créanciers, notamment en cas de faillite.

D'un point de vue fiscal, en cas de violation de l'art. 680 CO (remboursement de capital dissimulé), le solde de ce compte-courant peut être requalifié de distribution dissimulée de bénéfices et imposé fiscalement, d'une part chez l'administrateur en tant que revenu imposable, et d'autre part au sein de la société en tant que distribution de dividende soumise à l'impôt anticipé. De plus, l'administrateur perd également son droit de récupérer l'impôt anticipé du fait que la distribution de dividendes n'a pas été déclarée dans les délais.

3.1.3 Prêt à l'administrateur et actionnaire unique d'une PME. Lorsqu'un prêt est accordé à l'administrateur et actionnaire unique d'une PME, un contrat de prêt doit être établi et régir les dispositions relatives au remboursement du prêt et aux intérêts que celui-ci doit verser à la société. Si un tel contrat fait défaut, si l'administrateur ne paie pas d'intérêt et ne rembourse pas le prêt que la société lui a accordé et s'il est insolvable, il existe un risque de requalification du prêt en tant que distribution dissimulée de bénéfices, pouvant engendrer des conséquences fiscales.

3.2 Responsabilité résultant du droit du travail. En matière de gestion du personnel, les risques suivants existent:

→ **risques humains** concernant la sécurité physique et psychique des collaborateurs, qui sont de la responsabilité de l'employeur. L'entreprise a également des devoirs en matière de paiement du salaire et des assurances sociales;

→ **litiges** pouvant survenir avec les collaborateurs, qui peuvent saisir le tribunal des prud'hommes en cas de conflit.

Encadré 2: EXEMPLE DE RÉALISATION D'UN CAS DE RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR

Un administrateur a géré sa société anonyme depuis plusieurs années.

Un jour, il décide de vendre sa société. Comme il a effectué quelques retraits, comptabilisés sur son compte-courant, il propose un prix de vente suffisamment bas pour que l'acquéreur ne soit pas lésé par l'existence de ce compte-courant débiteur de CHF 100 000 environ.

Deux ans après la vente, la société est déclarée en faillite. L'ancien administrateur ne s'en soucie pas vraiment, étant donné qu'il a vendu sa société.

L'office des faillites exige de l'ancien administrateur le remboursement de sa créance figurant à l'actif du bilan, à savoir le solde de son compte-courant libellé à son nom, d'une valeur d'environ CHF 100 000.

Cet exemple présente un cas concret de réalisation du risque de responsabilité de l'administrateur, lié aux transactions privées effectuées par le biais du compte bancaire de la société.

3.3 Responsabilité résultant du droit fiscal. L'établissement du rapport d'activité, qui comprend les comptes annuels, fait partie des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration. Celui-ci peut déléguer la tenue régulière de la comptabilité et l'établissement des comptes annuels à un directeur ou à un prestataire externe; cependant, il conserve la responsabilité d'exercer la haute direction de la société et doit, de ce fait, s'assurer de l'exactitude de ces documents.

La tenue régulière de la comptabilité permet d'établir les décomptes TVA et l'établissement des comptes annuels sert de base à la détermination du bénéfice imposable. En cas de contrôle fiscal, que ce soit en matière de TVA ou d'impôts directs, l'administrateur reste responsable des éléments déclarés aux autorités fiscales. Les contrôles fiscaux en matière d'impôts directs peuvent remonter jusqu'à dix ans (en général cinq ans pour les contrôles TVA) et avoir de très lourdes conséquences financières pour la société, voire la conduire au surendettement engendrant un risque de faillite.

Le cas échéant, l'administrateur pourra se retourner ultérieurement contre la fiduciaire qui a établi ses comptes, mais il reste personnellement responsable des violations du droit fiscal.

3.4 Responsabilité résultant du droit des assurances sociales et notamment de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS). La responsabilité civile ou pénale de l'administrateur peut être engagée en vertu de la LAVS en cas de non-paiement des cotisations sociales retenues sur les salaires des collaborateurs.

L'administrateur est responsable de prendre des mesures pour assurer le paiement des cotisations destinées à financer les prestations de retraite et autres charges sociales de ses collaborateurs.

3.5 Responsabilité pénale. Selon le droit pénal, l'administrateur est responsable à titre personnel pour certains actes punissables, mais également si un crime ou un délit ne peut être attribué à aucune personne physique en raison de carences de l'organisation. En effet, définir l'organisation est une attribution intransmissible et inaliénable du conseil d'administration.

3.6 Action en responsabilité. L'action en responsabilité selon le droit des sociétés vise la protection des créanciers. L'art. 754 CO définit la responsabilité dans l'administration, la gestion et la liquidation:

«Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.»

En cas de dommage résultant d'un manquement à ses devoirs, la responsabilité de l'administrateur est engagée. C'est notamment le cas lorsque les quatre conditions cumulatives suivantes sont remplies:

1. dommage, soit un préjudice de fortune (diminution de l'avoir net de la société);
2. lien de causalité adéquate entre l'acte et le dommage;
3. illicéité de l'acte: violation du devoir de diligence ou de fidélité;
4. faute commise volontairement ou par négligence.

4. CONCLUSION

L'administrateur a une responsabilité élevée, notamment dans le cadre de la gestion. Pour se protéger des risques de faillite d'entreprises affectant sa responsabilité, il est important d'agir suffisamment tôt lorsque des risques d'insolvabilité sont identifiés, et ce afin d'éviter que la société se retrouve dans une situation de surendettement pouvant engendrer sa faillite.

5. CONSEILS

Comment améliorer la gestion de votre entreprise et limiter vos risques en tant qu'administrateur?

- Assurez une organisation adéquate des activités de la société et mettez en place des contrôles appropriés.
- Délégez les activités pour lesquelles vous ne disposez pas des compétences nécessaires. Faites-vous conseiller ou faites appel à des professionnels pour gérer les activités comptables, juridiques ou de gestion administrative du personnel.
- Évitez d'effectuer des retraits ou de payer des dépenses privées directement avec le compte bancaire de la société. Faites un versement sur votre propre compte bancaire et payez les dépenses privées avec votre compte personnel. Justifiez tous les versements privés (p. ex. salaires, bonus, etc.).
- Si vous souhaitez prélever un revenu supérieur dans votre société, assurez-vous que des liquidités et des fonds propres suffisants sont disponibles et justifiez vos versements. Vous pouvez vous verser un dividende si les conditions légales sont remplies. ■