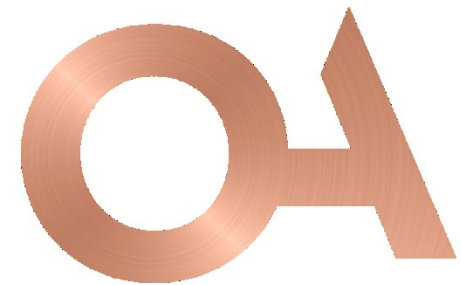




JOHNSON
MERRILL



Surendettement et assainissement à
l'ère du COVID-19

Sébastien Bettschart

Plan

1. Surendettement à l'ère du COVID-19

- A. Situation pré-COVID-19
- B. Ajustements liés au COVID-19
- C. Quelques observations

2. Assainissement à l'ère du COVID-19

- A. Sursis "classique" pré-COVID-19
- B. Ajustements liés au COVID-19
- C. Nouveau sursis COVID-19

3. En guise de conclusion

1. Surendettement à l'ère du COVID-19

A. Situation pré-COVID-19

- *Définition*
 - Les actifs sociaux d'une société ne suffisent plus à couvrir les fonds étrangers (fonds propres négatifs / actifs nets négatifs)
 - Notion différente de l'insolvabilité
- *Qui?*

SA, Sàrl, sociétés coopératives, fondations
- *Compétence*
 - Principalement le conseil d'administration
 - Subsidiairement l'organe de révision (s'il y en a un)
- *Quand?*

Dès que le conseil d'administration a des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée

1. Surendettement à l'ère du COVID-19

A. Situation pré-COVID-19 (*suite*)

- *Quelles sont les obligations?*
 - Obligation de dresser un bilan intermédiaire aux valeurs d'exploitation, puis de liquidation
 - Obligation de faire vérifier le bilan intermédiaire par un réviseur agréé
 - Si société s'avère surendettée aux deux valeurs → obligation d'aviser le juge (dépôt du bilan)
- *Exceptions*
 - Créanciers acceptent de postposer leurs créances à hauteur du surendettement
ou
 - Assainissement "privé" possible à brève échéance (quelques semaines – quelques mois?)
- *Conséquences en cas de non-respect de l'avis au juge*

Responsabilité civile (et pénale) personnelle des administrateurs

1. Surendettement à l'ère du COVID-19

B. Ajustements liés au COVID-19

- *Base légale*

- Ordonnance COVID-19 insolvabilité du 16 avril 2020 (RS 281.242)
- Entrée en vigueur le 20 avril 2020, en force jusqu'au 20 octobre 2020 (suspension des poursuites a pris fin le 19 avril 2020)

- *Avis au juge*

Pas d'obligation d'aviser le juge aux conditions suivantes:

- la société n'était pas surendettée au 31 décembre 2019
et
- il existe une perspective de mettre fin au surendettement d'ici le 31 décembre 2020

- *Vérification par un réviseur*

Pas d'obligation de faire vérifier le bilan intermédiaire par un réviseur agréé

- *Documentation*

Obligation, pour le conseil d'administration, de justifier sa décision par écrit et de la documenter

1. Surendettement à l'ère du COVID-19

C. Quelques observations

1. La date du 31 décembre 2019 (plutôt p. ex. que le 28 février ou le 13 mars 2020) a été retenue car elle correspond à la date de clôture pour la plupart des sociétés
 - ⇒ en soi, simplification, mais:
 - ⇒ les sociétés qui clôturent à une autre date que le 31 décembre (p. ex. 30 juin 2019) doivent établir un bilan intermédiaire (révisé?) au 31 décembre 2019 si elles souhaitent bénéficier de cet allègement
2. Une société surendettée au 31 décembre 2019, mais bénéficiant de postpositions, n'est pas censée pouvoir bénéficier de l'Ordonnance COVID-19
 - ⇒ Dans le régime ordinaire, la postposition permet d'éviter l'avis au juge
 - ⇒ *Ratio legis* peu convaincante
3. Les crédits cautionnés (prêts COVID-19) ne sont pas pris en compte à hauteur de CHF 500'000 en tant que capitaux de tiers jusqu'au 31 mars 2022 (art. 24 de l'Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19)
 - ⇒ ce type de prêt peut apporter une aide ponctuelle du point de vue du surendettement, mais implique des restrictions sur la gestion de la société

