

L'entreprise face au COVID-19

Droit de l'exécution forcée et des
sociétés

Prof. Olivier Hari

Université de Neuchâtel

Avocat (Schellenberg Wittmer SA)

Neuchâtel, 16 avril 2020, mäj 14h35



- I. Suspension des poursuites
- II. Le cas particulier de l'avis au juge / du surendettement et les perspectives de modifications urgentes
 - I. Le problème
 - II. Les solutions actuelles
 - III. L'ordonnance du 16 avril 2020
- III. Trésorerie, prêts cautionnés
Coronavirus et surendettement
- IV. Les assemblées générales
COVID-19
- V. Remarques conclusives



I. ORDONNANCE SUR LA SUSPENSION DES POURSUITES (1)

- Base légale : ordonnance du Conseil fédéral du 18 mars 2020 sur la suspension des poursuites au sens de l'art. 62 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.241)

Le Conseil fédéral suisse,

vu l'art. 62 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)¹,

arrête:

Art. 1

La suspension des poursuites au sens de l'art. 62 LP s'applique à l'ensemble du territoire de la Confédération suisse.

Art. 2

¹ La présente ordonnance entre en vigueur le 19 mars 2020 à 7 heures².

² Elle s'applique jusqu'au 4 avril 2020 à 24 heures.

I. ORDONNANCE SUR LA SUSPENSION DES POURSUITES (2)

- Cas de suspension déployant des effets ordinaires combinés aux fêtes (art. 56ss LP)

Poursuite pour dettes et la faillite. LF

281.1

III. Temps prohibés, fêtes et suspensions⁹³

Art. 56⁹⁴

A. Principes

Sauf en cas de séquestre ou de mesures conservatoires urgentes, il ne peut être procédé à aucun acte de poursuite:

1. dans les temps prohibés, à savoir entre 20 heures et 7 heures, ainsi que les dimanches et les jours légalement fériés;
2. pendant les fêtes, à savoir sept jours avant et sept jours après les fêtes de Pâques et de Noël, ainsi que du 15 juillet au 31 juillet; il n'y a pas de fêtes en cas de poursuite pour effets de change;
3. lorsque le débiteur est au bénéfice de la suspension (art. 57 à 62).

I. ORDONNANCE SUR LA SUSPENSION DES POURSUITES (3)

- Effets dans le détail:
 - Pas d'actes de poursuite
 - Définition: tous les actes des autorités d'exécution - préposés aux poursuites et aux faillites, autorités de surveillance, juges de mainlevée et de faillite - qui tendent à introduire ou à continuer la procédure en vue de satisfaire le créancier par la voie de l'exécution forcée sur les biens du débiteur et qui portent atteinte à la situation juridique de ce dernier (ATF 96 III 46)

I. ORDONNANCE SUR LA SUSPENSION DES POURSUITES (4)

- Effets dans le détail (suite):
 - Pas de nouvelles poursuites, ni de continuation
 - Pas de saisie ni de réalisation
 - Pas d’ouvertures de procédures de faillite
 - S’applique aux décisions judiciaires d’application de la LP (audience et décision en matière de mainlevée, jugements de faillite (pas aux notifications, ATF 120 Ib 248)
 - Autorités de surveillance: que dans la mesure où celles-ci interviennent d’elles-mêmes dans la procédure et prescrivent au préposé de procéder à un acte de poursuite. Pas si les autorités de surveillance statuent seulement sur le bien-fondé d’une plainte ou d’un recours (ATF 115 III 6)
 - Attention:
 - Handlungen des Konkursbeamten werden durch Art. 56 SchKG nicht berührt (ATF 96 III 77 consid. 1)
 - Séquestres (mais pas l’opposition ni recours) et mesures urgentes peuvent être effectués

I. ORDONNANCE SUR LA SUSPENSION DES POURSUITES (5)

- Effets dans le détail (fin):
 - Pas d'effets sur les incombances du créancier découlant de la LP
 - Pas d'effet réflexe de droit matériel (prescription)
 - Pour les délais : *de facto*, suspension + fêtes = 22 avril 2020 (art. 63 LP)
 - Pour les actes de poursuite:
 - Annulabilité, nullité ?
 - Report au premier jour utile?

