



COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht

Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

Datum:

Stand 18. Mai 2020

Aktenzeichen: 237.1-3233/7/5/3

Vorbemerkung

Die nachfolgenden Erläuterungen beruhen auf den Ausführungen im Antrag an den Bundesrat, welcher zur Verabschiedung der Verordnung über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Coronakrise (COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht, SR 281.242) am 16. April 2020 geführt hat. Die Erläuterungen werden von der Bundesverwaltung laufend nachgeführt und ergänzt, um der Informationsinteresse der Allgemeinheit Rechnung zu tragen.

1 Anpassung der Überschuldungsanzeige

1.1 Artikel 1: Anzeigepflichten

Die Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Artikel 725 Absatz 1 und Absatz 2 des Obligationenrechts (OR)¹ bleiben unverändert bestehen, soweit Artikel 1 nicht davon abweicht. Insbesondere besteht bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung weiterhin die Pflicht, eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten zu erstellen. Es besteht auch weiterhin keine Pflicht, das Gericht zu benachrichtigen, wenn im Zeitpunkt oder im Hinblick auf die Erstellung der Zwischenbilanz Rangrücktritte der Gläubiger im Umfang der festgestellten Überschuldung vorliegen bzw. erklärt wurden. Diesbezüglich wird vom geltenden Recht nicht abgewichen.

Dagegen entfällt die Pflicht, das Gericht zu benachrichtigen, wenn die Überschuldung nach dem 31. Dezember 2019 festgestellt wurde. Das gilt unabhängig davon, ob die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten und zu Veräusserungswerten eine Überschuldung zeigt. Um den Interessen der Gläubiger Rechnung zu tragen und damit nur Gesellschaften

¹ SR 220



mit Aussicht auf Erholung von der Erleichterung gemäss Artikel 1 und 2 profitieren können, ist die Aufhebung der Anzeigepflicht an zwei Voraussetzungen geknüpft:

- **Die Gesellschaft darf am 31. Dezember 2019 nicht bereits überschuldet gewesen sein.** Um aufwändige Unternehmensanalysen bzw. Feststellungen zum Kausalzusammenhang zwischen der Pandemie und dem negativen Bilanzbild zu vermeiden, arbeitet Absatz 1 mit einem Stichtag. Gesellschaften, die bereits am 31. Dezember 2019 überschuldet waren, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung. Damit soll verhindert werden, dass überfällige Sanierungsmassnahmen weiter verschleppt werden und sich der Schaden für die Gläubiger bei solchen Gesellschaften noch vergrössert. Als massgebender Zeitpunkt wurde der 31. Dezember 2019 gewählt, weil dieses Datum bei vielen Gesellschaften dem letzten Bilanzstichtag entspricht. Massgebend für die Voraussetzung in Absatz 1 sind somit nur die Zahlen in der Bilanz per Ende Jahr 2019. Als überschuldet gelten daher auch Gesellschaften, die am Stichtag über Rangrücktritte von Gläubigern verfügten und nur deshalb nicht verpflichtet waren, das Gericht zu benachrichtigen. Rangrücktritte sind keine Sanierungsmassnahmen. Bei der Frage nach der Behandlung von Rangrücktritten gingen die Meinungen in der öffentlichen Konsultation auseinander. Gesellschaften, die aufgrund unterlassener Buchführung und Rechnungslegung nicht in der Lage sind nachzuweisen, dass sie am Stichtag nicht überschuldet waren, sollen nicht in den Genuss der Erleichterungen kommen. Aus der Verletzung von gesetzlichen Pflichten soll kein Vorteil entstehen.
- **Es muss Aussicht bestehen, dass die Überschuldung bis am 31. Dezember 2020 behoben werden kann.** Der Verwaltungsrat muss sich auf der Grundlage möglichst umfassender Informationen ein Bild von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft machen und eine positive Prognose im Interesse der Gesellschaft erstellen. Anders als im Entwurf für die öffentliche Konsultation muss die Aussicht nicht mehr „begründet“ sein. Die Begründungs- und Dokumentierungspflicht ergibt sich aus Absatz 2. Als Zeithorizont für die Behebung der Überschuldung wurde das Ende des Kalenderjahres 2020 gewählt, weil bei vielen Gesellschaften das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr übereinstimmt. Folglich muss in den meisten Fällen ohnehin per Ende Jahr eine ordentliche Bilanz erstellt werden, die es ermöglicht, die Lage neu einzuschätzen und die Konsequenzen daraus zu ziehen. Aus diesem Grund wurde auch Artikel 958a OR nicht suspendiert.

Absatz 2 verlangt, dass der Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats, trotz Überschuldung auf die Benachrichtigung des Gerichts zu verzichten, zu einem späteren Zeitpunkt nachvollziehbar sein muss. Einerseits ist der Entscheid schriftlich festzuhalten und mit einer Begründung zu versehen. In der Regel wird dies in Form eines schriftlichen Protokolls der Verwaltungsratssitzung erfolgen. Andererseits ist der Entscheid mit den Belegen, auf deren Grundlage der Entscheid getroffen wurde, zu dokumentieren. Die fehlende Überschuldung per 31. Dezember 2019 kann in den meisten Fällen anhand der letzten ordentlichen Bilanz aufgezeigt werden. Als Beilagen für die Prognose, die Überschuldung bis Ende 2020 beseitigen zu können, kommen insbesondere die erstellte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten sowie Liquiditätspläne in Frage. Die Finanzplanung ist gemäss Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 3 OR eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats.

Gemäss Absatz 3 kann auf die Revision der Zwischenbilanz nach Artikel 725 Absatz 2 OR verzichtet werden. Die überwiegende Mehrheit der KMU-Gesellschaften in der Schweiz verfügt aufgrund des sogenannten „opting-out“ über keine Revisionsstelle. Artikel 725 Absatz 2 OR verlangt aber auch bei diesen Gesellschaften, dass die Zwischenbilanz revidiert

werden muss. Weil viele KMU-Gesellschaften aufgrund der aktuellen Ausnahmesituation von einer Überschuldung bedroht sind, könnte eine grosse Nachfrage nach Revisionsdienstleistungen entstehen, die unter Umständen gar nicht gedeckt werden kann.

Mit Absatz 4 wird die Revisionsstelle bezüglich der gesetzlichen Anzeigepflicht einer Überschuldung dem Verwaltungsrat gleichgestellt. Diese Präzisierung ist ein klares Ergebnis der öffentlichen Konsultation. Obwohl nach Absatz 3 keine Pflicht besteht, die Zwischenbilanzen prüfen zu lassen, kann eine Revisionsstelle unter Umständen trotzdem Kenntnis einer Überschuldung erhalten. Nach geltendem Recht ist die Revisionsstelle in solchen Fällen verpflichtet, anstelle des Verwaltungsrats das Gericht zu benachrichtigen. Für die Unterlassung haftet sie. Ist es dem Verwaltungsrat aufgrund der Voraussetzungen in Absatz 1 erlaubt, auf die Benachrichtigung zu verzichten, soll das Gleiche auch für die Revisionsstelle gelten. Andernfalls müsste die Revisionsstelle ungeachtet der Voraussetzungen von Absatz 1 eine Anzeige erstatten. Damit würde der Sinn und Zweck von Absatz 1 in Frage gestellt.

