

I. Etat des lieux

A. Suspension des poursuites

Le Conseil fédéral a ordonné le 18 mars 2020 la suspension des poursuites jusqu'au 5 avril 2020 en application de l'art. 62 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1 ; ci-après : LP). La suspension a immédiatement été suivie des feries de poursuites usuelles prévues par l'art. 56 ch. 2 LP, si bien que toute personne était protégée jusqu'au 19 avril 2020 d'une poursuite ou de l'ouverture d'une faillite (pour un aperçu détaillé des effets de la suspension, voir notre publication [Conséquences d'une crise sur l'institution de l'exécution forcée](#))

Pour rappel historique, le Conseil fédéral avait en août 1914 ordonné puis prolongé une suspension générale des poursuites dans le sillage de la mobilisation générale. A cette occasion, l'expérience a toutefois démontré que la mesure ne se prêtait pas à une application durable puisqu'elle avait de lourdes conséquences sur toute la vie

économique ; beaucoup de débiteurs ont par exemple cessé de payer leurs factures, de sorte que l'ensemble du système économique s'était mis à vaciller.

Tirant les leçons du passé et notamment du fait qu'il n'en résulte in fine qu'une répercussion des problèmes de liquidités des débiteurs sur leurs créanciers, le Conseil fédéral ne prolongera pas la suspension des poursuites après le 19 avril 2020.

B. Soutien direct aux entreprises

Par ordonnance du 25 mars 2020, le Conseil fédéral a implémenté un train de mesures destiné à fournir aux entreprises suffisamment de liquidités pour couvrir leurs frais fixes courants malgré les pertes de recettes dues à la crise sanitaire (pour une analyse approfondie, voir notre publication [COVID-19 – Crédits facilités aux PME](#)).

II. Lacunes constatées et modifications législatives adoptées

A. Droit des sociétés - Obligation d'avis au juge en cas de surendettement

En vertu du Code des obligations (RS 220 ; ci-après : CO) et du Code civil (RS 210 ; ci-après : CC), les sociétés anonymes (art. 725 CO), les sociétés à responsabilité limitée (art. 820 CO), les sociétés coopératives (art. 903 CO) et les fondations (art. 84a CC) - et leur réviseur - sont tenus d'aviser le juge lorsqu'elles se trouvent en situation de surendettement, soit lorsque leurs actifs sont inférieurs aux capitaux étrangers (dettes). On parle alors communément d'obligation de « déposer de bilan ». Les personnes auxquelles incombe cette obligation sont personnellement responsables en cas d'omission.

Dans le contexte du COVID-19, les problèmes de liquidité et la dépréciation des actifs entraînée par la pandémie risquent de contraindre nombre d'entreprises, qui ne seraient pas surendettées en temps normal, à déposer le bilan.

Bien conscient de cet écueil, le Conseil fédéral

a pris de soin de prévoir que les prêts garantis par la Confédération (cf. supra I B) ne sont pas pris en compte lors de la vérification de l'endettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO, quand bien même ceux-ci sont comptablement des capitaux étrangers (art. 24 de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19). D'autres mesures apparaissaient toutefois nécessaires.

Du 27 mars au 30 septembre 2020 au moins, le législateur allemand a délié de l'obligation d'avis de surendettement les sociétés rendues insolvable par la pandémie mais qui ont la perspective de recouvrer leur solvabilité.

Le 16 avril 2020, la Suisse a emprunté une voie analogue. Le Conseil fédéral a en effet adopté une Ordonnance instaurant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus (Ordonnance insolvabilité COVID-19 ; ci-après : «l'Ordonnance») qui entrera en vigueur le 20 avril 2020.

Le nouveau droit a la teneur suivante :

Section 1 Adaptation en matière d'avis de surendettement

Art. 1 Avis obligatoires

¹ En dérogation à l'art. 725, al. 2, du code des obligations (CO)², le conseil d'administration peut renoncer à aviser le juge si la société n'était pas surendettée le 31 décembre 2019 et qu'il existe une perspective de mettre fin au surendettement avant le 31 décembre 2020.

² Il doit justifier sa décision par écrit et la documenter.

³ En dérogation à l'art. 725, al. 2, CO, il peut être renoncé à la vérification du bilan intermédiaire.

⁴ En dérogation aux art. 728c, al. 3, et 729c CO, l'organe de révision est dispensé de l'obligation d'avertir le juge si le conseil d'administration peut renoncer à aviser ce dernier en vertu de l'al. 1.

