



Beilage 3: Anpassungen im SchKG

Datum:

1. April 2020

Aktenzeichen: 237.1-3233/7/3

1 Anpassung des Nachlassvertragsrechts

Die betroffenen Unternehmen sollen die individuelle Stundung nicht nach den Bestimmungen der veralteten und in verschiedener Hinsicht unbefriedigenden Notstundung beantragen, sondern die moderne und für diesen Zweck auch geeignete Nachlassstundung beantragen. Basierend auf dem Gutachten Lorandi werden dazu einige wenige punktuelle Anpassungen des Nachlassvertragsrechts vorgeschlagen (dazu Gutachten Lorandi, Rz. 108 ff.).

1.1 Verzicht auf Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht

In Abweichung von Artikel 293 Buchstabe a SchKG wird das Nachlassverfahren eingeleitet durch:

- a. ein Gesuch des Schuldners mit folgenden Beilagen: eine aktuelle Bilanz, eine Erfolgsrechnung und eine Liquiditätsplanung oder entsprechende Unterlagen, aus denen die derzeitige und künftige Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage des Schuldners ersichtlich ist;

Artikel 293a Abs. 3 SchKG wird vorübergehend suspendiert.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 108): Zur Entlastung der Nachlassgerichte soll während der Krise auf die Voraussetzung eines provisorischen Sanierungsplans und damit auf die Prüfung der Sanierungsfähigkeit des Schuldners verzichtet werden. Diese soll vom Sachwalter während der Stundung überprüft werden.

1.2 Verlängerung der Dauer der provisorischen Nachlassstundung

In Abweichung von Artikel 293a Absatz 2 SchKG darf die Gesamtdauer der provisorischen Nachlassstundung sechs Monate nicht überschreiten.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 107): Die Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung von vier auf sechs Monate soll die direkte Sanierung während der provisorischen Nachlassstundung fördern.



1.3 Übergang zum Konkurs nach Ablauf einer Karenzfrist

In Abweichung von Artikel 296b Buchstabe b SchKG ist der Konkurs vor Ablauf der Stundung von Amtes wegen zu eröffnen, wenn dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist, wobei dies bis zum 30. Mai 2020 nicht gilt, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 91 und 110): Dem Schuldner, der Ende 2019 nicht überschuldet war und dessen Schwierigkeiten damit vermutungsweise durch die Krise bzw. die behördlichen Massnahmen ausgelöst worden sind, soll eine Karenzfrist eingeräumt werden, in welcher er sich auf die neue Situation einstellen kann.

1.4 Auflösung von Dauerschuldverhältnissen

In Abweichung von Artikel 297a SchKG kann der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen; für die Kündigung wird nicht verlangt, dass andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde; die Entschädigung gilt als Nachlassforderung. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über die Auflösung von Arbeitsverträgen.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 111): Um Sanierungen zusätzlich zu erleichtern, soll die Voraussetzung, dass andernfalls (d.h. ohne Kündigung) der Sanierungszweck vereitelt würde, gestrichen werden.

2 Einführung einer neuen COVID-19-Stundung

Mit der vorgeschlagenen COVID-19-Stundung soll den bedrängten Schuldnern ein einfaches Verfahren zur Verfügung gestellt werden, mit welchem sie eine *zeitlich befristete Stundung* herbeiführen können. Diese erlaubt es ihnen, sich zu reorganisieren und sich für die Zeit nach der Krise aufzustellen. Das Verfahren und die Anforderungen an die Stundung sind bewusst sehr einfach gehalten, damit eine möglichst grosse Zahl von Unternehmen davon Gebrauch machen können. Inhaltlich handelt es sich um eine abgespeckte provisorische Nachlassstundung, die allerdings – wie der allgemeine Rechtsstillstand nach Artikel 62 SchKG – voraussetzungslos gewährt wird, ausser, dass der Schuldner Ende 2019 nicht überschuldet gewesen sein darf.

2.1 Einleitung der COVID-19-Stundung

¹ Ein Schuldner, der der Konkursbetreibung unterliegt (Art. 39 SchKG) kann vom Nachlassgericht eine Stundung von höchstens drei Monaten verlangen (COVID-19-Stundung), sofern er am 31. Dezember 2019 nicht bereits überschuldet war.