II. LE CAS PARTICULIER DE L'AVIS AU JUGE : LE PROBLÈME

- Art. 725 al. 2, seconde phrase CO: S'il résulte de ce bilan [intermédiaire] que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge.
- Art. 725a al. 1 CO: Au vu de l'avis, le juge déclare la faillite. Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible.
- Tant que dure la suspension des poursuites, pas de faillite
- Mais après:
 - surendettement = faillite
 - assainissement possible = prévision difficile à effectuer vu les circonstances

II. LE CAS PARTICULIER DE L'AVIS AU JUGE : LES SOLUTIONS ACTUELLES

- **Ajournement de faillite** (art. 725a CO) en cas de surendettement et d'avis au juge (art. 725 al. 2 CO) en lieu et place d'une faillite
 - Effet: sursis (*stille Stundung*) sans limite de temps et poursuite de l'activité
 - Conditions: perspectives d'assainissement
- **Procédure concordataire** (art. 293ss LP)
 - En cas de surendettement et d'avis au juge (art. 725 al. 2 CO) en cas d'insolvabilité (*negative cashflow*)
 - Effet: sursis (*stille Stundung* pendant 4 mois maximum, puis 12-24 mois au maximum) et restructuration de la dette (sursis ordinaire), liquidation assouplie (concordat par abandon d'actif) ou transfert de l'entreprise sans les dettes (concordat par abandon d'actif à un tiers repreneur). Poursuite de l'activité.
 - Conditions: perspectives d'assainissement ou concordat
- **Sursis extraordinaire** (art. 337ss LP)
 - Doit être décidé par le gouvernement cantonal avec l'accord du CF
 - Effet: simple sursis de 10 mois (6+4) et poursuite de l'activité
 - Conditions: circonstances permettant d'espérer un remboursement à 100%

II. LE CAS PARTICULIER DE L'AVIS AU JUGE : PROJET D'ORDONNANCE (1)

- Procédure de consultation lancée le 1^{er} avril (!)
- Ordonnance instaurant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus (Ordonnance insolvabilité COVID-19) du 16 avril 2020
- Quatre volets:

1. Suspension partielle de l'art. 725 CO :

Art. 1 Avis obligatoires

¹ En dérogation à l'art. 725, al. 2, du code des obligations (CO)², le conseil d'administration peut renoncer à aviser le juge si la société n'était pas surendettée le 31 décembre 2019 et qu'il existe une perspective de mettre fin au surendettement avant le 31 décembre 2020.

² Il doit justifier sa décision par écrit et la documenter.

³ En dérogation à l'art. 725, al. 2, CO, il peut être renoncé à la vérification du bilan intermédiaire.

⁴ En dérogation aux art. 728c, al. 3, et 729c CO, l'organe de révision est dispensé de l'obligation d'avertir le juge si le conseil d'administration peut renoncer à aviser ce dernier en vertu de l'al. 1.

II. LE CAS PARTICULIER DE L'AVIS AU JUGE : PROJET D'ORDONNANCE (2)

– Quatre volets:

2. Allègement de la procédure concordataire (art. 293ss LP):

- ✓ Exemption de l'examen de la capacité d'assainissement par le juge du concordat (art. 3 OI / 293a al. 3 LP)
- ✓ Prolongation de la durée du sursis provisoire de quatre à six mois (art. 4 OI, 293a al. 2 LP)
- ✓ Suspension de l'ouverture de la faillite (délai de carence) si le débiteur n'était pas surendetté au 31.12 (art. 5 OI / 296b let. a LP)

II. LE CAS PARTICULIER DE L'AVIS AU JUGE : PROJET D'ORDONNANCE (3)

– Quatre volets:

3. Nouveau «sursis COVID-19» pour PME:

- ✓ Allègement PME (règle 20/40/250): RI, sociétés de personnes, PM
- ✓ Réservé aux sociétés non surendettées au 31.12 (si applicable)
- ✓ Ne peut qu'être demandé par le débiteur
- ✓ Sursis de trois mois, prolongeable une seule fois trois mois
- ✓ Equivaut à l'avis au juge en matière de responsabilité pour les organes
- ✓ Commissaire peut être nommé (demande du débiteur, créancier ou d'office, à tout moment)
- ✓ Publication du sursis obligatoire et information sans délai par le débiteur des créanciers
- ✓ Suspension des poursuites et procès pour les créances antérieures au sursis sauf pour les créances de première classe (art. 219 al. 4 LP)
- ✓ Recours possible (débiteur et créanciers)

II. LE CAS PARTICULIER DE L'AVIS AU JUGE : PROJET D'ORDONNANCE (4)

– Quatre volets:

4. Autres

- ✓ Responsabilité personnelle et solidaire des organes pour l'utilisation du prêt cautionné à des fins contraires au but de l'ordonnance envers les autres créanciers, la banque créancière, l'organisation de cautionnement et la Confédération (art. 18a OI)
- ✓ Entrée en vigueur le 20 avril 2020 à 0h00
- ✓ Durée de validité de six mois

III. PRÊTS CORONAVIRUS ET SURENDETTEMENT (1)

- Bases légales: Ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19) du 25 mars 2020 (RS 951.261)
- Objectifs : garantir les crédits bancaires destinés à satisfaire les besoins courants en liquidités du requérant (art. 6)
- Conditions:
 - Cautionnement solidaire avec conditions allégées: une organisation de cautionnement accorde sans formalités un cautionnement solidaire unique pour des crédits bancaires jusqu'à concurrence de 500'000 francs si des entreprises individuelles, sociétés de personnes ou personnes morales ayant leur siège en Suisse (requérant) déclarent (...) b .qu'elles ne se trouvent ni en faillite, ni en procédure concordataire, ni en liquidation au moment du dépôt de la demande
 - Autres cautionnements solidaires: (...) le requérant remet les déclarations visées à l'art. 3, al. 1, let. a à d.

III. PRÊTS CORONAVIRUS ET SURENDETTEMENT (2)

- Conditions financières:
 - L'entreprise doit être considérablement touchée sur le plan économique par la pandémie de COVID-19, notamment concernant son chiffre d'affaires.
 - Elle doit être financièrement saine, c'est-à-dire ne pas être en procédure de faillite, en procédure concordataire ou en liquidation.
 - Les liquidités supplémentaires doivent uniquement servir à la poursuite de l'activité commerciale.
- Art. 24: Pour le calcul de la couverture du capital et des réserves au sens de l'art. 725, al. 1, du code des obligations (CO)¹ et pour le calcul d'un surendettement au sens de l'art. 725, al. 2, CO, les crédits cautionnés au sens de l'art. 3 ne sont pas pris en compte en tant que capitaux de tiers jusqu'au 31 mars 2022.

IV. ASSEMBLÉES GÉNÉRALES COVID-19 (1)

- Base légale: Ordonnance 2 du Conseil fédéral du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (RS 818.101.24)

Art. 6a⁴⁷ Assemblées de sociétés

¹ L'organisateur d'une assemblée de société peut, quel que soit le nombre prévu de participants et sans respecter le délai de convocation, imposer aux participants d'exercer leurs droits exclusivement:

- a. par écrit ou sous forme électronique, ou
- b. par l'intermédiaire d'un représentant indépendant désigné par l'organisateur.

² L'organisateur est habilité à prendre cette décision durant toute la période visée à l'art. 12, al. 6. Il doit la notifier par écrit ou la publier sous forme électronique au plus tard quatre jours avant l'assemblée.

IV. ASSEMBLÉES GÉNÉRALES COVID-19 (2)

- Interdiction de principe des manifestations jusqu'au 26 avril
- Afin que les assemblées puissent néanmoins se tenir, dématérialisation possible / ne s'applique pas aux réunions de l'organe de direction ni aux assemblées d'un-e associé-e
- Entités concernées: SA, Sàrl, SCoop, association, fondations LPP (investisseurs)
- Décision unilatérale de l'organe qui convoque/a convoqué (au moins 4 jours avant dans ce dernier cas) / assemblée universelle?
- Trois possibilités:
 - L'associé-e exerce ses droits par écrit (signature qualifiée, cf. modification de l'ordonnance sur la signature électronique (OSCSE) du 1^{er} avril
 - L'associé-e exerce ses droits sous forme électronique (téléphone, visioconférence, mais pas e-mail)
 - L'associé-e se fait représenter par un représentant indépendant
- PV

IV. CONCLUSION

- Pas de prolongation de la suspension des poursuites
- Mesures dans le CO (suspension de l'avis au juge)
- Mesures dans la LP (adaptation des procédures de sursis)
- Autres?
- Outils existants

MERCI DE VOTRE INTÉRÊT !

Prof. Olivier Hari

Avocat, docteur en droit

Chaire de droit des sociétés et de l'entreprise

Av. du 1er-Mars 26

CH-2000 Neuchâtel

olivier.hari@unine.ch

