



Annexe 1: Document de réflexion

Date :

1 avril 2020

Référence du dossier : 237.1-3233/7/2/2

Devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée de sursis

1 Contexte

Compte tenu de la crise du coronavirus, il est à craindre que bon nombre d'entreprises rencontrent des difficultés financières à plus ou moins brève échéance. La Confédération met actuellement tout en œuvre, par une série de mesures, pour alléger autant que possible le fardeau des entreprises et empêcher qu'elles se retrouvent en faillite sans faute de leur part. Si les mesures prises par la Confédération visent à régler les problèmes de liquidités, en particulier des PME, les entreprises constituées en personnes morales restent confrontées au problème découlant de l'art. 725, al. 2, du code des obligations (CO, RS 220), qui oblige le conseil d'administration, dans certains cas, à aviser le juge pour que la faillite puisse être prononcée. Compte tenu des répercussions pratiques de ce mécanisme (voir plus bas), on peut donc se demander s'il faut également prendre des mesures au niveau du droit des sociétés. La loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) prévoit quant à elle, à l'art. 62, que le Conseil fédéral peut ordonner la *suspension des poursuites* en cas d'épidémie. La LP contient par ailleurs, aux art. 337 ss, une réglementation dite du sursis extraordinaire. Depuis que la crise a commencé, la Confédération se pose la question du recours à ces instruments de crise inscrits expressément dans la loi.

Le Conseil fédéral a ordonné le 18 mars 2020 la suspension des poursuites jusqu'au 5 avril 2020, en application de l'art. 62 LP. La suspension sera immédiatement suivie par les fêtes de poursuite légaux, qui commenceront à courir ce jour-là et dureront jusqu'au 19 avril 2020. Les effets de la suspension proposée correspondent à ceux des fêtes de poursuite ordinaires. En conséquence, la décision fait courir les fêtes ordinaires quelques jours plus tôt et les prolonge de deux à un peu plus de quatre semaines. Toutes les personnes physiques et morales de Suisse sont ainsi protégées jusqu'à cette date d'une poursuite et en particulier de l'ouverture d'une faillite.



2 Pas de suspension des poursuites à plus long terme

La suspension des poursuites en cas d'épidémie, conformément à l'art. 62 LP, est une mesure de grande ampleur aux conséquences étendues. Le Conseil fédéral avait ordonné une suspension générale des poursuites dans le sillage de la mobilisation générale, lorsque la Première Guerre mondiale a éclaté, suspension qui a duré du 5 au 21 août 1914 et que le Conseil fédéral a prolongée une fois, jusqu'au 30 septembre 1914. L'expérience a toutefois montré clairement que la mesure ne se prête pas à une application durable, car elle a de *lourdes conséquences sur toute la vie économique*. Beaucoup de débiteurs ont par ex. cessé de payer leurs factures, de sorte que l'ensemble du système économique s'est mis à vaciller. Le Conseil fédéral n'a donc pas prolongé une nouvelle fois la suspension des poursuites, privilégiant d'autres moyens.

Les expériences de l'époque ont montré clairement que la suspension des poursuites est une mesure dont les effets ne sont que relativement utiles dans la lutte contre la crise actuelle. Il faut plutôt opter pour des mesures ciblées : au lieu d'accorder un sursis complet à tous les débiteurs, il s'agit d'accorder certaines facilités à certains débiteurs dans le cadre de décisions prises au cas par cas.

La suspension des poursuites n'est pas le bon instrument non plus pour éliminer les problèmes causés par l'épidémie aux entreprises parce qu'elle se limite à répercuter les problèmes de liquidités d'un débiteur sur un tiers, dans ce cas le créancier. Pour bien faire, il faudrait améliorer les liquidités des entreprises concernées par des *mesures directes*, notamment le chômage partiel, les allocations pour perte de gain COVID pour couvrir les charges salariales, les prêts prévus dans l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, l'octroi de délais de paiement des cotisations des assurances sociales, des impôts et des taxes, et d'autres mesures d'allègement ordonnées ou envisagées par le Conseil fédéral. Enfin, la suspension des poursuites ne permet pas de régler diverses questions qui réclameraient impérativement de l'être à plus long terme, dans la mesure où elle ne vise pas à assainir les entreprises, mais seulement à repousser la date de leur insolvabilité (voir plus bas).