² Der Schuldner hat mit einem Gesuch die erforderlichen Nachweise über seine Vermögenslage zu erbringen und ein Verzeichnis seiner Gläubiger einzureichen.

⁴ Publikumsgesellschaften sowie Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten, steht die COVID-19-Stundung nicht offen:

- a. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken,
- b. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken,

c. 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt;

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 85 f.): Die COVID-19-Stundung steht grundsätzlich jeder Gesellschaft oder Einzelunternehmung offen, die Ende 2019 nicht bereits überschuldet war. Publikumsgesellschaften und grosse Unternehmen können dagegen keine COVID-19-Stundung beantragen, ihnen steht die Nachlassstundung zur Verfügung. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung solcher Unternehmen erscheint es notwendig, diese der engeren Kontrolle des Nachlassverfahrens zu unterstellen.

2.2 Verlängerung und Widerruf der Stundung

¹ Das Gericht kann die Stundung einmalig um höchstens weitere drei Monate verlängern.

² Hat der Schuldner gegenüber dem Gericht falsche Angaben gemacht, kann dieses die Stundung jederzeit von Amtes wegen widerrufen.

Kommentar (vgl. dazu Gutachten Lorandi, Rz. 86 und 95): Da zurzeit nicht absehbar ist, wie lange die Krise dauern wird, soll eine kurze Stundung von drei Monaten beantragt werden können mit der Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung um maximal weitere drei Monate. Ob in Zukunft weitere Verlängerungen ermöglicht werden sollen, hängt von den weiteren Entwicklungen und den Erfahrungen mit der COVID-19-Stundung ab.

2.3 Pflichten des Verwaltungsrates

Mit dem Gesuch um Stundung sind die Organe der Gesellschaft ihren Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 (bzw. Artikel 820 und Artikel 903 Absatz 2) OR nachgekommen.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 99): Mit dieser Bestimmung wird klargestellt, dass auch mit einer Einleitung der COVID-19-Stundung die gesellschaftsrechtlichen Pflichten erfüllt werden können.

2.4 Sachwalter

Sofern dies aufgrund der Umstände erforderlich ist, kann das Nachlassgericht auf Gesuch des Schuldners, eines Gläubigers oder von Amtes wegen jederzeit einen Sachwalter einsetzen. Dieser überwacht den Schuldner, kann diesem Weisungen erteilen und unterstützt ihn darin, die notwendigen Massnahmen zu ergreifen und Einigungen mit seinen Gläubigern zu erzielen.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 88): Anders als bei der Nachlassstundung (Art. 293b Abs. 1 und 295 SchKG) ist bei der COVID-19-Stundung grundsätzlich auf die Bestellung eines Sachwalters zu verzichten. Damit wird der Natur der Stundung als Massengeschäft Rechnung getragen und der administrative Aufwand für alle Beteiligten sowie die Kosten werden gering gehalten. Sofern ein Sachwalter eingesetzt wird, gelten die Artikel 5, 8, 10, 11, 14 Absatz 2 sowie 17–19 SchKG sinngemäss.

2.5 Öffentliche Bekanntmachung

¹ Die Bewilligung der Stundung wird durch das Nachlassgericht öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt unverzüglich mitgeteilt.

² In begründeten Fällen kann auf die öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Art. 293c Abs. 2 Bst. a–c SchKG gelten sinngemäss.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 89): Die Regelung entspricht weitgehend derjenigen bei der provisorischen Nachlassstundung (Artikel 293c SchKG). Nicht zur Anwendung kommt Artikel 293c Absatz 2 Bst. d SchKG. Ob bei einer stillen Stundung ein Sachwalter zu bestellen ist, entscheidet das Gericht nach Ermessen.

2.6 Der Stundung unterliegende Forderungen

Die Wirkungen der Stundung erfasst sämtliche Forderungen gegen den Schuldner, welche vor der Bewilligung der Stundung bzw. bis zum 30. Mai 2020 entstanden sind.

