

NOUVEAU DROIT DE L'ASSAINISSEMENT VERS DES MESURES D'ASSAINISSEMENT PLUS PRÉCOCES?

Me Florence Pastore

En date du 1^{er} janvier 2014, le nouveau droit de l'assainissement¹ est entré en vigueur². Réalisée, notamment, par le biais d'une révision du Chapitre 11 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), concernant la procédure concordataire, et par l'introduction de nouvelles dispositions dans le Code des obligations (CO), cette modification législative est destinée à faciliter l'assainissement des entreprises et à permettre la prise de mesures à cet effet de manière plus précoce.

Dans le sillage du *grounding* de Swissair en octobre 2001, qui a conduit la compagnie aérienne nationale à initier une procédure concordataire, de nombreuses interventions parlementaires ont demandé une évaluation rapide de la nécessité de réviser le droit suisse de l'assainissement. Le groupe d'experts mis en place est arrivé à la conclusion que le système était d'une manière générale efficient tout en pouvant être amélioré.

Fort de ces travaux, le Conseil fédéral a présenté un projet de nouveau droit de l'assainissement au Parlement en septembre 2010. Après plusieurs navettes, les chambres ont intensifié leurs travaux l'an dernier puis réglé leurs ultimes divergences le 21 juin 2013.

Sans être fondamentalement bouleversé, le système a été amélioré afin de procurer un outil davantage orienté vers l'assainissement.

Tout d'abord, la fonction du sursis concordataire est renforcée et élargie, créant un cadre adéquat et donnant du temps aux créanciers et au débiteur pour initier un processus constructif d'assainissement. Par ailleurs, les préoccupations exprimées par les milieux de gauche au sujet de la protection des travailleurs

ont été prises en compte, ce par l'introduction de l'obligation de négocier un plan social dans certaines situations. Enfin, une modification est apportée au niveau des actions révocatoires dans le cadre de groupe de sociétés.

Cette contribution a pour but de présenter les principales innovations précitées.

A. Modifications au niveau de la procédure concordataire

1. Renforcement du sursis concordataire

Avec le nouveau droit de l'assainissement, le sursis concordataire devient un véritable moratorium, destiné à permettre au débiteur et à ses créanciers d'explorer et de mettre en œuvre des mesures d'assainissement, tout en étant protégé contre des mesures de recouvrement³. La fonction du sursis est élargie et renforcée, dès lors que celui-ci ne devra plus nécessairement aboutir soit à la confirmation du concordat soit à l'ouverture de la faillite. En effet, si l'assainissement est terminé avant la fin du sursis concordataire, la mesure est immédiatement levée par le Juge du concordat (article 296a LP).

a. Accès simplifié à la procédure concordataire et sursis provisoire immédiat

Comme par le passé, la procédure peut être initiée (i) par le débiteur, (ii) par un créancier ou (iii) par le tribunal suite à un avis de surendettement⁴ ou à une requête de faillite. Cependant, les exigences relatives à la requête du débiteur ont été simplifiées: tandis que ce dernier doit toujours documenter l'état actuel

¹ <http://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2013/4111.pdf>.

² Le droit transitoire prévoit que la procédure concordataire est régie par le droit antérieur lorsque la requête de sursis a été déposée avant l'entrée en vigueur de la modification législative, soit avant le 1^{er} janvier 2014; il n'y a en revanche pas d'autres règles de droit transitoire, concernant par exemple les modifications en matière d'actions révocatoires.

³ FF 2010 5871, 5876.

⁴ Selon l'article 725 CO.

et futur de son patrimoine, de ses résultats ou de ses revenus (bilan à jour, compte de résultats, plan de trésorerie) et remettre un plan d'assainissement provisoire, il a été renoncé à l'exigence de soumettre un projet de concordat (article 293 LP).

De plus, le déclenchement de la procédure est également simplifié, dès lors que le sursis provisoire est dorénavant octroyé sans délai par le Juge du concordat dès le dépôt de la requête, pour une durée maximale de quatre mois, sans que les créanciers ne soient entendus (article 293a LP).

Cette importante simplification de la procédure, en ce qu'elle permet à un débiteur de requérir un sursis concordataire sans être dans l'obligation d'avoir préalablement dévoilé sa situation patrimoniale dans son ensemble à ses créanciers, encouragera des mesures précoces d'assainissement, ce au bénéfice tant des créanciers que du débiteur.