Ordonner la suspension des poursuites semble en revanche être une bonne mesure s'il s'agit de compenser des problèmes à court terme, que ce soit pour les offices des poursuites, qui ne peuvent plus s'acquitter complètement de leurs tâches en raison de circonstances extérieures, pour les débiteurs concernés, qui obtiennent un délai pour analyser leur situation et entreprendre les démarches nécessaires, et pour les milieux politiques, qui ont besoin de temps pour prendre les mesures qui s'imposent. L'instrument a donc pu être mis en œuvre avec succès dans le passé lors de situations de crise locales et très limitées dans le temps (inondations, fortes chutes de neige entraînant un risque d'avalanche).

La suspension des poursuites ordonnée par le Conseil fédéral le 18 mars 2020 poursuit les mêmes buts : vu la complexité de la situation actuelle et la nécessité de prendre rapidement des mesures, le Conseil fédéral a décidé d'ordonner *dans un premier temps*, et seulement à titre de bref répit, une suspension des poursuites de durée limitée, qui permet de préparer une solution réfléchie dans les semaines à venir.

À la différence de ce qui se passerait si on ordonnait une suspension des poursuites à long terme, le but n'est explicitement pas de suspendre l'entier du système des poursuites et des faillites, mais de garantir de manière générale l'application du droit et d'empêcher la survenue d'autres dommages. L'exécution de créances pécuniaires compte au nombre des fonctions fondamentales de l'État de droit et de l'ordre économique qu'on ne peut interrompre du jour au lendemain.

3 Systématique et fonction des différentes mesures

La solution proposée repose sur un modèle à plusieurs niveaux : plutôt qu'une suspension des poursuites, l'Office fédéral de la justice met en discussion un modèle à trois niveaux dans lequel les entreprises sont en principe soumises à un examen individuel :

- (1) Mesures de soutien direct par la Confédération
- (2) Allègements concernant les obligations prévues à l'art. 725, al. 2, CO
- (3) Renvoi à la procédure concordataire en vigueur en vertu de la LP et introduction d'une procédure spéciale de prolongation de délai pour les petites entreprises (prolongation de délai COVID-19)

3.1 Mesures de soutien direct de la Confédération

Une entreprise qui se voit menacée dans son existence par la crise actuelle a la possibilité de demander à bénéficier des mesures de soutien direct de la Confédération. Cette mesure devrait permettre, du moins temporairement, de détendre la situation. Parmi ces mesures, on trouve en premier lieu les crédits-relais prévus par l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, qui doivent permettre de fournir aux entreprises suffisamment de liquidités pour couvrir leurs frais fixes courants malgré les pertes de recettes qu'entraîne la crise. Leurs liquidités sont ainsi restaurées et l'art. 24 de l'ordonnance leur permet d'assainir temporairement leur bilan. Viennent s'y ajouter la possibilité du chômage partiel et les autres mesures arrêtées par la Conseil fédéral.

3.2 Adaptation de l'art. 725 CO

Les mesures de soutien direct n'empêchent pas, dans bien des cas, que le problème subsiste pour les conseils d'administration, tenus par le droit en vigueur d'établir un bilan intermédiaire concernant les valeurs d'exploitation et les valeurs de liquidation et de le soumettre à la vérification d'un réviseur agréé. Si les deux bilans font état d'un surendettement, autrement dit que les actifs de la société sont inférieurs aux capitaux étrangers (dettes), le conseil d'administration ou, s'il omet de le faire, le réviseur doit aviser le juge et établir un avis de surendettement (« déposer le bilan »). Les organes en question sont personnellement responsables en cas d'omission.

En pratique, le passage du bilan à la valeur d'exploitation au bilan à la valeur de liquidation (généralement bien inférieure) conduit presque irrémédiablement à la faillite immédiate de la société. Dans des conditions économiques normales, ce mécanisme assure que les créanciers d'une société sur le point de faire faillite subissent le moins de dommage possible. Les problèmes de liquidité et la dépréciation des actifs entraînés par la pandémie risquent aujourd'hui de contraindre davantage d'entreprises qui ne seraient pas endettées en temps normal à engager une procédure de faillite en raison de cette réglementation. Un conseil d'administration consciencieux est en effet tenu de déposer immédiatement le bilan s'il ne veut pas engager sa responsabilité personnelle. Résultat : des fermetures d'entreprises, des pertes d'emplois et la destruction de valeurs considérables sur le plan économique.

