



Annexe 3: Adaptations de la LP

Date :

1^{er} avril 2020

Numéro du dossier : 237.1-3233/7/3

1 Adaptation du droit du contrat concordataire

Les entreprises concernées demanderont un sursis individuel non pas selon les dispositions relatives au sursis extraordinaire, vieilles et insatisfaisantes sur plusieurs aspects, mais selon celles relatives au sursis concordataire, plus modernes et mieux adaptées au but visé. Nous fondant sur l'expertise Lorandi, nous proposons quelques adaptations ponctuelles du droit du contrat concordataire (voir expertise Lorandi, n. marg. 108 ss).

1.1 Exemption de l'examen de la capacité d'assainissement par le juge du concordat

En dérogation à l'art. 293, let. a, LP, la procédure concordataire est introduite par :

a. la requête du débiteur, accompagnée des documents suivants : un bilan à jour, un compte de résultats et un plan de trésorerie ou d'autres documents présentant l'état actuel et futur de son patrimoine, de ses résultats ou de ses revenus ;

L'art. 293a, al. 3, LP est provisoirement suspendu.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 108) : pour décharger les tribunaux du concordat, il faut renoncer, pendant la crise, à imposer comme condition de présenter un plan d'assainissement provisoire, c'est-à-dire à examiner la capacité d'assainissement du débiteur. Le commissaire de la faillite le fera pendant le sursis.

1.2 Prolongation de la durée du sursis provisoire

En dérogation à l'art. 293a, al. 2, LP, la durée totale du sursis ne peut dépasser six mois.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 107) : porter la durée du sursis provisoire à six mois au lieu de quatre favorisera l'assainissement direct pendant cette durée.

1.3 Délai de carence pour l'ouverture de la faillite

En dérogation à l'art. 296b, let. a, LP, la faillite est prononcée d'office avant l'expiration du sursis lorsque cette mesure est indispensable pour préserver le patrimoine



du débiteur ; jusqu'au 30 mai 2020, cette règle ne s'applique pas si le débiteur n'était pas surendetté le 31 décembre 2019.

Commentaire : (cf. expertise Lorandi, n. marg. 91 et 110) : il convient d'accorder un délai de carence au débiteur, lui permettant de s'adapter à la nouvelle situation, s'il n'était pas surendetté à la fin de l'année 2019 et que ses difficultés sont donc probablement dues à la crise du COVID-19 ou aux mesures prises par les autorités dans ce cadre.

1.4 Dénonciation des contrats de durée

En dérogation à l'art. 297a LP, avec l'assentiment du commissaire, le débiteur peut dénoncer en tout temps, pour un terme à sa convenance, un contrat de durée ; la dénonciation n'est pas soumise à la condition que le but de l'assainissement soit impossible à atteindre autrement ; le débiteur doit indemniser l'autre partie contractante. L'indemnité vaut créance concordataire. Les dispositions particulières sur la résiliation des contrats de travail sont réservées.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 111) : afin de faciliter encore l'assainissement des entreprises, la condition selon laquelle le but de l'assainissement doit être impossible à atteindre sans dénonciation des contrats de durée doit être supprimée.

2 Instauration d'un nouveau sursis COVID-19

Le sursis COVID-19 que nous proposons doit permettre aux débiteurs en difficulté de recourir à une procédure simple pour demander un *sursis de durée limitée*. Celui-ci leur permettra de se réorganiser et de se préparer à l'après-crise. La procédure et les conditions du sursis sont délibérément simples, afin que le plus grand nombre possible d'entreprises puisse en bénéficier. Sur le fond, il s'agit d'une version épurée du sursis concordataire provisoire, accordée sans condition – comme la suspension des poursuites de l'art. 62 LP. La seule condition est que le débiteur n'ait pas déjà été surendetté fin 2019.

2.1 Octroi du sursis COVID-19

¹ Tout débiteur en poursuite par voie de faillite (art. 39 LP) qui n'était pas déjà surendetté le 31 décembre 2019 peut requérir du juge du concordat un sursis de trois mois au plus (sursis COVID-19).

² Il doit joindre à sa requête les pièces justificatives de sa situation de fortune et la liste de ses créanciers.

³ Une société ne peut pas requérir le sursis s'il s'agit d'une société ouverte au public ou si, au cours de deux exercices successifs, deux des valeurs suivantes sont dépassées:

a. total du bilan: 20 millions de francs;

b. chiffre d'affaires: 40 millions de francs;

c. effectif: 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 85 ss) : le sursis COVID-19 est ouvert en principe à toutes les sociétés et entreprises individuelles qui n'étaient pas déjà surendettées fin 2019. Les sociétés ouvertes au public et les grandes entreprises ne pourront cependant pas

le requérir ; elles pourront avoir recours au sursis concordataire. Étant donné leur importance économique, il semble nécessaire de les soumettre au contrôle plus strict de la procédure concordataire.

2.2 Prolongation et révocation du sursis

¹ Le juge du concordat peut prolonger le sursis une seule fois, de trois mois au plus.