La procédure est par ailleurs évolutive et orientée vers l'assainissement dès lors que, par exemple, un premier sursis de courte durée peut être accordé, dont le renouvellement pour une durée globale de quatre mois au maximum pourra être soumis à la réalisation d'objectifs spécifiques⁵.

Enfin, ce n'est qu'en l'absence manifeste de perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat que le Juge du concordat rejettera la demande de sursis concordataire et prononcera d'office la faillite (article 293a al. 3 LP).

b. Commissaire Provisoire

Le nouveau droit apporte un changement significatif en ce sens que, déjà au stade du Sursis Provisoire, un Commissaire Provisoire est nommé par le Juge

du concordat et est chargé d'analyser de manière approfondie les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, en fonction du but du sursis provisoire (article 293b LP).

Si l'objectif est de chercher à assainir le débiteur durant le sursis concordataire, le Commissaire Provisoire a pour mission de superviser la préparation des mesures d'assainissement ainsi que leur mise en œuvre⁶. Si le sursis provisoire doit aboutir à un concordat, le Commissaire Provisoire a alors pour tâches d'évaluer si sa conclusion semble réalisable et de préparer un projet⁷.

Dans certaines situations, par exemple lorsque les intérêts de tiers ne sont pas en jeu ou si la désignation d'un commissaire devait réduire les moyens disponibles de manière substantielle, le Juge du concordat peut même décider de renoncer à la nomination d'un Commissaire Provisoire⁸ (article 293b al. 2 LP).

L'octroi du sursis provisoire ainsi que la nomination d'un Commissaire Provisoire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours (article 293d LP).

c. (Non-) publication du Sursis Provisoire

En principe, le sursis concordataire est rendu public et est communiqué à l'Office des Poursuites, au Registre du Commerce et au Registre Foncier (articles 293c et 296 LP).

Sur présentation d'une requête motivée, et pour autant que la protection des intérêts des tiers soit garantie, le Juge du concordat peut renoncer à rendre public le Sursis Provisoire, la nomination d'un Commissaire Provisoire étant cependant alors obligatoire (article 293c al. 2 LP).

⁵ FF 2010 5871, 5896.
⁶ FF 2010 5871, 5898.

⁷ FF 2010 5871, 5898.
⁸ FF 2010 5871, 5896.

Cette option est d'importance, dès lors que la révélation de l'existence d'un sursis provisoire peut avoir un effet négatif sur le débiteur, en affaiblissant son crédit, en compromettant la poursuite de ses activités et, partant, en annihilant ses perspectives d'assainissement⁹. La nomination obligatoire d'un Commissaire Provisoire en cas de non-publication du sursis concordataire contrebalance cette mesure, permettant d'assurer la protection des intérêts des tiers¹⁰.

2. Renforcement du rôle des créanciers durant le Sursis Définitif

Avant l'expiration du Sursis Provisoire, le Juge du concordat doit d'office déterminer, en fonction des perspectives d'assainissement ou d'homologation du concordat, si un Sursis Définitif d'une durée de quatre à six mois doit être octroyé ou si la faillite doit être prononcée (article 294 LP).

Les nouvelles dispositions relatives au Sursis Définitif permettent aux créanciers d'être impliqués davantage et de manière plus précoce dans le processus d'assainissement.

a. Désignation d'un Commissaire et devoirs de celui-ci

En octroyant le Sursis Définitif, le Juge du concordat désigne un ou plusieurs Commissaire(s) (article 295 LP), étant précisé qu'il peut s'agir du Commissaire Provisoire.

Le Commissaire a pour mission de poursuivre le processus d'assainissement mené durant le Sursis Provisoire ou, si nécessaire, d'élaborer le projet de concordat, et de surveiller l'activité du débiteur. En outre, il doit, sur requête du Juge du concordat, remettre des rapports intermédiaires et informer les créanciers sur l'avancement de la procédure (article 295 al. 2 LP).

Il peut par ailleurs solliciter une prolongation du Sursis Définitif, jusqu'à 12 voire 24 mois dans les cas particulièrement complexes (article 295b LP). Si le sursis concordataire doit dépasser une année, une assemblée des créanciers doit alors être convoquée, durant laquelle les créanciers seront informés de l'avancement de la procédure et des raisons de la prolongation.

Durant cette assemblée, les créanciers peuvent constituer ou révoquer une Commission des Créanciers, admettre ou révoquer des membres en son sein et désigner un nouveau Commissaire (article 295b al. 3 LP). Cette possibilité devrait inciter le(s) Commissaire(s) à procéder rapidement à l'assainissement ou à l'élaboration du concordat¹¹.