Dans ce contexte, le législateur allemand a adopté le 27 mars 2020 et fait entrer en vigueur une série complète de textes législatifs (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht). Ces textes de loi libèrent les sociétés que la pandémie a rendues insolubles, mais qui ont la perspective de récupérer leur solvabilité, de l'obligation de déposer une demande d'insolvabilité et ce, jusqu'au 30 septembre

2020. Ces textes législatifs créent en outre des incitatifs pour que les entreprises concernées obtiennent de nouvelles liquidités et que les relations commerciales avec ces entreprises subsistent. Les éléments clés de ce train de mesures pourront être prolongés si besoin jusqu'au 31 mars 2021.

Avec l'art. 24 de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, le Conseil fédéral a déjà partiellement pris en compte la problématique exposée ci-dessus. Les prêts garantis par la Confédération, bien qu'ils apparaissent au bilan en tant que capitaux étrangers, peuvent être mis de côté lors de la vérification de l'endettement au sens de l'art. 725, al. 2, CO. Cette manière de procéder permet de réduire le total des capitaux étrangers à couvrir par des actifs. Et d'aboutir à la situation qu'une société n'est plus considérée comme surendettée bien que ses dettes soient dans les faits plus importantes que les actifs dont elle dispose. Le conseil d'administration n'a plus à aviser le juge. En complément, dans un second temps, il faut prévoir une exclusion des actions pauliennes pour les banques offrant le crédit, ou la Confédération qui cautionne lesdits crédits.

Mais il y aura sans doute des cas où le bilan fera encore état d'un surendettement même si les prêts garantis par la Confédération sont mis entre parenthèses. Selon la proposition de l'OFJ, le conseil d'administration sera libéré temporairement de l'obligation de faire vérifier le bilan intermédiaire par un réviseur agréé. L'obligation d'établir un bilan intermédiaire des valeurs d'exploitation et de liquidation subsistera en revanche. Le conseil d'administration doit pouvoir se faire une idée de la situation économique de la société sur la base d'informations complètes. Il n'aura toutefois plus à aviser le juge s'il constate un surendettement s'il a la perspective, à plus long terme, que le surendettement sera éliminé et que la société ne sera pas à nouveau surendettée fin 2019.

La suspension des obligations légales du conseil d'administration n'est pas une mesure d'assainissement. Elle vise uniquement à donner plus de temps au conseil d'administration pour prendre les mesures utiles à l'assainissement de la société.

En résumé, on peut dire que les crédits prévus par l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 rétablissent les liquidités des entreprises et permettent d'assainir, du moins à court terme, leur bilan, et que la suspension partielle des obligations inscrites à l'art. 725, al. 2, CO supprime au moins dans certains cas l'obligation d'aviser le juge. Là où ces mesures ne suffisent pas, notamment quand il n'existe aucune perspective réaliste que l'endettement sera éliminé dans les six mois suivant la fin des mesures, le juge devra être avisé. Et quand les crédits demandés ne suffisent pas pour rétablir les liquidités, il restera possible pour les créanciers de demander la faillite de l'entreprise concernée par la voie de la poursuite ordinaire.

4 Mesures du droit de l'exécution forcée

Afin de protéger davantage les entreprises menacées face aux risques de faillite et de dissolution, et donc afin d'atteindre le but que le Conseil fédéral s'est fixé – éviter les faillites dues à un manque de liquidités –, il faut également prendre des mesures au niveau du droit de l'exécution forcée. La LP en vigueur prévoit aux art. 337 ss. des dispositions sur le « sursis extraordinaire ». Elles s'appliquent « *dans des circonstances extraordinaires, particulièrement en cas de crise économique persistante* ». Le sursis extraordinaire doit cependant être déclaré applicable avec l'assentiment de la Confédération avant qu'une entreprise puisse le demander.