² Si le débiteur donne de fausses indications au juge, celui-ci peut en tout temps révoquer le sursis d'office.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 86 et 95) : comme il n'est pas possible à ce jour de savoir combien de temps la crise durera, le débiteur pourra demander un sursis court de trois mois, qui pourra ensuite être prolongé, mais une seule fois et pour trois mois de plus au maximum. Quant à savoir s'il faudra prévoir des prolongations supplémentaires, cela dépendra de l'évolution des choses et des enseignements tirés de l'application du sursis COVID-19.

2.3 Devoirs du conseil d'administration

En demandant le sursis, les organes de la société se sont conformés à leurs devoirs au sens de l'art. 725, al. 2 (ou des art. 820 et 903, al. 2), CO.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 99) : cette disposition précise que les devoirs découlant du droit des sociétés peuvent être remplis par l'ouverture d'un sursis COVID-19.

2.4 Commissaire

Si les circonstances l'exigent, le juge du concordat peut en tout temps nommer un commissaire, à la demande du débiteur, à la demande d'un créancier ou d'office. Le commissaire surveille l'activité du débiteur, peut lui donner des instructions et l'aide à prendre les mesures nécessaires et à trouver un accord avec ses débiteurs.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 87) : à la différence de ce qui est le cas pour le sursis concordataire (art. 293b, al. 1, et 295 LP), il convient de renoncer en principe à la nomination d'un commissaire pour le sursis COVID-19, étant donné la nature de procédure de masse de ce sursis. Il faut en effet réduire autant que possible le travail administratif et les coûts pour toutes les personnes concernées. Si un commissaire est néanmoins nommé, les art. 5, 8, 10, 11, 14, al. 2, et 17 à 19 LP s'appliqueront.

2.5 Publicité du sursis

¹ 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.

² Dans les cas où cela se justifie, il est possible de renoncer à rendre public le sursis, pour autant que la protection des intérêts des tiers soit garantie et qu'une requête en ce sens ait été formulée. L'art. 293c, la. 2, let. a à c, LP s'applique par analogie.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 89) : cette disposition correspond largement à celle sur le sursis provisoire (art. 293c LP). L'art. 293c, al. 2, let. d, LP ne s'applique pas. Le juge décidera selon sa libre appréciation s'il faut nommer un commissaire en cas de sursis tacite.

2.6 Créances faisant l'objet du sursis COVID-19

Le sursis déploie ses effets sur toutes les créances contre le débiteur qui sont nées avant l'octroi du sursis ou avant le 30 mai 2020.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 91) : le délai de carence accordé jusque fin mai 2020 donnera au débiteur le temps d'ouvrir la procédure de sursis.

2.7 Effets du sursis sur les droits des créanciers

¹ Aucune poursuite ne peut être exercée contre le débiteur pour des créances faisant l'objet du sursis, sauf s'il s'agit d'une poursuite en réalisation de gage en raison de créances garanties par gage immobilier; un tel gage ne peut toutefois en aucun cas être réalisé.

² L'art. 199, al. 2, s'applique par analogie aux biens saisis.

³ Les créances qui font l'objet d'un sursis ne peuvent pas faire l'objet d'un séquestre ni d'autres mesures conservatoires.

⁴ La cession de créance future conclue avant l'octroi du sursis ne déploie pas d'effets si la créance cédée prend naissance après l'octroi du sursis.

⁵ Sauf en cas d'urgence, le sursis concordataire a pour effet de suspendre les procès civils et les procédures administratives portant sur les créances concordataires.

⁶ Les délais de prescription ou de péremption cessent de courir.

⁷ La compensation est régie par les art. 213 et 214. L'octroi du sursis tient lieu d'ouverture de la faillite.

2.8 Effets du sursis sur la liberté de disposer du débiteur

¹ Le débiteur peut poursuivre son activité. Si le juge du concordat a nommé un commissaire, il peut cependant prescrire que certains actes ne pourront être valablement accomplis qu'avec le concours de ce dernier, ou autoriser le commissaire à poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur.

² Sauf autorisation du juge du concordat, il est interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis.

³ Les droits des tiers de bonne foi sont réservés.

⁴ Si le débiteur contrevient à cette disposition ou, le cas échéant, aux injonctions du commissaire, ou si cette mesure est indispensable pour préserver le patrimoine du débiteur, le juge du concordat peut ouvrir d'office la faillite.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 89 s. et 96) : les effets du sursis COVID-19 correspondent largement à ceux du sursis ordinaire (art. 297 et 298 LP). Notamment, seules seront concernées les créances nées *avant* l'octroi du sursis. Celles nées après l'octroi du sursis ne seront pas touchées. Cela permettra au débiteur de poursuivre son activité après l'octroi du sursis. Le paiement, par le débiteur, de nouvelles dettes qui ne sont pas couvertes

par le sursis COVID-19 alors qu'il ne s'acquitte pas des obligations qui sont soumises à ce sursis ne sera pas un acte révocable au sens des art. 285 ss. LP.