L'octroi du Sursis Définitif ainsi que la nomination du Commissaire peut être attaquée par le débiteur et par les créanciers (article 295c LP).

b. Institution d'une Commission des Créanciers et devoirs de celle-ci

Une innovation importante est la possibilité pour le Juge du concordat d'instituer, si les circonstances l'exigent, une Commission des Créanciers (article 295a LP) et de désigner ses membres, les diverses catégories de créanciers (employés, fournisseurs, banques, autres prestataires de services, créanciers d'emprunts, etc.) devant être équitablement représentées (article 295a LP).

Il convient de souligner qu'une Commission des Créanciers ne peut pas être instituée durant le Sursis Provisoire¹².

La Commission des Créanciers a pour tâches de surveiller les activités du Commissaire et de lui faire des recommandations et elle a le pouvoir d'approu-

⁹ FF 2010 5871, 5897.
¹⁰ FF 2010 5871, 5897.

¹¹ FF 2010 5871, 5900.
¹² FF 2010 5871, 5900.

ver, à la place du Juge du concordat, certaines transactions auxquelles le débiteur n'a pas le droit de procéder lui-même durant le sursis concordataire (articles 295a et 298 LP).

c. Publication du Sursis Définitif

Le Sursis Définitif est publié et communiqué à l'Office des Poursuites, au Registre du Commerce et au Registre Foncier (article 296 LP).

3. Renforcement des effets du Sursis Provisoire et du Sursis Définitif

Le nouveau droit a renforcé et élargi les effets du Sursis Provisoire et du Sursis Définitif, améliorant ainsi les perspectives d'un assainissement et offrant un véritable moratorium¹³.

a. Effets sur les droits des créanciers

Les effets du sursis concordataire sur les droits des créanciers peuvent être résumés comme suit:

- Pendant la durée du sursis concordataire, aucune poursuite ne peut être exercée ni continuée contre le débiteur, ce même pour les créances privilégiées (article 297 al. 1 LP); dans le cas particulier où le Sursis Provisoire n'a pas été publié, le débiteur peut faire l'objet de poursuites mais non d'une continuation de poursuite (article 293 al. 2 lit b LP);
- Les délais de prescription ou de péremption cessent de courir et le cours des intérêts est arrêté (article 297 al. 6 et 7 LP). En outre, les créances ne peuvent faire l'objet ni d'un séquestre ni d'autres mesures conservatoires (article 297 al. 3 LP). Enfin, et sauf en cas d'u

gence, les procès civils et les procédures administratives portant sur les créances concordataires sont suspendus (article 297 al. 5 LP);

- La cession d'une créance future conclue avant l'octroi du sursis concordataire ne déploie pas d'effets si la créance cédée prend naissance après l'octroi du sursis concordataire (article 297 al. 4 LP); dans le cas particulier où le Sursis Provisoire n'a pas été publié, cette disposition ne s'applique qu'une fois le sursis provisoire communiqué au cessionnaire (article 293 al. 2 lit c LP);
- S'agissant des obligations dont l'objet n'est pas une somme d'argent, le Commissaire peut décider si elles doivent être exécutées comme telles ou converties en une créance de valeur correspondante, soumise au concordat (article 297 al. 9 LP).

b. Effets sur les contrats de durée

La nouvelle législation apporte une modification importante concernant les contrats de durée, clarifiant une problématique fréquemment rencontrée en pratique.

Avec l'assentiment du commissaire, et pour autant que cela soit nécessaire à la réalisation de l'assainissement, le débiteur peut dorénavant dénoncer en tout temps, pour un terme à sa convenance, un contrat de durée (article 297a LP). Il convient de souligner que cette disposition ne s'applique ni en cas de procédure concordataire tendant à la liquidation de la société ni en cas de procédure de faillite.

Cette modification est un élément central, dès lors que les possibilités d'assainissement étaient auparavant sérieusement compromises du fait que la conti-

¹³ FF 2010 5871, 5901 s.

nuation de contrats de durée pouvait, en raison des coûts qu'elle induisait, constituer un obstacle majeur. En contrepartie, l'approbation obligatoire du Commissaire de la dénonciation des contrats de durées est apte à éviter des abus¹⁴.