Art. 2 Autres formes juridiques

L'art. 1 s'applique par analogie à toutes les formes juridiques pour lesquelles la loi prévoit un avis obligatoire en cas de perte de capital et de surendettement.

Cette nouvelle disposition a pour effet de libérer temporairement le conseil d'administration de l'obligation d'avis de surendettement au juge (art. 1 al. 1 de l'Ordonnance) et de faire vérifier le bilan intermédiaire par un réviseur agréé (art. 1 al. 3 de l'Ordonnance) ; en revanche, l'obligation d'établir un bilan intermédiaire aux valeurs d'exploitation et de liquidation demeurera inchangée. L'idée est que le conseil d'administration doit pouvoir se faire une idée de la situation économique de la société sur la base d'informations complètes, mais qu'il n'aura toutefois plus à aviser le juge s'il constate un surendettement aussi longtemps qu'il a la perspective que le surendettement sera éliminé et que la société recouvrera sa santé financière avant le 31 décembre 2020. Contrairement à son avant-projet, l'ordonnance n'exige pas que la perspective en question soit « raisonnable ».

Les entreprises qui étaient déjà insolvable au 31 décembre 2019 restent soumises au droit actuel afin que les mesures d'assainissement urgentement nécessaires ne soient retardées et que le préjudice causé aux créanciers ne soit pas aggravé dans le cas de ces sociétés. La date du 31 décembre 2019 a été choisie

par simplification, car pour de nombreuses sociétés, elle correspond à la date du dernier bilan.

La décision du conseil d'administration doit être écrite et motivée. En règle générale, elle prendra la forme du procès-verbal écrit d'une séance du conseil d'administration. Elle doit s'appuyer sur des pièces justificatives. En règle générale, le dernier bilan ordinaire suffira à montrer que la société n'était pas surendettée le 31 décembre 2019. Les documents à l'appui du pronostic d'une sortie du désendettement fin 2020 seront en particulier le bilan intermédiaire aux valeurs d'exploitation et aux valeurs de liquidation et les plans de liquidités.

Quand bien même il ne sera dorénavant plus obligatoire de soumettre le bilan intermédiaire au réviseur (art. 1 al. 3 Ordonnance insolvabilité COVID-19), un organe de révision peut se trouver amené à avoir connaissance d'un surendettement et devrait, en l'état du droit ordinaire, en aviser le juge à la place du conseil d'administration. Par symétrie avec l'al. 1, l'al. 4 de l'art. 1 libère donc le réviseur de son obligation d'avis au juge.

B. Droit des faillites

Les art. 337ss. LP régissent le « sursis extraordinaire » que la Confédération peut déclarer opérationnel notamment en cas de « crise économique persistante ». Après examen, les autorités compétentes ont considéré que cet outil n'est pas approprié pour répondre aux effets de la pandémie actuelle. Ce sont donc deux autres pistes qui ont été privilégiées :

i. Adaptation du droit concordataire (art. 293ss. LP)

En dérogation à l'art. 293 let. a LP, le Conseil fédéral renonce provisoirement à imposer comme condition d'octroi du sursis concordataire la production par le débiteur d'un plan d'assainissement provisoire permettant de démontrer sa capacité de rétablissement (art. 3 al. 1 Ordonnance insolvabilité COVID-19). Le commissaire, dont la nomination demeure obligatoire, sera chargé d'établir le plan d'assainissement pendant le sursis, mais après le délai de carence arrêté au 31 mai 2020. Si l'entreprise n'est pas susceptible d'assainir ses finances, le commissaire devra faire au juge une proposition afin que ce dernier puisse ouvrir la faillite sur la base de l'art. 296b LP.

Afin de faciliter l'assainissement direct des entreprises durant cette période, la durée du sursis provisoire est prolongée de quatre à six mois en dérogation à l'art. 293a al. 2 LP (art. 4 Ordonnance insolvabilité COVID-19).