Après examen approfondi par un expert externe (ci-après : expertise Lorandi; annexe 4), il s'est toutefois avéré que le sursis extraordinaire ne semblait guère approprié – du moins que de manière limitée – pour faire face à la crise actuelle. Ainsi, il ne peut être accordé que si

les circonstances permettent d'espérer que, le sursis expiré, le débiteur pourra désintéresser intégralement ses créanciers (art. 338, al. 1, LP). Les délais de prescription et de péremption continuent de courir, les procédures en cours ne sont pas suspendues et les créances de première classe, notamment celles portant sur les salaires ou sur les contributions d'entretien, ne sont pas touchées (art. 346, al. 1, LP). Une des nouveautés essentielles de la dernière révision du droit concordataire – la possibilité de transférer l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, prévue à l'art. 33b CO – ne s'applique pas en cas de sursis extraordinaire. Un autre inconvénient de poids est la règle prévue à l'art. 349, al. 2, LP, selon laquelle, dans les six mois qui suivent l'expiration du sursis extraordinaire, il ne peut être accordé ni sursis concordataire ni nouveau sursis extraordinaire. D'autres questions importantes sont sans réponse faute de jurisprudence sur le sursis extraordinaire (pour plus de détails, voir l'expertise Lorandi, n. marg. 70 à 75).

Afin de remédier à ces lacunes, il faudrait adapter fortement les dispositions sur le sursis extraordinaire par la voie d'une ordonnance de nécessité, en les rapprochant sur le fond des dispositions sur la procédure concordataire (art. 293 ss LP). Dans ces circonstances, il semble préférable d'utiliser le droit concordataire en vigueur, soit les art. 293 ss LP, en le modifiant légèrement pour l'adapter aux conditions actuelles. Tel est l'objet du projet joint.

Il convient cependant de garder à l'esprit que la procédure concordataire est relativement lourde et (comme d'ailleurs le sursis extraordinaire) n'a pas les caractéristiques telles que les entreprises puissent y recourir en masse en vue d'un assainissement. Étant donné le nombre de cas auquel on peut s'attendre, les tribunaux ne seraient guère en mesure de les traiter en temps utile, tandis que les coûts encourus feraient hésiter de nombreuses entreprises à engager une telle procédure. Ni le sursis extraordinaire, ni la procédure concordataire actuelle ne sont globalement adaptés aux besoins actuels.

Le défi pour le législateur est que la crise met en difficulté de nombreuses entreprises et qu'il faut éviter des faillites en grand nombre. En même temps, on peut espérer qu'à la fin de la crise, au moins une partie de ces entreprises seraient de nouveau en mesure de poursuivre leur activité. Le but des mesures législatives est de faire traverser la crise à ces entreprises avec le moins de dommages possible. Il ne semble guère possible de déterminer a priori, dans chaque cas, si une entreprise mérite d'être soutenue ou non, non seulement à cause de la difficulté de faire un pronostic fiable mais aussi en raison du travail que représenterait l'examen d'un aussi grand nombre de cas.

Alors que l'ouverture d'une procédure concordataire peut être, comme auparavant, sensée pour les plus grandes entreprises, le législateur a deux options pour les petites entreprises pour lesquelles cette procédure est démesurée : ne rien faire et laisser les entreprises à leur destin, ou bien protéger une grande partie d'entre elles en adoptant une solution globale (et sans doute parfois excessive) tout en sachant que nombre de ces entreprises ne survivront de toute façon pas à la crise quels que soient les efforts déployés.

En suivant cette deuxième voie, qui est aussi l'axe choisi par la Confédération dans ses mesures de soutien direct et dans le cadre de l'art. 725 CO, nous proposons de créer une *procédure de masse standardisée*, qui viendrait doubler la procédure concordataire dont elle s'inspirerait, et qui permettrait aux *petites* entreprises d'obtenir un sursis de manière simple et rapide (« sursis covid-19 »). Ce sursis, d'une durée limitée, leur donnera une chance de se réorganiser et de s'adapter à la nouvelle situation. Le but du sursis n'est pas la conclusion d'un concordat.

Sur le fond, la procédure que nous proposons de créer s'inspire fortement de la procédure concordataire, *sans l'obligation de présenter un plan d'assainissement*, mais déploie en grande partie les mêmes effets qu'un sursis concordataire provisoire. D'un point de vue macro-économique, les effets déployés par le sursis covid-19 seront limités, notamment en comparaison avec une suspension des délais : il ne pourra bénéficier qu'aux débiteurs qui ont demandé ce sursis et auquel il a été accordé. De plus, pour ces débiteurs, seules seront

concernées les obligations nées avant le sursis covid-19, conformément aux règles en vigueur pour la procédure concordataire. Les répercussions sur l'économie des retards de paiements généralisés seront de la sorte limitées au minimum indispensable sur le plan personnel et matériel (expertise Lorandi, n. marg. 100).