1.2 Artikel 2: Andere Rechtsformen

Die Aussetzung der Pflichten gilt insbesondere auch für die GmbH (Art. 820 OR), die Genossenschaft (Art. 903 OR) und die Stiftung (Art. 84a ZGB²). Finanzdienstleister sind dagegen ausdrücklich von der Aussetzung der Pflichten ausgenommen: Gemäss Artikel 137 Absatz 2 des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG)³ sind auf Bewilligungsträger nach Artikel 13 KAG die Bestimmungen über das aktienrechtliche Moratorium (Art. 725 und 725a OR) und über die Benachrichtigung des Gerichts (Art. 728c Abs. 3 OR) nicht anwendbar. Untersteht die Gesellschaft dem Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG)⁴ sind gemäss Artikel 25 Absatz 3 BankG die Bestimmungen über das aktienrechtliche Moratorium und über die Benachrichtigung des Richters ebenfalls nicht anwendbar.

2 Anpassung des Nachlassvertragsrechts (Art. 293–332 SchKG)

2.1 Allgemeines

Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG⁵) sieht in den Artikeln 337 ff. zwar die sogenannte Notstundung vor, die im Fall "einer andauernden wirtschaftlichen Krise" von der Kantonsregierung mit Zustimmung des Bundes für anwendbar erklärt werden kann. Eine nähere Betrachtung hat allerdings deutlich gemacht, dass die betreffenden Bestimmungen den Anforderungen an ein modernes Sanierungsrecht nicht genügen. Die betroffenen Unternehmen sollen deshalb die Stundung nicht nach den Bestimmungen der veralteten und in verschiedener Hinsicht unbefriedigenden Notstundung beantragen, sondern nach den modernen und für diesen Zweck viel besser geeigneten Bestimmungen der Nachlassstundung. Diese erscheint grundsätzlich für die gegenwärtige Situation passend, wobei den besonderen Umständen mit einigen wenigen Anpassungen noch besonders Rechnung getragen werden soll.

Die Nachlassstundung ist insbesondere erforderlich, wenn die COVID-19-Stundung nicht beantragt werden kann, so namentlich, weil das Unternehmen zu gross ist (Art. 6 Abs. 2 Bst. b). Zudem kann sich der Schuldner für die Nachlassstundung entscheiden, wenn bestimmte Rechtsfolgen herbeigeführt werden sollen, welche nur die Nachlassstundung, nicht aber die COVID-19-Stundung kennt. Dies ist der Fall, wenn die Forderungen der ersten

² SR 210

³ SR 951.31

⁴ SR 952.0

⁵ SR 281.1

Klasse der Stundung unterstellt, Prozesse sistiert oder Dauerschuldverhältnisse aufgelöst werden sollen (Art. 297a SchKG) sowie immer dann, wenn der Abschluss eines Nachlassvertrags Ziel der Stundung bildet.

2.2 Artikel 3: Verzicht auf Sanierungsplan und auf Prüfung der Sanierungsfähigkeit durch das Nachlassgericht⁶

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 Sanierungsfähigkeit wird – nach Ablauf der Karenzfrist gemäss Artikel 5 – vom Sachwalter überprüft (Art. 293b Abs. 1 SchKG). Bei fehlender Sanierungsfähigkeit muss dieser dem Gericht einen entsprechenden Antrag unterbreiten, damit dieses gestützt auf Artikel 296b SchKG den Konkurs eröffnen kann.

2.3 Artikel 4: Verlängerung der Dauer der provisorischen Nachlassstundung⁷

Die Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung von vier auf sechs Monate soll die direkte Sanierung während der provisorischen Nachlassstundung fördern. Zudem erscheint es sinnvoll, die Gesamtdauer der provisorischen Nachlassstundung mit derjenigen der COVID-19-Stundung (Art. 6 Abs. 1 i.V.m. 7 Abs. 1) zu harmonisieren.

2.4 Artikel 5: Übergang zum Konkurs nach Ablauf einer Karenzfrist⁸

Der Sachwalter ist verpflichtet, die Sanierungsaussichten laufend zu überprüfen und für den Fall, dass eine Sanierung nicht mehr möglich ist, dies dem Gericht mitzuteilen, damit dieses gestützt auf Artikel 296b Buchstabe a und b SchKG den Konkurs eröffnen kann. Diese gesetzliche Pflicht würde unter den gegenwärtigen Umständen dazu führen, dass in vielen Fällen die Nachlassstundung sofort wieder abgebrochen werden müsste. Aus diesem Grund wird dem Schuldner eine Karenzfrist bis zum 31. Mai 2020 eingeräumt, in welcher er Zeit erhält, die Sanierung vorzubereiten. Mit der Voraussetzung, dass der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war oder damals oder später Rangrücktritte im Sinne von Artikel 725 Absatz 2 OR im vollem Umfang der damaligen Überschuldung vorliegen, soll verhindert werden, dass Unternehmen, welche nicht durch die COVID-19-Pandemie in Schwierigkeiten geraten sind, von der Karenzfrist Gebrauch machen können. Beim Bestehen von Rangrücktritten hat der Schuldner diese darzutun, wobei nicht erforderlich ist, dass diese bereits am 31. Dezember 2019 vorgelegen haben.

3 COVID-19-Stundung

3.1 Allgemeines

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 kann. Inhaltlich handelt es sich um eine abgespeckte provisorische Nachlassstundung, die allerdings – wie der allgemeine Rechtsstillstand nach Artikel 62 SchKG – nahezu voraussetzungslos gewährt wird. Verlangt wird einzig, dass der Schuldner Ende 2019 nicht überschuldet gewesen war oder heute Rangrücktritte im Sinne von Artikel 725 Absatz 2 OR im vollem Umfang der Überschuldung vorliegen. Die Abweichung von

⁶ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 108.

⁷ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 107.

⁸ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 110.

Artikel 1 im Hinblick auf die Rangrücktritte in dieser Bestimmung (sowie auch in Artikel 5) ist dadurch veranlasst, dass andernfalls die COVID-19-Stundung für viele Unternehmen nicht beantragt werden könnte, obwohl diese vor der Krise nicht verpflichtet waren, das Konkursgericht anzurufen. Das Erfordernis der fehlenden Überschuldung soll mit anderen Worten dazu dienen, auf eine einfache Art die Kausalität zwischen der COVID-19-Pandemie und den wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens aufzunehmen, indem diese aufgrund der fehlenden Überschuldung bzw. bei ausreichenden Rangrücktritten (unwiderlegbar) vermutet wird.

Anders als die Nachlassstundung schliesst die COVID-19-Stundung nicht aus, dass der Schuldner ein Darlehen nach der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung (SR 951.261) aufnimmt. Dies ergibt sich aus Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung. Die betreffende Bestimmung wurde beim Erlass der vorliegenden Verordnung bewusst nicht angepasst, weil es unter Umständen sinnvoll sein kann, mit der mittels Darlehen gewonnenen Liquidität im Rahmen einer Stundung das Geschäft weiterzuführen.