Compte tenu du droit en vigueur (art. 296b let. a et b LP), le commissaire est tenu d'examiner de manière permanente les perspectives d'assainissement et d'avertir le juge si l'assainissement n'est plus possible, afin que celui-ci puisse ouvrir la faillite. Dans les circonstances actuelles, cette obligation légale mènerait dans de nombreux cas à une interruption immédiate du sursis

concordataire. De ce fait, l'Ordonnance prévoit un délai de carence jusqu'au 31 mai 2020 (art. 5 Ordonnance insolvabilité COVID-19), ce qui donne effectivement au débiteur le temps de préparer l'assainissement de l'entreprise. Deux conditions sont néanmoins posées pour éviter que des entreprises qui sont en difficulté pour d'autres raisons que la pandémie de COVID-19 puissent faire usage du délai de carence : le débiteur ne doit pas avoir été déjà surendetté le 31 décembre 2019, ou bien des créances doivent avoir été placées à un rang inférieur à hauteur du surendettement.

Le sursis concordataire demeurera en particulier indispensable lorsque le sursis COVID-19 (cf. infra II B ii) ne pourra pas être requis. Le débiteur pourra en outre opter pour le sursis concordataire s'il souhaite que se déploient certains effets juridiques de ce dernier que le sursis COVID-19 n'entraîne pas. Ce sera en particulier le cas s'il veut soumettre au sursis les créances de première classe, suspendre un procès civil ou une procédure administrative ou dénoncer un contrat de durée (art. 297a LP), ou bien si le but du sursis est de conclure un concordat.

ii. Instauration d'un nouveau sursis COVID-19

Considérant que nonobstant les assouplissements décidés, la procédure concordataire reste relativement lourde et ne présente toujours pas les caractéristiques permettant en particulier aux petites entreprises d'y recourir en masse, le Conseil fédéral a instauré une procédure de masse standardisée simple et rapide, essentiellement inspirée du concordat : le sursis COVID-19.

Toute entreprise individuelle, société de personnes ou personne morale peut requérir le sursis COVID-19 si elle n'était pas surendettée fin 2019 ou que des créances à hauteur du surendettement avaient été placées à un rang inférieur conformément à l'art. 725 al. 2 CO (art. 6 al. 1 Ordonnance insolvabilité COVID-19). N'est notamment pas posée comme condition l'inscription au registre du commerce ou l'existence d'un numéro d'identification des entreprises. Ainsi, le sursis COVID-19 sera accessible aux petites entreprises qui ne sont pas inscrites au registre du commerce. Par contre, les particuliers ne pourront pas s'en réclamer dès lors que le but du sursis COVID-19 n'est pas de protéger les particuliers contre les poursuites, mais bien d'éviter les dommages économiques qui s'ensuivraient si un grand nombre d'entreprises faisaient faillite.

Le débiteur doit présenter sa situation de fortune de manière crédible et joindre les pièces qui l'attestent dans la mesure du possible (art. 6 al. 3 Ordonnance insolvabilité COVID-19). Il s'agira normalement du bilan et des comptes de résultats de 2019, même si ces documents sont provisoires, et non encore soumis à un réviseur. Si le débiteur ne possède pas (encore)

ces documents, il peut tout de même requérir le sursis COVID-19 et présenter au juge sa situation de fortune d'une autre manière.

En raison de leur importance économique, les grandes entreprises n'ont pas accès au sursis COVID-19 (art. 6 al. 2 Ordonnance insolvabilité COVID-19) et demeureront astreintes au contrôle plus strict de la procédure concordataire.

Le sursis est ordonné pour trois mois. Sur demande, le juge du concordat peut prolonger le sursis une seule fois, de trois mois au plus (art. 7 al. 1 Ordonnance insolvabilité COVID-19). Si le débiteur donne de fausses indications au juge, celui-ci pourra en tout temps révoquer le sursis d'office (art. 7 al. 2 Ordonnance insolvabilité COVID-19).

En demandant le sursis, il sera considéré que les organes de la société se sont conformés à leurs devoirs au sens de l'art. 725, al. 2, 820 ou 903 al. 2 CO (art. 8 Ordonnance insolvabilité COVID-19).

Si les circonstances l'exigent, le juge du concordat pourra en tout temps nommer un commissaire, à la demande du débiteur, à la demande d'un créancier ou d'office (art. 9 al. 1 Ordonnance insolvabilité COVID-19). Le commissaire a pour mission de surveiller l'activité du débiteur, peut lui donner des instructions et l'aider à prendre les mesures nécessaires et à trouver un accord avec ses créanciers (art. 9 al. 2 Ordonnance insolvabilité COVID-19). A la différence donc de ce qui prévaut en matière de sursis concordataire (art. 293b et 295 LP), la nomination d'un

commissaire n'est pas la règle mais l'exception, étant donné la nature de procédure de masse de ce sursis et les objectifs de réduction du travail administratif et des coûts poursuivis.