Kommentar (vgl. dazu Gutachten Lorandi, Rz. 91). Mit der Einräumung einer Karenzfrist bis Ende Mai 2020 erhält der Schuldner Zeit, das Stundungsverfahren einzuleiten.

2.7 Wirkungen der Stundung auf die Rechte der Gläubiger

¹ Während der Stundung kann gegen den Schuldner für Forderungen, welche von der Stundung erfasst sind, eine Betreuung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden. Ausgenommen ist die Betreuung auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen; die Verwertung des Grundpfandes bleibt dagegen ausgeschlossen.

² Für gepfändete Vermögensstücke gilt Artikel 199 Absatz 2 SchKG sinngemäss.

³ Für gestundete Forderungen sind der Arrest und andere Sicherungsmassnahmen ausgeschlossen.

⁴ Wurde vor der Bewilligung der Stundung die Abtretung einer künftigen Forderung vereinbart, entfaltet diese Abtretung keine Wirkung, wenn die Forderung erst nach der Bewilligung der Stundung entsteht.

⁵ Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren über gestundete Forderungen sistiert.

⁶ Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen still.

⁷ Für die Verrechnung gelten die Artikel 213 und 214. An die Stelle der Konkursöffnung tritt die Bewilligung der Stundung.

2.8 Wirkungen der Stundung auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners

¹ Der Schuldner kann seine Geschäftstätigkeit fortsetzen. Hat das Nachlassgericht einen Sachwalter eingesetzt, kann es anordnen, dass gewisse Handlungen rechtsgültig nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können, oder den Sachwalter ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen.

² Ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts können während der Stundung nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden.

³ Vorbehalten bleiben die Rechte gutgläubiger Dritter.

⁴ Handelt der Schuldner dieser Bestimmung oder den Weisungen eines allfälligen Sachwalters zuwider oder ist dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich, so kann das Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs eröffnen.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 91 f. und 97): Die Wirkungen der Stundung entsprechen weitgehend derjenigen der ordentlichen Nachlassstundung (Art. 297 und 298 SchKG). Insbesondere betrifft die Stundung nur die Forderungen, die *vor* der Stundung entstanden sind. Nach der Stundung entstandene Forderungen sind nicht erfasst. Dies erlaubt es dem Schuldner, seinen Geschäftsbetrieb nach Bewilligung der Stundung weiterzuführen. Es stellt keine anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 285 ff. SchKG dar, dass der Schuldner neue Verbindlichkeiten, welche nicht der COVID-19-Stundung unterliegen, bezahlt, während die der COVID-19-Stundung unterliegenden Verbindlichkeiten nicht bezahlt werden.

2.9 Verbot der Zahlung der gestundeten Forderungen

¹ Der Schuldner darf die Forderungen, welche der Stundung unterliegen, nicht bezahlen.

² Geschieht dies dennoch, so kann das Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs eröffnen.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 90): Wie bei der Nachlassstundung dürfen die von der Stundung erfassten Forderungen nicht bezahlt werden. Mit der Aufnahme des ausdrücklichen Verbots der Bezahlung in der Verordnung erhält der Schuldner, der unter Druck steht, auch einen klaren Verweigerungsgrund gegenüber seinen Gläubigern. Gleichzeitig wird dadurch die Bezahlung der neuen Verbindlichkeiten besser abgesichert, da die zur Verfügung stehenden Mittel nur dafür verwendet werden dürfen.

2.10 Rechtsmittel

¹ Der Schuldner und die Gläubiger können den Entscheid des Nachlassgerichts mit Beschwerde nach der ZPO anfechten.

² Der Beschwerde gegen die Bewilligung der Stundung kann keine aufschiebende Wirkung erteilt werden.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 94): Die Bestimmung entspricht dem geltenden Artikel 295c SchKG.