3.2 Artikel 6: Einleitung der COVID-19-Stundung⁹

Die COVID-19-Stundung steht jeder Einzelunternehmung, Personengesellschaft und juristischen Person offen, wenn sie Ende 2019 nicht überschuldet war oder wenn heute Rangrücktritte im Sinne von Artikel 725 Absatz 2 OR im vollem Umfang der damaligen Überschuldung vorliegen. Wie bereits bei der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung (Art. 3 Abs. 1 COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung) wird auch hier nicht auf den Handelsregistereintrag oder die Unternehmens-Identifikationsnummer als Voraussetzung abgestellt. Auf diese Weise steht die COVID-19-Stundung auch Kleinstunternehmen offen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind. Dagegen können Privatpersonen die Stundung nicht beantragen: Ziel der COVID-19-Stundung ist es nicht, Privatpersonen vor Betreibungen zu schützen, sondern zu verhindern, dass ein volkswirtschaftlicher Schaden entsteht, weil zahlreiche Unternehmen Konkurs gehen.

Publikumsgesellschaften und grosse Unternehmen können dagegen keine COVID-19-Stundung beantragen, ihnen steht ausschliesslich die Nachlassstundung zur Verfügung. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung solcher Unternehmen erscheint es notwendig, diese der engeren Kontrolle des Nachlassverfahrens zu unterstellen. Die Sonderbehandlung grösserer Unternehmen liegt auch dem Konzept der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung zugrunde; grössere Kredite werden nicht voraussetzungslos, sondern nur nach einer branchenüblichen Kreditprüfung gewährt (Art. 4 Abs. 1 COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung). Aufgrund der zurzeit kaum abschätzbaren Dauer der Krise erscheint es sachgerecht, die Stundung in einem ersten Schritt für eine Dauer von drei Monaten zu gewähren. Anschliessend kann diese um höchstens weitere drei Monate verlängert werden (Art. 7 Abs. 1). Bei seiner Entscheid über die Verlängerung kann das Nachlassgericht auch den Entwicklungen des Schuldners Rechnung tragen.

Gemäss Absatz 3 hat der Schuldner seine Vermögenslage glaubhaft darzutun und so gut wie möglich zu belegen. Um insbesondere das Gericht davon zu überzeugen, dass er am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war, hat der Schuldner diejenigen Unterlagen, die er verfügbar machen kann, beim Nachlassgericht einzureichen. In der Regel werden dies eine Bilanz und die Erfolgsrechnung für das Jahr 2019 sein. Diese können provisorisch sein und müssen nicht revidiert sein. Verfügt der Schuldner (noch) nicht über diese Unterlagen, steht ihm die COVID-19-Stundung dennoch grundsätzlich offen. Er muss in diesem Fall dem

⁹ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 85 f.

Gericht anderweitig seine Vermögenslage darlegen. Ist der Schuldner überschuldet, aber liegen heute im Umfang der Überschuldung Rangrücktritte i.S.v. Art. 725 Absatz 2 OR vor, so muss der Schuldner dem Nachlassgericht diese darlegen.

3.3 Artikel 7: Verlängerung und Widerruf der Stundung¹⁰

Die Stundung kann bei Bedarf um höchstens drei Monate verlängert werden. Es handelt sich um einen Ermessensentscheid des Gerichts. Es kann dafür vom Schuldner die notwendigen Unterlagen zu seiner aktuellen finanziellen Situation und den Veränderungen während der Stundung verlangen. Ob weitere Verlängerungen ermöglicht werden sollen, wird bei einer allfälligen Überführung der vorliegenden Verordnung in Gesetzesrecht zu entscheiden sein.

3.4 Artikel 8: Pflichten der Organe bei Überschuldung einer juristischen Person¹¹

Mit dieser Bestimmung wird klargestellt, dass die Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters auch mit einer Einleitung der COVID-19-Stundung erfüllt werden kann.

3.5 Artikel 9: Sachwalterin oder Sachwalter¹²

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. Nur in qualifizierten Fällen, etwa bei grossen Unternehmen oder bei komplizierten Verhältnissen, ist ein Sachwalter zu bestellen. Auf diese Weise werden der Natur der COVID-19-Stundung als Massengeschäft Rechnung getragen und der administrative Aufwand für alle Beteiligten sowie die Kosten gering gehalten. Sofern ein Sachwalter eingesetzt wird, gelten die Artikel 5, 8, 10, 11, 14 Absatz 2 sowie 17–19 SchKG sinngemäss.

3.6 Artikel 10: Bekanntmachung der Stundung¹³

Anders als in der Konsultation vorgeschlagen wird bei der COVID-19-Stundung vollständig auf die stille Stundung verzichtet. Es erscheint sachgerecht, die Stundung so transparent wie möglich auszugestalten. Dies insbesondere auch deswegen, weil der Schuldner die Stundung voraussetzungslos erhält und nicht durch einen Sachwalter überwacht wird. In diesem Sinn erscheint es angemessen, dass der Schuldner seine Gläubiger aktiv über die Stundung sowie deren Verlängerung in Kenntnis zu setzen hat. Damit werden insbesondere auch unnötige Beteiligungen von Gläubigern vermieden, welche die Publikation der Stundung nicht mitbekommen haben. Das Nachlassgericht kann, namentlich wenn es über eine Verlängerung entscheidet, vom Schuldner verlangen zu belegen, dass er seine Gläubiger individuell informiert hat. Sofern eine stille Stundung gewünscht wird, ist der Schuldner auf die provisorische Nachlassstundung zu verweisen. Für die Zustellung des Entscheides und die öffentliche Bekanntmachung gelten Artikel 34 und 35 SchKG sinngemäss. Ist der Schuldner im Handelsregister eingetragen, wird die Stundung auch im Handelsregister publiziert.

3.7 Artikel 11: Der Stundung unterliegende Forderungen¹⁴

Die Regelung von Absatz 1 entspricht derjenigen bei der Nachlassstundung. Der Stundung unterliegen nur diejenigen Forderungen, die vor der Stundung entstanden sind. Nach der Stundung entstandene Forderungen sind dagegen nicht erfasst. Dies erlaubt es dem

¹⁰ Vgl. dazu das Gutachten Lorandi, Rz. 86 und 95.

¹¹ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 99.

¹² Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 88.

¹³ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 89.

¹⁴ Vgl. dazu das Gutachten Lorandi, Rz. 91.

Schuldner, seinen Geschäftsbetrieb nach Bewilligung der Stundung weiterzuführen. Auf die in der Konsultation noch vorgeschlagene Karenzfrist wird verzichtet. Es hat sich gezeigt, dass damit mehr Verwirrung entstanden ist und die Regelung zu Missverständnissen geführt hat.

Der Klarheit halber ist festzuhalten, dass es keine anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 285 ff. SchKG darstellt, wenn der Schuldner neue, nicht der COVID-19-Stundung unterliegende Verbindlichkeiten bezahlt, während er der COVID-19-Stundung unterliegende Schulden nicht bezahlt.