En toute hypothèse, le juge du concordat rend public l'octroi du sursis et le communique sans tarder à l'office des poursuites, à l'office du registre du commerce et à l'office du registre foncier (art. 10 al. 1 Ordonnance insolvabilité COVID-19) ; il enjoint alors au débiteur, dans la décision d'octroi, d'informer sans délai tous les créanciers connus de l'octroi ou de la prolongation du sursis, par écrit ou par courrier électronique (art. 10 al. 2 Ordonnance insolvabilité COVID-19).

Le sursis déploie ses effets sur toutes les créances contre le débiteur qui sont nées avant l'octroi du sursis (art. 11 al. 1 Ordonnance insolvabilité COVID-19) ; celles nées postérieurement ne sont pas concernées. Cela permet au débiteur de poursuivre son activité après l'octroi du sursis. En vue de favoriser la poursuite, respectivement la reprise, des affaires, le paiement par le débiteur de nouvelles dettes - non couvertes par le sursis COVID-19 - n'est pas un acte révocable au sens des art. 285ss. LP.

Aux termes de l'art. 11 al. 2 de l'Ordonnance, le sursis ne porte pas sur les créances de première classe (art. 219 al. 4 LP), parmi lesquelles comptent notamment les salaires et les contributions d'entretien, dès lors que celles-ci sont considérées comme indispensables pour assurer l'existence du créancier. Pour assurer toutefois l'efficacité

du sursis COVID-19, seule la poursuite par saisie ou la poursuite en réalisation de gage pourra être exercée contre le débiteur en lien avec les créances de première classe, et non la poursuite ordinaire par voie de faillite (art. 12 al. 7 Ordonnance insolvabilité COVID-19). Cette dernière règle s'inspire des dispositions sur le sursis extraordinaire (art. 346 LP).

Comme pour le sursis concordataire, le débiteur ne sera pas autorisé à payer les dettes qui font l'objet du sursis ; s'il le fait, le juge du concordat pourra ouvrir d'office la faillite (art. 11 al. 3 Ordonnance insolvabilité COVID-19).

Aucun commissaire n'étant, sauf exception, nommé en cas de sursis COVID-19 (art. 9 al. 1 Ordonnance insolvabilité COVID-19), le débiteur n'est en principe pas surveillé et peut ainsi poursuivre ses activités afin que l'entreprise continue de fonctionner après la fin du sursis. Une protection minimale des créanciers étant toutefois indispensable, l'art. 13 al. 1 de l'Ordonnance interdit au débiteur d'accomplir aucun acte qui nuirait aux intérêts légitimes des créanciers ou favoriserait certains d'entre eux au détriment des autres. Dans le même ordre d'idées, aliéner ou grever l'actif immobilisé, ou bien constituer un gage, n'est possible qu'avec l'approbation du juge du concordat ; le débiteur doit alors faire une demande en ce sens au juge (art. 13 al. 3 Ordonnance insolvabilité COVID-19), qui soit décidera lui-même, soit nommera, pour une période limitée, un commissaire qui procèdera aux examens nécessaires et fera une proposition au juge.

Le sursis COVID-19 étant un nouvel outil de l'exécution forcée, il est appelé à coexister avec les procédures ordinaires. Aux fins d'assurer la coordination avec les institutions usuelles de la LP, la possibilité de transformer le sursis COVID-19 en sursis concordataire est prévue. Dans ce dernier cas, tenant compte du fait que le sursis COVID-19 aura d'ores et déjà rempli la fonction du concordat, la durée maximale du sursis (concordataire) provisoire est diminuée de la moitié de la durée du sursis COVID-19 déjà écoulée (art. 15 Ordonnance insolvabilité COVID-19).



Serge Fasel

Associé

sfasel@fbt.ch



Romain Baume

Avocat stagiaire

rbaume@fbt.ch

FBT
A V O C A T S

Genève

Rue du 31-Décembre 47
Case postale 6120
CH – 1211 Genève 6
+41 22 849 60 40
info@fbt.ch

Paris

4, avenue Hoche
F – 75008 Paris
+33 1 45 61 18 00
info@fbt-avocats.fr