1. Surendettement à l'ère du COVID-19

C. Quelques observations (suite)

4. Le conseil d'administration d'une société surendettée qui est dispensée d'aviser le juge reste soumis à l'obligation de prendre des mesures d'assainissement et, le cas échéant, de convoquer l'assemblée générale (art. 725 I CO)
5. Que signifie "perspective de mettre fin au surendettement"?
 - ⇒ Test moins exigeant que le régime ordinaire (perspectives concrètes et sérieuses d'assainissement)
 - ⇒ L'obligation d'aviser le juge renaît si la situation de la société se péjore au point qu'il n'y ait plus de perspective de mettre fin au surendettement d'ici le 31 décembre 2020
 - ⇒ Le conseil d'administration devra faire une projection des fonds propres au 31 décembre 2020 et les actualiser régulièrement. Un plan de liquidités semble aussi nécessaire
 - ⇒ Le conseil d'administration a une marge d'appréciation relativement large (surtout si le point suivant est respecté)

1. Surendettement à l'ère du COVID-19

C. Quelques observations (suite)

6. L'obligation pour le conseil d'administration de motiver et de documenter sa décision n'est pas en soi nouvelle (procès-verbal, diligence)

Business judgment rule: un tribunal doit faire preuve de retenue dans l'appréciation d'une décision commerciale dûment documentée, prise sur la base d'informations appropriées et en l'absence de conflit d'intérêts

Les possibilités offertes par l'Ordonnance COVID-19 en cas de surendettement sont essentiellement destinées à des entreprises en soi saines et qui seront en mesure de surmonter leurs difficultés une fois la crise actuelle terminée

Elles ne sont pas destinées aux entreprises qui connaissent des difficultés antérieurement au COVID-19

2. Assainissement à l'ère du COVID-19

A. Sursis "classique" pré-COVID-19

- *Définition*

Tout débiteur (personne physique, sociétés de personnes, personnes morales) peut demander au tribunal de le mettre à l'abri de ses créanciers en déposant une requête de sursis provisoire (art. 293 ss LP)

- *Effets*

- Les poursuites ne peuvent plus être exercées contre le débiteur (sauf notamment réalisation de gages immobiliers)
- Les intérêts cessent de courir (sauf si garantis par gage)
- Les procès sont en principe suspendus
- Les délais de prescription cessent de courir
- Les cessions de créance futures sont interrompues
- Le commissaire peut convertir les créances en nature en créances pécuniaires
- Les contrats de durée (autres que les contrats de travail) peuvent être résiliés (sous condition)
- Un commissaire est nommé, en tout cas lorsque le sursis devient définitif ou que le sursis provisoire n'est pas publié

2. Assainissement à l'ère du COVID-19

A. Sursis "classique" pré-COVID-19 (suite)

- *Durée*

Maximum 4 mois (puis sursis définitif de 4 à 6 mois, prolongeable à 12 mois, respectivement 24 mois dans les cas complexes)

- *Conséquences sur le débiteur*

- Pendant le sursis, le débiteur continue ses activités, le cas échéant sous la surveillance d'un commissaire
- Certains actes lui sont interdits (not. vendre les actifs immobilisés ou constituer des gages, se porter caution ou disposer à titre gratuit)

- *Issues possibles*

- Assainissement de la société pendant le sursis
- Adoption d'un concordat ordinaire (la société repart sur de nouvelles bases, allégée d'une partie du poids de la dette)
- Adoption d'un concordat par abandon d'actifs (la société disparaît après avoir cédé ses actifs)
- Faillite

Procédure relativement complexe, plutôt destinée aux entreprises d'une certaine taille

2. Assainissement à l'ère du COVID-19

B. Ajustements liés au COVID-19

- *Allégements prévus*

L'Ordonnance COVID-19 assouplit la procédure relative au sursis sur plusieurs points:

- Le débiteur n'a pas besoin de présenter un plan d'assainissement provisoire à l'appui de sa requête de sursis (volonté de décharger les tribunaux)
 - ⇒ Il revient exclusivement au commissaire provisoire d'examiner les possibilités d'assainissement
- Le tribunal ne peut pas prononcer la faillite même s'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat

- *Durée*

- La durée du sursis provisoire passe de 4 à 6 mois
- La durée maximum du sursis définitif reste identique

- *Suspension provisoire des faillites*

Jusqu'au 31 mai 2020, la faillite ne peut pas être prononcée même si cette mesure est nécessaire pour préserver le patrimoine du débiteur ou qu'il n'y a plus de perspective d'assainissement ou d'homologation du concordat, à la condition toutefois que le débiteur n'était pas surendetté le 31 décembre 2019 ou que des créanciers ont accepté de postposer leurs créances à hauteur du surendettement