Ausgenommen von der Stundung sind gemäss Absatz 2 die Forderungen der ersten Klasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Damit werden insbesondere Lohn- und Alimentenforderungen von der Stundung ausgenommen. Die Ausnahme ist gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber die Forderungen als existenzsichernd für den Gläubiger erachtet. Durch deren Privilegierung wurde deutlich gemacht, dass ihnen eine Sonderbehandlung zukommen soll. Diese Forderungen sollen jedoch nicht auf dem Weg der Konkursbetreibung, sondern nur über eine Betreibung auf Pfändung oder auf Pfandverwertung fortgesetzt werden können (Art. 12 Abs. 7). Dies entspricht der Regelung bei der Notstundung (Art. 346 SchKG). Zudem hat sich bereits während des vom Bundesrat am 18. März 2020 angeordneten Rechtsstillstands gezeigt, dass die Nichtdurchsetzbarkeit dieser Forderungen in der Praxis verschiedentlich zu Problemen geführt hat und von den Bürgerinnen und Bürgern nicht verstanden wurde. Sieht sich ein Unternehmen aufgrund dieser Ausnahme gefährdet, steht ihm die Nachlassstundung zur Verfügung, welche diese Ausnahme nicht kennt.

Wie bei der Nachlassstundung dürfen die von der Stundung erfassten Forderungen nicht bezahlt werden. Mit der Aufnahme des ausdrücklichen Verbots der Bezahlung in Absatz 3 erhält der Schuldner, der unter Druck steht, auch einen klaren Verweigerungsgrund gegenüber seinen Gläubigern. Dadurch wird zudem die Bezahlung der neuen Verbindlichkeiten besser abgesichert, da die zur Verfügung stehenden Mittel ausschliesslich dafür verwendet werden dürfen.

3.8 Artikel 12: Wirkungen der Stundung auf die Rechte der Gläubigerinnen und Gläubiger

Die Wirkungen der Stundung entsprechen weitgehend denjenigen der ordentlichen Nachlassstundung (Art. 297 und 298 SchKG), weshalb grundsätzlich auf die Praxis zu Art. 297 und 298 SchKG zurückgegriffen werden kann. Ausgenommen sind lediglich die in Artikel 297 Absatz 5, 7 und 9 SchKG geregelten Tatbestände. Der Verzicht auf die Übernahme von Artikel 297 Absatz 7 SchKG hat insbesondere zur Folge, dass trotz der Stundung die Zinsen für sämtliche Forderungen weiterlaufen; der Zinsenlauf endet allenfalls mit der Eröffnung des Konkurses (Art. 209 SchKG). Nicht übernommen wird auch die Regelung von Artikel 297a SchKG über die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, womit einem Anliegen im Rahmen der Konsultation Rechnung getragen wird.

In der Konsultation teilweise heftig kritisiert wurde ausserdem die in Absatz 4 vorgesehene Übernahme von Artikel 297 Absatz 4 SchKG, wonach die Vereinbarung über die Abtretung einer künftigen Forderung keine Wirkung zeigt, wenn die Forderung erst nach der Bewilligung der Stundung entsteht. Auch wenn die Kritik durchaus nachvollziehbar ist, erscheint diese Regelung für die ernsthafte Sanierung eines Schuldners unverzichtbar: Solange es ihm nicht möglich ist, die eingehenden Mittel für die Sanierung einzusetzen, wird eine Sanierung in vielen Fällen gar nicht möglich sein.

3.9 Artikel 13: Wirkungen der Stundung auf die Verfügungsbefugnis der Schuldnerin oder des Schuldners¹⁵

Weil bei der COVID-19-Stundung in der Regel kein Sachwalter eingesetzt wird, wird der Schuldner nicht überwacht. Er kann seine Geschäftstätigkeit fortsetzen, damit das Unternehmen auch nach dem Wegfall der Stundung weitergeführt werden kann. Die COVID-19-Stundung zielt vor allem auf diejenigen Unternehmen, die vor der Krise wirtschaftlich rentabel waren und dies auch nach der Krise wieder sein können. Das Geschäftsmodell ist grundsätzlich intakt, und die Schwierigkeiten sind durch externe Faktoren entstanden. Weil aber der Schuldner nicht überwacht wird, ist in Absatz 1 festzuhalten, welche Handlungen er während der Dauer der Stundung vornehmen darf und welche nicht: Unzulässig sind insbesondere Handlungen, welche die berechtigten Interessen der Gläubiger beeinträchtigen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigen. Gemäss Absatz 3 sind die Veräusserung oder Belastung von Teilen des Anlagevermögens sowie die Bestellung von Pfändern nur mit Zustimmung des Nachlassgerichts zulässig. Soweit Absatz 3 deckungsgleich ist mit Artikel 298 Absatz 2 SchKG, kann auf die entsprechende Praxis zurückgegriffen werden. Will der Schuldner eine solche Handlung vornehmen, hat er deshalb einen entsprechenden Antrag an das Nachlassgericht zu stellen, welches dann entweder selber entscheiden oder für eine zeitlich begrenzte Frist einen Sachwalter bestellen kann, der die entsprechenden Abklärungen vornimmt und dem Gericht anschliessend Antrag stellt bzw. Bericht erstattet. Der Ausschluss der paulianischen Anfechtung gemäss Absatz 3 entspricht der Regeung von Artikel 285 Absatz 3 SchKG.

3.10 Artikel 14: Rechtsmittel¹⁶

Die Bestimmung entspricht der Regelung für die definitive Nachlassstundung (Art. 295c SchKG) und nicht derjenigen bei der provisorischen (Art. 293d SchKG).

3.11 Artikel 15: Gesuch um provisorische Nachlassstundung¹⁷

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. Dabei wird die Hälfte der bereits aufgelaufenen Stundung angerechnet, da die COVID-19-Stundung in diesem Fall die Funktion der provisorischen Nachlassstundung teilweise übernimmt.

3.12 Artikel 16: Wirkungen neu eingegangener Verbindlichkeiten in einem späteren Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung¹⁸

Mit dieser Bestimmung wird das Schicksal von während der COVID-19-Stundung unbezahlten Verbindlichkeiten in einer nachfolgenden Generalexekution geregelt.

3.13 Artikel 17 und 18: Wirkung auf die Fristen bei der Rangordnung der Gläubiger und bei der Anfechtungsklage

Aus Kohärenzgründen müssen auch diese weiteren Bestimmungen um die COVID-19-Stundung ergänzt werden.

¹⁵ Vgl. dazu auch Gutachten des Lorandi, Rz. 91 f. und 97.

¹⁶ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 94, der allerdings eine Anlehnung an Artikel 293d SchKG und damit ein Ausschluss von Rechtsmitteln vorgeschlagen hat.

¹⁷ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 98.

¹⁸ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 93.

3.14 Artikel 19: Wirkung auf die Insolvenzenschädigung¹⁹

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG, SR 837.0) ist zu ergänzen, damit die Bestimmungen über die Insolvenzenschädigung auf die COVID-19-Stundung zur Anwendung gelangen.