2.9 Interdiction de payer les dettes qui font l'objet du sursis

¹ Le débiteur n'est pas autorisé à payer les dettes qui font l'objet du sursis.

² S'il le fait, le juge du concordat peut ouvrir d'office la faillite.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 90) : comme pour le sursis concordataire, il ne sera pas possible de payer les dettes qui font l'objet du sursis. Inscrire clairement l'interdiction dans l'ordonnance permettra au débiteur mis sous pression de se prévaloir d'un motif de refus clair vis-à-vis de ses créanciers. En même temps, il sera mieux en mesure de s'acquitter de ses nouvelles obligations, car il pourra utiliser dans ce seul but les moyens dont il disposera.

2.10 Voies de droit

¹ Le débiteur et les créanciers peuvent attaquer la décision du juge du concordat par la voie du recours, conformément au CPC.

² L'effet suspensif ne peut être accordé à un recours dirigé contre la décision d'octroyer le sursis concordataire.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 94) : cette disposition correspond à l'actuel art. 295c LP.

2.11 Demande de sursis provisoire

Le débiteur peut en tout temps requérir le sursis provisoire. La durée maximale du sursis provisoire est diminuée de la moitié de la durée du sursis COVID-19 déjà écoulee.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 98) : si le débiteur veut conclure un contrat concordataire, ou bien s'il veut bénéficier des effets plus importants que déploie le sursis concordataire, il doit pouvoir transformer le sursis COVID-19 en un sursis concordataire. Au moins la moitié de la durée déjà écoulee du sursis COVID-19 sera alors imputée sur la durée du sursis concordataire, car le sursis COVID-19 en aura rempli en partie la fonction.

2.12 Effets du sursis dans la perspective d'une faillite ou d'un contrat concordataire

Les dettes contractées pendant le sursis avec l'assentiment du commissaire constituent des dettes de la masse dans un concordat par abandon d'actifs ou dans une faillite subséquente. Il en va de même des contreprestations découlant d'un contrat de durée, dans la mesure où le débiteur a bénéficié des prestations prévues par ce contrat avec l'assentiment du commissaire.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 93) : cette disposition permettra de régler, sous forme d'une exécution générale subséquente, le sort des dettes impayées pendant le sursis COVID-19 (art. 310, al. 2, LP).

2.13 Autres compléments à la LP

En dérogation à l'art. 219, al. 5, let. a, ne sont pas comptés dans les délais fixés pour les créances de première et de deuxième classes :

la durée de la procédure concordataire ou du sursis COVID-19 précédant l'ouverture de la faillite

En dérogation à l'art. 288a LP

En dérogation à l'art. 288a, ch. 1, LP, n'entrent pas dans le calcul des délais prévus aux art. 286 à 288 :

la durée d'un sursis concordataire ou d'un sursis COVID-19 précédant l'ouverture de la faillite.

2.14 Complément à l'art. 58 LACI

En dérogation à l'art. 8 LACI, les dispositions du chapitre 5 LACI sont applicables par analogie en cas de sursis concordataire, d'ajournement de la déclaration de faillite par le juge ou de sursis COVID-19.

Commentaire (cf. expertise Lorandi, n. marg. 100) : il faut compléter la loi sur l'assurance chômage (LACI, RS 837.0) afin que les dispositions sur l'indemnité en cas d'insolvabilité s'appliquent aussi au sursis COVID-19.

3 Complément à l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19

3.1 Responsabilité pour l'utilisation du prêt à des fins contraires au but de l'ordonnance

Les organes dirigeants sont personnellement et solidairement responsables vis-à-vis des autres créanciers, de la banque créancière, de l'organisation de cautionnement et de la Confédération si un crédit accordé en vertu de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 est utilisé dans un but exclu par l'art. 6, al. 2, let. b, et 3, de ladite ordonnance, à moins qu'ils ne prouvent qu'aucune faute ne leur est imputable.

Commentaire : l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 prescrit les buts dans lesquels le prêt ne doit pas être utilisé. Afin d'éviter que l'argent reçu ne soit employé à d'autres fins que celles visées, il faut prévoir une responsabilité personnelle des organes dirigeants, en leur permettant de bénéficier d'une preuve libératoire.

3.2 Exclusion de l'action paulinienne

L'action révocatoire au sens des art. 285 ss. LP est exclue concernant l'utilisation des fonds que le débiteur a obtenus au titre de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

Commentaire : il ressort de la nature des prêts visés par l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 que toute utilisation de l'argent emprunté met en danger le remboursement de ces prêts. Il est donc nécessaire que l'action révocatoire au sens de l'art. 288 LP soit exclue.

3.3 Complément à l'art. 3 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19

En dérogation à l'art. 3, al. 1, let. b, de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, le requérant doit déclarer qu'il ne se trouve ni en faillite, ni en procédure concordataire, ni en sursis COVID-19, ni en liquidation au moment du dépôt de la demande

Numéro du dossier : 237.1-3233/7/3

Commentaire : l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 doit être complétée par le nouveau type de sursis.