2. Assainissement à l'ère du COVID-19

C. Nouveau sursis COVID-19

- *Définition*

- Le sursis COVID-19 est prévu comme une alternative au sursis classique
- Il s'agit d'une procédure entièrement nouvelle prévue dans l'Ordonnance COVID-19 insolvabilité

- *Qui?*

Le sursis COVID-19 ne vise que les PME, à savoir:

- les entreprises individuelles
 - les sociétés de personnes (société en nom collectif ou en commandite)
 - les sociétés qui n'ont pas dépassé deux des valeurs suivantes au cours de l'année 2019:
 - total du bilan: 20 mio.
 - chiffre d'affaires: 40 mio.
 - employés à plein temps: 250 en moyenne annuelle
- ⇒ pas les sociétés ouvertes au public au sens de l'article 727 I 1 CO

2. Assainissement à l'ère du COVID-19

C. Nouveau sursis COVID-19 (suite)

- *Situation au 31 décembre 2019*

Uniquement les débiteurs qui n'étaient pas surendettés le 31 décembre 2019 ou dont les créanciers ont accepté de postposer leurs créances à hauteur du surendettement

- *Durée*

- Le sursis est accordé pour une durée de 3 mois, prolongeable une seule fois de 3 mois au plus
- Il peut être révoqué si de fausses indications ont été données au tribunal

- *Procédure*

- Le débiteur doit présenter sa situation de fortune de manière crédible et joindre les pièces qui l'attestent dans la mesure du possible. Le tribunal doit se prononcer sans délai
- La requête de sursis COVID-19 vaut avis au juge au sens de l'article 725 II CO
- En principe, aucun commissaire n'est nommé
- Le sursis est publié et le débiteur doit informer ses créanciers connus
- Le débiteur et les créanciers peuvent recourir contre la décision du tribunal d'accorder ou de refuser le sursis COVID-19 (ou de le prolonger) mais l'effet suspensif ne peut pas être accordé

2. Assainissement à l'ère du COVID-19

C. Nouveau sursis COVID-19 (suite)

- *Effets*
 - Le sursis vaut pour l'ensemble des créances nées avant l'octroi du sursis, excepté les créances de première classe (essentiellement créances de salaire). Celles-ci peuvent uniquement faire l'objet de poursuites par voie de saisie, et non par voie de faillite
 - Le débiteur n'est pas non plus autorisé à payer les créances qui font l'objet du sursis (disposition "didactique"; cf. art. 167 CP), sous peine de faillite
 - Sinon, effets similaires au sursis classique (cf. section A ci-dessus), sauf:
 - Les procès ne sont pas suspendus
 - Les intérêts ne cessent pas de courir
 - Les créances en nature ne peuvent pas être converties en créances pécuniaires
 - Les contrats de durée ne peuvent pas être résiliés

2. Assainissement à l'ère du COVID-19

C. Nouveau sursis COVID-19 (suite)

- *Conséquences sur le débiteur*

- Pendant le sursis, le débiteur continue son activité.
- Il ne doit accomplir aucun acte qui nuirait aux intérêts légitimes des créanciers ou favoriserait certains d'entre eux. Il ne peut pas vendre les actifs immobilisés ou constituer des gages sans l'accord du tribunal.

- *Issues possibles*

Contrairement au sursis "classique", le sursis COVID-19 prend fin automatiquement à l'expiration du délai (3 à 6 mois), sauf si:

- La faillite a été prononcée dans l'intervalle
- Le débiteur a déposé dans l'intervalle une requête de sursis classique

La crise actuelle aura eu pour mérite de moderniser en quelques jours plusieurs aspects du droit du sursis
Il reste à voir si le sursis COVID-19 sera à même de répondre aux défis des prochains mois

3. En guise de conclusion

- *Le conseil d'administration doit suivre le niveau de fonds propres et les liquidités de manière particulièrement attentive en période de crise*
- *Les décisions du conseil d'administration doivent faire l'objet de procès-verbaux écrits et reposer sur des informations appropriées*
- *Le conseil d'administration doit être en mesure d'agir rapidement si un avis au juge (725 II CO) ou une requête de sursis s'avère nécessaire*

Merci de votre attention



Sébastien Bettschart
Avocat, Dr en droit, LL.M. (NYU)
Professeur titulaire à l'Université de Fribourg
sbettschart@obersonabels.com
+41 58 258 86 00