4 Weitere Bestimmungen

4.1 Artikel 20: Gebühren und Honorare der Organe

Zur Klarstellung, welche Gebühren und Honorare im Rahmen der COVID-19-Stundung zu bezahlen sind, wird die Gebührenverordnung zum SchKG (GebV SchKG, SR 281.35) für anwendbar erklärt. Bei Ernennung einer Sachwalterin oder eines Sachwalters wird das Nachlassgericht in aller Regel von der Schuldnerin oder dem Schuldner einen Vorschuss einverlangen. Bei Beendigung der COVID-19-Stundung (aus welchem Grund auch immer) setzt das Nachlassgericht das Honorar der Sachwalterin oder des Sachwalters fest.

4.2 Artikel 21: Anpassung der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

4.2.1 Veröffentlichung der Daten zu den Kernmerkmalen der UID-Einheiten

Zur Überprüfung der Unternehmen, die einen Kreditantrag stellen, nutzen die Banken das Unternehmens-Identifikationsregister (UID-Register) gemäss Artikel 11 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Unternehmens-Identifikationsnummer (UIDG, SR 431.03). Das UIDG verlangt für die Veröffentlichung der Daten zu den Kernmerkmalen gewisser UID-Einheiten (insbesondere kleinerer Unternehmen wie Coiffeursalons, Bauernbetrieben, einfachen Gesellschaften) die Einwilligung der betroffenen Unternehmen (Art. 11 Abs. 3 UIDG). In der vorliegenden Ausnahmesituation ist das Einholen der Einwilligung realistischere Weise nicht durchführbar (gegebenenfalls müssten 300 000 Unternehmen kontaktiert werden). Damit die notwendige Überprüfung dennoch durchgeführt werden kann und die Kredite gewährt werden können, ist deshalb die Voraussetzung der Einwilligung gemäss Artikel 11 Absatz 3 UIDG für die Dauer der Geltung der Verordnung aufgehoben. Dies ermöglicht es dem BFS, die Kernmerkmale aller UID-Einheiten öffentlich zugänglich zu machen. Die vorgeschlagene Änderung bezweckt einerseits die Umsetzung des Programms zur Unterstützung von Unternehmen und soll andererseits dem Anliegen der Missbrauchsbekämpfung, welches in der vom BJ geführten öffentlichen Konsultation zahlreich geäussert wurde, Rechnung tragen.

4.2.2 Haftung für zweckwidrige Verwendung des Darlehens

Die COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung schreibt vor, dass bei der Beantragung des Darlehens anzugeben ist, dieses dürfe zu bestimmten Zwecken nicht verwendet werden. Um sicherzustellen, dass dies tatsächlich nicht geschieht, soll zusätzlich eine persönliche Haftung der geschäftsführenden Organe zur Anwendung kommen, wenn diese das Geld anders als erlaubt verwenden.

4.3 Art. 22: Übergangsrecht

Wie bei der letzten Revision des Sanierungsrechts soll auf den Zeitpunkt des Gesuchs um Nachlassstundung abgestellt werden.

¹⁹ Vgl. dazu auch das Gutachten Lorandi, Rz. 100.



Ordonnance COVID-19 insolvabilité

Commentaire des dispositions

Date :

18 mai 2020

Numéro du dossier : 237.1-3233/7/5/1

Remarque liminaire

Le commentaire qui suit se fonde sur le rapport explicatif sur la base duquel le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance instaurant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus (ordonnance COVID-19 insolvabilité) le 16 avril 2020 (RS 281.242). L'administration met à jour et complète régulièrement ce document pour répondre aux besoins d'information du public.

1 Adaptation en matière d'avis de surendettement

1.1 Art. 1 : avis obligatoires

Les obligations du conseil d'administration découlant de l'art. 725, al. 1 et 2, du code des obligations (CO)¹ demeurent inchangées dans la mesure où l'art. 1 de l'ordonnance n'y déroge pas. Notamment, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, il est nécessaire de dresser un bilan intermédiaire aux valeurs d'exploitation et aux valeurs de liquidation. Il n'y a pas lieu non plus d'aviser le juge si des créanciers ont accepté que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui des autres créances de la société dans la mesure de l'insuffisance de l'actif (postposition de créances). L'ordonnance ne déroge pas à ces règles.

Par contre, en dérogation au CO, le conseil d'administration n'a pas l'obligation d'aviser le juge si le surendettement a été constaté après le 31 décembre 2019, si le bilan intermédiaire aux valeurs d'exploitation ou aux valeurs de liquidation montre qu'il y a surendettement. Afin de tenir compte des intérêts des créanciers, et pour que seules les sociétés dont on peut

¹ RS 220



espérer qu'elles se rétablissent puissent profiter des allègements prévus aux art. 1 et 2, l'exemption de l'obligation d'aviser le juge est soumise à deux conditions :

- **La société ne doit pas avoir déjà été surendettée le 31 décembre 2019.** Afin d'éviter de devoir procéder à de fastidieuses analyses de la situation des entreprises pour déterminer s'il y a un lien de causalité entre la pandémie et leur bilan négatif, on a choisi de fixer une date de référence à l'al. 1. Les sociétés déjà surendettées le 31 décembre 2019 n'entrent pas dans le champ d'application de l'ordonnance. Il faut en effet éviter de reporter des mesures d'assainissement qui auraient déjà dû être prises, ce qui ne pourrait qu'accroître le dommage subi par les créanciers. On a choisi le 31 décembre 2019 parce que cette date correspond au dernier jour du bilan 2019 pour un grand nombre de sociétés. Ce sont donc les chiffres du bilan fin 2019 qui sont déterminants pour la condition fixée à l'al. 1. On considèrera par conséquent comme surendettées des sociétés dont, à cette date, des créanciers ont accepté que leur créance soit placée à un rang inférieur, de sorte qu'elles n'étaient pas tenues d'aviser le juge. Les postponitions de créances ne sont pas des mesures d'assainissement ; les opinions étaient divisées, lors de la consultation, sur la manière de traiter cette question. Quant aux sociétés qui ne sont pas en mesure, faute d'avoir tenu une comptabilité exacte, de prouver qu'elles n'étaient pas surendettées à la date fixée, elles ne bénéficieront pas des allègements. Elles ne doivent pas pouvoir tirer avantage d'une violation de leurs obligations légales.
- **Il faut qu'il existe une perspective de mettre fin au surendettement avant le 31 décembre 2020.** Le conseil d'administration doit se faire une idée de la situation économique de la société sur la base des informations les plus complètes possible et présenter un pronostic positif dans l'intérêt de la société. Contrairement à l'avant-projet, le projet n'exige plus que la perspective soit « raisonnable ». L'obligation de motiver et de documenter la décision de renoncer à aviser le juge est fixée à l'al. 2. On a choisi la fin de l'année 2020 comme ligne d'horizon pour une sortie du désendettement, de sorte que cela coïncide avec l'exercice de nombreuses entreprises. La plupart d'entre elles établissent de toute façon à la fin de l'année un bilan ordinaire, qui permettra de réévaluer la situation et d'en tirer les conséquences. C'est aussi pour cette raison que l'application de l'art. 958a CO n'a pas été suspendue.