2.11 Gesuch um provisorische Nachlassstundung

Der Schuldner kann jederzeit ein Gesuch um provisorische Nachlassstundung stellen. Die maximale Dauer der provisorischen Nachlassstundung wird dabei um die Hälfte der Zeit der bereits in Anspruch genommenen COVID-19-Stundung verkürzt.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 98): Will der Schuldner einen Nachlassvertrag abschliessen oder die weitergehenden Wirkungen einer Nachlassstundung in Anspruch nehmen, muss er die COVID-19-Stundung in eine Nachlassstundung überführen können. Dabei wird zumindest die Hälfte der bereits aufgelaufenen Stundung angerechnet, da die COVID-19-Stundung in diesem Fall die Funktion der provisorischen Nachlassstundung teilweise übernommen hat.

2.12 Wirkungen im Hinblick auf einen späteren Konkurs oder Nachlassvertrag

In einem allfälligen späteren Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung verpflichten während der Stundung mit Zustimmung eines allfälligen Sachwalters eingegangene Verbindlichkeiten die Masse. Gleiches gilt auch für Gegenforderungen aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters daraus Leistungen in Anspruch genommen hat.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 93): Mit dieser Bestimmung wird das Schicksal von während der COVID-19-Stundung unbezahlten Verbindlichkeiten in einer nachfolgenden Generalexekution geregelt.

2.13 Weitere Ergänzungen im SchKG

In Abweichung von Artikel 219 Absatz 5 Buchstabe a werden bei den in der ersten und zweiten Klasse gesetzten Fristen nicht mitberechnet:

die Dauer eines vorausgegangenen Nachlassverfahrens oder einer vorausgegangenen COVID-19-Stundung;

In Abweichung von Artikel 288a SchKG

In Abweichung von Artikel 288a Ziffer 1 SchKG werden bei den Fristen der Artikel 286–288 nicht mitberechnet:

die Dauer einer vorausgegangenen Nachlassstundung oder einer vorausgegangenen COVID-19-Stundung;

2.14 Ergänzung von Artikel 58 AVIG

In Abweichung von Artikel 58 AVIG gilt das 5. Kapitel bei der Nachlassstundung, einem richterlichen Konkursaufschub sowie bei einer COVID-19-Stundung sinngemäss.

Kommentar (vgl. dazu auch Gutachten Lorandi, Rz. 100): Das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG, SR 837.0) ist zu ergänzen, damit die Bestimmungen über die Insolvenzenschädigung auch auf die COVID-19-Stundung zur Anwendung gelangen.

3 Ergänzung der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

3.1 Haftung für zweckwidrige Verwendung des Darlehens

Die geschäftsführenden Organe haften gegenüber den anderen Gläubigern, der kreditgebenden Bank, der Bürgschaftsorganisation sowie dem Bund persönlich und solidarisch, wenn ein Kredit gemäss der COVID-19-Bürgschaftsverordnung für einen in Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe b und Absatz 3 COVID-19-Bürgschaftsverordnung ausgeschlossenen Zweck verwendet wird und das Organ nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt.

Kommentar: Die COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung schreibt vor, zu welchen Zwecken das Darlehen nicht verwendet werden darf. Um die Zweckentfremdung des Geldes zu verhindern, soll in einem solchen Fall eine persönliche Haftung der geschäftsführenden Organe zur Anwendung kommen, wobei diesen ein Exkulpationsbeweis offensteht.

3.2 Ausschluss der paulianischen Anfechtung

In Bezug auf die Verwendung von Geldmittel, welche der Schuldner unter der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erlangt hat, ist die Anfechtung gemäss den Art. 285 ff. SchKG ausgeschlossen.

Kommentar: Aus der Natur der Darlehen gemäss der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung ergibt sich, dass jede Verfügung, die der Darlehensnehmer mit dem zur Verfügung gestellten Geld macht, die Rückzahlung des Darlehens gefährdet. Es ist deshalb erforderlich, dass die Anfechtungsklage gemäss Artikel 285 ff. SchKG ausgeschlossen wird.

3.3 Ergänzung von Artikel 3 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

In Abweichung von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung muss der Gesuchsteller erklären, dass er sich im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht in einem Konkurs, einem Nachlassverfahren, einer COVID-19-Stundung oder in Liquidation befindet.

Kommentar: Die COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung ist um die neue Stundungsmöglichkeit zu ergänzen.



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.