Enfin, et même si le créancier peut obtenir une indemnisation, il ne pourra recevoir qu'une fraction de sa créance dès lors que celle-ci sera soumise au concordat¹⁵.

c. Effets sur les droits du débiteur

Comme auparavant, le sursis concordataire a une incidence sur la capacité du débiteur de disposer de ses avoirs. En effet, pendant la durée du sursis concordataire, le débiteur n'a pas le droit, 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 sans l'autorisation du Juge du concordat ou de la Commission des Créanciers (articles 295a al. 3 et 298 LP).

Le nouveau droit prescrit expressément que les actes juridiques qui ont été accomplis durant un sursis concordataire avec l'approbation du Juge du concordat ou de la Commission des Créanciers ne sont pas révocables (article 285 al. 3 LP).

4. Homologation du Concordat

a. Suppression des sûretés en garantie du paiement des créances de troisième classe

Comme auparavant, le Concordat ne peut être homologué que s'il permet le paiement intégral des créanciers privilégiés (article 306 al. 1 ch. 2 LP). Cependant, le nouveau droit assouplit les exigences relatives à l'homologation du Concordat par le Juge du concordat. En effet, sous l'ancien droit, celle-

ci était soumise à la condition que l'exécution du concordat soit garantie, ce qui impliquait que des sûretés devaient être fournies en garantie du paiement des créances de troisième classe.

La suppression de cette exigence a pour but de permettre d'augmenter les perspectives d'assainissement, par l'allocation plus rapide de ressources à cet effet¹⁶ (article 306 al. 1 ch. 2 LP). Par conséquent, une distribution à un titulaire d'une créance non garantie par gage ou non privilégiée n'a plus à être garantie.

b. Contribution des titulaires de parts

Conformément au nouveau droit, l'homologation d'un Concordat ordinaire requiert que les titulaires de parts (sociétaires ou actionnaires du débiteur) s'acquittent d'une contribution équitable à l'assainissement du débiteur (article 306 al. 1 ch. 3 LP). Dès lors que ce type de concordat présuppose un abandon partiel de sa créance par le créancier, cet amendement a pour but de corriger le déséquilibre qui existait et d'assurer que l'assainissement soit financé de manière conjointe par les créanciers et les détenteurs d'une société¹⁷.

Dans l'hypothèse où les droits des créanciers seraient mieux protégés par le Concordat ordinaire sans la contribution des titulaires de parts qu'ils ne le seraient en cas de faillite, il est toutefois possible de renoncer à cette contribution¹⁸.

c. Suppression du privilège TVA

Afin d'être homologué, le Concordat doit permettre le paiement intégral des créanciers privilégiés reconnus (article 306 al. 1 ch. 2 LP), parmi lesquels comptaient sous l'ancien droit les créances TVA. Ces créances, qui pouvaient atteindre des montants substantiels,

¹⁴ FF 2010 5871, 5903.

¹⁵ FF 2010 5871, 5903.

¹⁶ FF 2010 5871, 5904.

¹⁷ FF 2010 5871, 5905.

¹⁸ FF 2010 5871, 5905.

ne sont dorénavant plus privilégiées (article 219 al. 4, deuxième classe, lit e LP). La suppression de ce privilège a pour but d'améliorer les perspectives d'assainissement¹⁹.

d. Transferts d'avoirs en faveur d'une nouvelle société

Conformément aux articles 314 al. 1bis et 318 al. 1bis LP, le dividende concordataire peut dorénavant se composer, en tout ou partie, de droits de participation ou de droits sociaux que le créancier peut exercer à l'égard de la société débitrice ou d'une société reprenante.

Ces dispositions consacrent la pratique communément répandue consistant à transférer les avoirs de la société débitrice à une société de sauvetage nouvellement créée et à désintéresser les créanciers au moyen de participations dans celle-ci²⁰.

e. Prononcé d'office de la faillite

Le nouveau droit prévoit le prononcé d'office de la faillite par le Juge du concordat lorsque le Concordat n'est pas homologué (article 309 LP). Auparavant, la faillite était prononcée sur requête d'un créancier.

B. Modifications au niveau du droit du travail et plan social

Conformément aux dispositions du Code des obligations (CO), si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose (article 333 CO).