L'al. 2 prévoit que l'on puisse garder trace des éléments à la base de la décision du conseil d'administration de renoncer à aviser le juge malgré le surendettement. D'une part, la décision doit être écrite et motivée. En règle générale, elle prendra la forme du procès-verbal écrit d'une séance du conseil d'administration. D'autre part, elle doit s'appuyer sur des pièces justificatives. Le plus souvent, 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. La planification financière est, selon l'art. 716a, al. 1, ch. 3, CO, une des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration.

L'al. 3 permet de renoncer à la vérification du bilan intermédiaire au sens de l'art. 725, al. 2, CO. La grande majorité des PME en Suisse ne disposent pas d'organe de révision, en vertu de la clause d'*opting out* qui leur permet de s'en dispenser. L'art. 725, al. 2, CO exige cependant aussi de ces sociétés que le bilan intermédiaire soit soumis à un réviseur. Comme de nombreuses PME sont aujourd'hui menacées de surendettement en raison de la situation exceptionnelle, cela pourrait susciter une importante demande de prestations de révision à laquelle il ne serait peut-être pas possible de satisfaire.

L'al. 4 assimile l'organe de révision au conseil d'administration concernant l'obligation légale d'aviser le juge en cas de surendettement. Cette précision résulte de la consultation. Bien qu'il ne soit pas obligatoire de soumettre le bilan intermédiaire à une révision, en vertu de l'al. 3, un organe de révision peut se trouver amené à avoir connaissance d'un surendettement. Selon le droit en vigueur, il est tenu, en un tel cas, d'aviser le juge à la place du conseil d'administration. Il répond de l'omission de cette obligation. Or, s'il est permis au conseil d'administration, selon l'al. 1, de renoncer à l'avis, la même chose doit valoir pour l'organe de révision, faute de quoi ce dernier devrait aviser le juge, indépendamment de l'al. 1, qui se trouverait vidé de son sens.

1.2 Art. 2 : autres formes juridiques

La suspension des obligations s'applique aussi en particulier aux Sàrl (art. 820 CO), aux sociétés coopératives (art. 903 CO) et aux fondations (art. 84a du code civil [CC]²). Les prestataires de services financiers, eux, sont expressément exclus de cette mesure : selon l'art. 137, al. 2, de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC)³, les dispositions relatives à l'ajournement de la faillite des sociétés anonymes (art. 725 et 725a CO) ainsi qu'à l'obligation d'aviser le juge (art. 728c, al. 3, CO) ne s'appliquent pas aux titulaires d'une autorisation visés à l'art. 13 LPCC. Elles ne s'appliquent pas non plus aux sociétés soumises à la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)⁴, en vertu de l'art. 25, al. 3, LB.

2 Adaptation du droit du concordat (art. 293 à 332 LP)

2.1 Remarques générales

La loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁵ 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 être déclaré applicable avec l'assentiment de la Confédération. Un examen approfondi a montré que ces dispositions n'étaient pas de nature à satisfaire à une conception moderne du droit de l'assainissement. C'est pourquoi les entreprises concernées pourront requérir le sursis non pas selon les dispositions relatives au sursis extraordinaire, qui est vieilli et insatisfaisant sur plusieurs aspects, mais selon les règles plus modernes et bien mieux appropriées concernant le sursis concordataire. Ces dernières semblent convenir pour faire face à la situation actuelle, au prix de quelques adaptations.

Le sursis concordataire sera en particulier indispensable lorsque le sursis COVID-19 ne pourra pas être requis, en particulier parce qu'il s'agit d'une grande entreprise (art. 6, al. 2, let. b). 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 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.

² RS 201

³ RS 951.31

⁴ RS 952.0

⁵ RS 281.1

2.2 Art. 3 : plan d'assainissement et ouverture de la faillite faute de perspective d'assainissement⁶

Afin d'alléger la tâche du juge du concordat, il convient de renoncer, pendant la crise, à exiger que le débiteur présente un plan d'assainissement provisoire pour que le juge examine sa capacité d'assainissement. Le commissaire de la faillite l'examinera pendant le sursis (art. 293b, al. 1, LP), après le délai de carence fixé à l'art. 5. Si l'entreprise n'est pas susceptible d'assainir ses finances, il devra faire au juge une proposition afin que ce dernier puisse ouvrir la faillite sur la base de l'art. 296b LP.

2.3 Art. 4 : durée du sursis provisoire⁷

La durée du sursis provisoire sera de six mois au lieu de quatre, afin de faciliter l'assainissement direct des entreprises durant cette période. De plus, il semble logique d'harmoniser la durée totale du sursis provisoire avec celle du sursis COVID-19 (art. 6, al. 1, en relation avec l'art. 7, al. 1).

2.4 Art. 5 : délai de carence pour l'ouverture de la faillite⁸

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 sur la base de l'art. 296b, let. a et b, LP. Dans les circonstances actuelles, cette obligation légale mènerait dans de nombreux cas à une interruption immédiate du sursis concordataire. C'est pourquoi l'ordonnance prévoit un délai de carence courant jusqu'au 31 mai 2020, afin de donner au débiteur le temps de préparer l'assainissement de l'entreprise. Deux conditions sont posées : le débiteur doit ne pas avoir été déjà surendetté le 31 décembre 2019, ou bien, s'il l'était, des créances à hauteur du surendettement (à cette date) doivent avoir été placées à un rang inférieur. On évitera ainsi que les entreprises qui sont en difficulté pour d'autres raisons que la pandémie de COVID-19 puissent faire usage du délai de carence. Le débiteur doit le cas échéant attester des postpositions de créances ; il n'est pas nécessaire que ces dernières aient déjà été postposées le 31 décembre 2019, elles peuvent l'avoir été depuis lors.

3 Sursis COVID-19

3.1 Remarques générales

Le sursis COVID-19 permet aux débiteurs en difficulté de recourir à une procédure simple pour demander un *sursis de durée limitée* qui leur permettra de réorganiser leur activité 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 presque 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 ou bien que, au moment de la demande de sursis, des créances aient été placées à un rang inférieur à hauteur du surendettement au sens de l'art. 725, al. 2, CO. Si, ici et à l'art. 5, on pose comme condition supplémentaire par rapport à l'art. 1 les postpositions de créances, c'est pour éviter que des entreprises qui n'étaient pas tenues d'aviser le juge du concordat avant la crise se voient empêchées de requérir le sursis COVID-19. Quant à la condition liée à la date d'apparition du surendettement, elle permet de faire le lien de manière simple entre la pandémie et les difficultés financières de l'entreprise : on suppose (et c'est une présomption irréfragable) qu'il

⁶ Voir expertise Lorandi, n. marg. 108.

⁷ Voir expertise Lorandi, n. marg. 107.

⁸ Voir expertise Lorandi, n. marg. 110.

y a lien de causalité si l'entreprise n'était pas surendettée ou si suffisamment de créances ont été postposées.

Avec le sursis COVID-19, et contrairement au sursis concordataire, le débiteur peut requérir un prêt au titre de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (RS 951.261). Cela découle de l'art. 3, al. 1, let. b, de ladite ordonnance, article qui n'a sciemment pas été modifié lors de l'adoption de l'ordonnance COVID-19 insolvabilité, parce qu'il peut être utile, selon les circonstances, que l'entreprise poursuive ses activités malgré le sursis grâce aux liquidités obtenues par prêt.

3.2 Art. 6 : octroi du sursis⁹

Toute entreprise individuelle, société de personnes ou personne morale peut requérir le sursis COVID-19 si elle n'était pas surendettée fin 2019 ou si des créances à hauteur du surendettement fin 2019 ont été placées à un rang inférieur conformément à l'art. 725, al. 2, CO au moment de la demande de sursis. Comme à l'art. 3, al. 1, de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, on ne pose pas 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 : le but du sursis COVID-19 n'est pas de protéger les particuliers contre les poursuites, mais d'éviter les dommages économiques qui s'ensuivraient si un grand nombre d'entreprises faisaient faillite.

Les sociétés ouvertes au public et les grandes entreprises ne peuvent pas requérir le sursis COVID-19, elles peuvent seulement avoir recours au sursis concordataire. Étant donné leur importance économique, il semble nécessaire de les soumettre au contrôle plus strict de la procédure concordataire. Cette différence de traitement repose sur la conception à la base de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, qui ne permet pas l'octroi de gros crédits sans condition mais exige un contrôle de crédit en usage dans la branche (art. 4, al. 1, de ladite ordonnance).

Comme il n'est pas possible à ce jour de savoir combien de temps la crise durera, le débiteur peut d'abord requérir un sursis de trois mois, qui pourra ensuite être prolongé, mais pour trois mois de plus au maximum (art. 7, al. 1). Le juge du concordat tiendra compte de la façon dont les choses ont évolué pour le débiteur lorsqu'il prendra sa décision concernant la prolongation.

Selon l'al. 3, le débiteur doit présenter sa situation de fortune de manière crédible et joindre les pièces qui l'attestent dans la mesure du possible. Afin de convaincre le juge, notamment, qu'il n'était pas surendetté le 31 décembre 2019, il doit lui fournir les documents dont il peut disposer. 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 n'a pas (encore) ces documents, il peut tout de même requérir le sursis COVID-19. Il doit présenter au juge sa situation de fortune d'une autre manière. S'il est surendetté mais que des créances à hauteur du surendettement ont été postposées au sens de l'art. 725, al. 2, CO, il doit en faire état au juge.

⁹ Voir expertise Lorandi, n. marg. 85 s.

3.3 Art. 7 : prolongation et révocation du sursis¹⁰

Le sursis peut au besoin être prolongé de trois mois au plus. Le juge en décide selon son pouvoir d'appréciation. Il peut exiger du débiteur des documents attestant de sa situation financière et des changements survenus durant le sursis. Quant à savoir s'il faudra prévoir des prolongations supplémentaires, cette décision devrait être prise au moment de la reprise du contenu de cette ordonnance au niveau législatif, s'il s'avérait nécessaire de prendre des dispositions particulières plus longtemps.

3.4 Art. 8 : devoirs des organes d'une personne morale en cas de surendettement¹¹

Cette disposition précise que les devoirs découlant du droit des sociétés peuvent être remplis par l'ouverture d'un sursis COVID-19.

3.5 Art. 9 : commissaire¹²

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 – notamment pour une grande entreprise ou dans un cas complexe –, les art. 5, 8, 10, 11, 14, al. 2, et 17 à 19 LP s'appliquent.

3.6 Art. 10 : publicité du sursis¹³

À la différence de qui avait été proposé lors de la consultation, on renonce à permettre que l'octroi du sursis ne soit pas publié. Cet instrument doit être aussi transparent que possible, ne serait-ce que parce que le débiteur obtient le sursis sans conditions et sans être soumis à la surveillance d'un commissaire. Il semble donc approprié qu'il porte à la connaissance de ses créanciers l'octroi du sursis et, le cas échéant, sa prolongation. Cela évitera aussi que certains créanciers entament vainement des poursuites faute de savoir que leurs créances font l'objet d'un sursis. Le juge du concordat peut, en particulier s'il est saisi d'une demande de prolongation, exiger du débiteur qu'il ait informé individuellement ses créanciers. Si le débiteur souhaite un sursis non publié, il faut lui indiquer la possibilité de demander un sursis concordataire. La notification et la publication de la décision sont régies par les art. 34 et 35 LP. Si le débiteur est inscrit au registre du commerce, le sursis y est aussi publié.

3.7 Art. 11 : créances faisant l'objet du sursis¹⁴

La règle de l'al. 1 correspond à celle applicable au sursis concordataire. Le sursis COVID-19 ne s'applique qu'aux créances nées *avant* qu'il ne commence à courir. Les créances qui prennent naissance plus tard ne sont pas concernées. Cela permettra au débiteur de poursuivre son activité après l'octroi du sursis. On a renoncé à instaurer un délai de carence comme le prévoyait l'avant-projet, ayant remarqué que cette règle était propre à accroître la confusion et suscitait des malentendus.

Il faut encore souligner, pour être tout à fait clair, que le paiement, par le débiteur, de nouvelles dettes qui ne sont pas couvertes par le sursis COVID-19, alors qu'il ne s'acquitte

¹⁰ Voir expertise Lorandi, n. marg. 86 et 95.

¹¹ Voir expertise Lorandi, n. marg. 99.

¹² Voir expertise Lorandi, n. marg. 88.

¹³ Voir expertise Lorandi, n. marg. 89.

¹⁴ Voir expertise Lorandi, n. marg. 91.

pas de celles qui font l'objet de ce sursis, n'est pas un acte révocable au sens des art. 285 ss LP.

Selon l'al. 2, le sursis ne porte pas sur les créances de première classe (art. 219, al. 4, LP), c'est-à-dire, notamment, les salaires et les contributions d'entretien. En effet, le législateur leur a accordé un rang privilégié car il considère qu'elles sont indispensables pour assurer l'existence du créancier. Toutefois, seules la poursuite par saisie ou la poursuite en réalisation de gage pourront être exercées contre le débiteur pour ces créances, et non la poursuite ordinaire par voie de faillite (art. 12, al. 7). Cette règle s'inspire des dispositions sur le sursis extraordinaire (art. 346 LP). De plus, il est déjà apparu, depuis la suspension des délais ordonnée par le Conseil fédéral le 18 mars 2020, qu'une impossibilité totale de faire valoir ces créances posait divers problèmes pratiques et se heurtait à l'incompréhension de la population. Si une entreprise se voit menacée en raison de cette exception, elle peut avoir recours au sursis concordataire, qui suspend les créances de première classe.

Comme avec le sursis concordataire, le débiteur n'a pas le droit de payer les créances faisant l'objet du sursis COVID-19. L'interdiction expresse à l'al. 3 offre au débiteur mis sous pression le moyen 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 dispose.