En pratique, l'obligation de reprendre les employés peut se révéler dans une certaine mesure contre-productive²¹. Non seulement, l'application de cette règle peut compromettre les perspectives d'assainissement d'une entreprise lorsque celle-ci est vendue dans ce cadre ou celui d'une liquidation ou d'une faillite, mais en plus, la protection offerte n'est pas efficace. En effet, d'une part, rien n'empêche le repreneur de résilier les contrats de travail par la voie ordinaire après l'acquisition de l'entreprise; d'autre part, l'obligation pour le repreneur potentiel d'assumer des coûts salariaux pouvant se révéler importants peut amener celui-ci à renoncer à son achat, et, partant, provoquer l'échec de l'assainissement²².

Ainsi, et afin de favoriser l'assainissement efficient des entreprises, le CO a été amendé et prévoit dorénavant que lorsque l'entreprise ou une partie de celle-ci est transférée à un tiers durant un sursis concordataire, dans le cadre d'une faillite ou dans celui d'un concordat par abandon d'actifs, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent pour autant que ce transfert ait été convenu avec l'acquéreur et que le travailleur ne s'y oppose pas (article 333b CO).

En contrepartie, lorsque certaines conditions sont remplies, la négociation obligatoire d'un plan social en cas de licenciements collectifs a été introduite (articles 355h et seq CO), étant toutefois précisé que ces dispositions ne trouvent pas application dans l'hypothèse d'une liquidation de l'entreprise dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat (article 355k CO)²³.

¹⁹ FF 2010 5871, 5891.

²⁰ FF 2010 5871, 5906.

²¹ FF 2010 5871, 5910.

²² FF 2010 5871, 5909.

²³ FF 2010 5871, 5915.

C. Modifications au niveau des actions révocatoires et des groupes de sociétés

Le droit suisse ne connaissant pas de procédure d'insolvabilité spécifique pour les groupes de sociétés, le groupe d'experts a examiné, puis écarté, la possibilité de modifier la législation dans ce sens²⁴.

Ce nonobstant, un renversement du fardeau de la preuve a été introduit pour certains types d'actions révocatoires afin d'éviter des transferts d'actifs de la part d'une société en difficulté en faveur d'autres sociétés du groupe (articles 286 al. 3 et 288 al. 3 LP).

Conformément à ces dispositions amendées, le fardeau de la preuve pèse dorénavant sur le défendeur lorsque le bénéficiaire de la transaction potentiellement révocable est proche du débiteur. Ainsi, toute personne physique ou morale proche du débiteur (y compris les sociétés constituant un groupe) ayant bénéficié d'un acte de sa part durant la période suspecte devra démontrer qu'il n'y a pas disproportion entre la prestation et la contre-prestation, respectivement qu'elle ne pouvait pas reconnaître l'intention du débiteur de porter préjudice.

Si la personne proche n'est pas en mesure d'apporter la preuve requise, la transaction sera révoquée et les avoirs concernés devront être restitués²⁵.

Conclusion

Quand bien même le système n'a pas subi de transformations radicales, le nouveau droit apporte certaines améliorations significatives et est davantage orienté vers l'assainissement.

Tout d'abord, tant la procédure concordataire que son commencement sont améliorés, dès lors que les exigences pour l'octroi du sursis ont été simplifiées. En outre, le sursis et ses effets ont été renforcés et élargis, créant ainsi un véritable moratorium, lequel, combiné avec la possibilité de ne pas révéler l'existence du Sursis Provisoire, permettra d'explorer et de mettre en œuvre de manière beaucoup plus rapide et précoce des mesures efficaces d'assainissement.

Ensuite, la possibilité de résilier les contrats de durée ainsi que l'abolition du privilège de la TVA permettent de disposer de davantage d'avoirs en vue de l'assainissement, celui-ci pouvant être plus rapide et plus efficace.

Enfin, la nomination possible d'une Commission des Créanciers durant le Sursis Définitif renforce l'implication des créanciers dans le processus, sachant toutefois que toute une série de transactions doit être accomplie avec l'approbation du Juge du concordat ou de la Commission des Créanciers, sous peine de nullité.

Cela étant, et afin d'assurer la pérennité des mesures prises et des transactions y relatives, les créanciers, le débiteur et les Commissaires doivent être adéquatement assistés et conseillés.

Associées à une stratégie de prévention et de résolution des différends efficace, les modifications apportées par le nouveau droit pourront faciliter et encourager l'assainissement d'entreprises en difficulté et aider le débiteur et ses créanciers à transformer une situation de crise en des opportunités constructives.

²⁴ FF 2010 5871, 5877.

²⁵ FF 2010 5871, 5893.