3.8 Art. 12 : effets du sursis sur les droits des créanciers

Les effets du sursis COVID-19 correspondent largement à ceux du sursis ordinaire (art. 297 et 298 LP), si bien qu'il est possible en principe de se référer à la jurisprudence concernant ces deux articles. Seules les dispositions des art. 297, al. 5, 7 et 9, LP ne sont pas reprises. Le fait de ne pas reprendre l'art. 297, al. 7, LP a notamment pour conséquence que les intérêts continuent à courir sur toutes les créances, malgré le sursis, et ce jusqu'à l'ouverture de la faillite, qui arrête le cours des intérêts (art. 209 LP). La disposition de l'art. 297a LP sur la dissolution des contrats de durée n'est pas non plus reprise, ce qui répond à une demande formulée durant la consultation.

Un point a été vivement critiqué par certains lors de la consultation : la reprise de l'art. 297, al. 4, LP selon lequel la cession de créance future conclue avant l'octroi d'un sursis ne déploie pas d'effets si la créance cédée prend naissance après l'octroi du sursis. Même si l'on peut comprendre les objections à cette règle, celle-ci nous semble indispensable si l'on veut que le débiteur puisse assainir sérieusement sa situation. Tant qu'il ne lui est pas possible d'employer des rentrées d'argent pour s'assainir, l'assainissement est souvent tout simplement impossible.

3.9 Art. 13 : effets du sursis sur le pouvoir de disposer du débiteur¹⁵

Comme, normalement, aucun commissaire n'est nommé en cas de sursis COVID-19, le débiteur n'est pas sous surveillance. Il peut poursuivre ses activités afin que l'entreprise continue de fonctionner après la fin du sursis. Le sursis COVID-19 vise en effet surtout les entreprises qui étaient rentables avant la crise et qui peuvent le redevenir. Leur modèle commercial est en principe intact, les difficultés étant dues à des facteurs externes. Cependant, puisque le débiteur n'est pas surveillé, l'al. 1 énonce quels actes il peut accomplir durant le sursis, et quels actes non : il lui est en particulier interdit d'accomplir aucun acte qui nuirait aux intérêts légitimes des créanciers ou favoriserait certains d'entre eux au détriment des autres. Selon l'al. 3, aliéner ou grever l'actif immobilisé, ou bien constituer un gage, n'est

¹⁵ Voir expertise Lorandi, n. marg. 91 s. et 97.

possible qu'avec l'approbation du juge du concordat. La disposition reprend l'art. 298, al. 2, LP, si bien que l'on peut se référer à la jurisprudence en la matière. Si le débiteur veut accomplir un de ces actes, doit faire une demande en ce sens au juge, qui soit décide lui-même, soit nomme, pour une période limitée, un commissaire qui procèdera aux examens nécessaires et fera une proposition au juge ou lui soumettra un rapport. L'exclusion de l'action paulinienne à l'al. 3 correspond à la règle de l'art. 285, al. 3, LP.

3.10 Art. 14 : voies de droit¹⁶

La disposition correspond à la règle prévue en cas de sursis définitif (art. 295c LP) et non de sursis provisoire (art. 293d LP).

3.11 Art. 15 : demande de sursis provisoire¹⁷

Si le débiteur veut conclure un concordat, ou bien s'il veut bénéficier des effets plus importants que déploie le sursis concordataire, il doit pouvoir transformer le sursis COVID-19 en sursis concordataire. La moitié de la durée déjà écoulée du sursis COVID-19 sera alors imputée sur la durée du sursis concordataire, dont le sursis COVID-19 remplit en partie la fonction.

3.12 Art. 16 : effets du sursis sur les nouvelles dettes dans un concordat par abandon d'actifs ou dans une faillite subséquente¹⁸

Cette disposition permet de régler, sous forme d'une exécution générale subséquente, le sort des dettes impayées pendant le sursis COVID-19.

3.13 Art. 17 et 18 : effets du sursis sur les délais en matière d'ordre des créanciers et en matière d'action révocatoire

Il s'agit de compléter la réglementation de la LP par la mention du sursis COVID-19 pour des raisons de cohérence.

3.14 Art. 19 : effets du sursis sur les indemnités en cas d'insolvabilité¹⁹

La loi sur l'assurance chômage (LACI, RS 837.0) est complétée de sorte que les dispositions sur l'indemnité en cas d'insolvabilité s'appliquent aussi au sursis COVID-19.

4 Autres dispositions

4.1 Art. 20 : émoluments et honoraires des organes

Afin qu'il soit clair quels émoluments et honoraires sont à verser dans le cadre du sursis COVID-19, l'ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP, RS 281.35) est déclarée applicable en la matière. Si un commissaire est nommé, le juge du concordat demandera en règle générale au débiteur de verser une avance. Il fixera les honoraires du commissaire lorsque le sursis COVID-19 prendra fin – quelle qu'en soit la raison.

¹⁶ Voir expertise Lorandi, n. marg. 94 ; on y propose toutefois d'exclure tout recours, sur le modèle de l'art. 293d LP.

¹⁷ Voir expertise Lorandi, n. marg. 98.

¹⁸ Voir expertise Lorandi, n. marg. 93.

¹⁹ Voir expertise Lorandi, n. marg. 100.

4.2 Art. 21 : adaptation de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19

4.2.1 Publication des données relatives aux caractères clés des entités IDE

Pour la vérification du statut des entreprises qui font des demandes de crédit, les banques utilisent le registre du numéro d'identification des entreprises (IDE) et ce conformément à l'art. 11, al. 1, de la loi sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE, RS 431.03). Pour les données de certaines entités (petites entreprises : coiffeurs, agriculteurs, sociétés simples notamment), la LIDE réserve l'accord des entreprises concernées (art. 11, al. 3, LIDE). Obtenir l'accord de ces entreprises (300 000 entreprises devraient être potentiellement contactées) n'est pas réaliste. Pour permettre les vérifications nécessaires et ainsi rendre possible l'octroi de crédits par les banques, il est nécessaire de suspendre l'obligation d'obtenir l'accord prévu par l'art. 11, al. 3, LIDE pendant la durée de validité de l'ordonnance du Conseil fédéral. Grâce à cette modification, l'Office fédéral de la statistique pourra rendre accessibles publiquement toutes les données clés de l'ensemble des entités IDE. La modification proposée vise à permettre la mise en œuvre du programme d'aide aux entreprises et répond à la préoccupation – largement exprimée dans le cadre de la consultation publique menée par l'Office fédéral de la justice – de combattre des abus.

4.2.2 Responsabilité en cas d'utilisation des prêts à des fins autres

L'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 prévoit que les crédits cautionnés ne doivent pas être utilisés dans certains buts. Afin que ce ne soit effectivement pas le cas, les organes dirigeants de l'entreprise devront répondre personnellement des dommages causés par une utilisation des fonds à des fins autres que celles prévues par ladite ordonnance.

4.3 Art. 22 : droit transitoire

Comme lors de la dernière révision du droit de l'assainissement, le moment déterminant est celui de la demande de sursis concordataire.