

Sursis COVID-19 - Mode d'emploi

A la suite de la mise en place des Crédits COVID-19, le Conseil fédéral a pris de nouvelles mesures urgentes pour empêcher une vague de faillites induites par la soudaine contraction de l'économie du fait de la pandémie et des mesures sanitaires ordonnées pour la contenir. Ces mesures qui sont entrées en vigueur le 20 avril 2020 permettent aux entreprises gravement déficitaires depuis le 31 décembre 2019 de différer dès à présent et jusqu'au 20 octobre 2020 le dépôt de leur bilan sans engager la responsabilité de leurs organes et/ou d'obtenir un sursis à leur faillite de manière grandement facilitée (« **Sursis COVID-19** »).

Il s'agit donc de mesures salutaires qui permettent de surmonter plus facilement les problématiques liées au surendettement auxquelles nous vous rendions attentifs lors de l'utilisation des Crédits COVID-19 (cf. communication du Bureau des Métiers du 7 avril 2020). Dans le prolongement de cette communication, le Bureau des Métiers souhaite ici vous apporter quelques éclairages pratiques dans l'hypothèse où vous auriez malheureusement besoin de mettre en œuvre ces nouvelles mesures.

I. Sursis extrajudiciaire au dépôt du bilan

a. Portée de la mesure

En situation ordinaire, le conseil d'administration doit obligatoirement aviser le juge compétent dès qu'il apparaît que les dettes d'une société anonyme ne sont plus couvertes par ses fonds propres (art. 725 al. 2 CO). Sur la base de cet avis, le juge prononce la faillite à moins que l'avis soit accompagné d'une requête d'ajournement ou de sursis concordataire démontrant qu'un assainissement paraît possible (art. 725a al. 1 CO).

Avec l'entrée en vigueur des nouvelles mesures urgentes, cet avis peut être différé jusqu'au 20 octobre 2020 sans que les membres du conseil d'administration ne puissent être tenus pour responsable du découvert de faillite dans le cas où celle-ci surviendrait par la suite en raison des dettes accumulées depuis le 1^{er} janvier 2020. Pour rappel, l'utilisation des Crédits COVID-19 doivent être pris en considération pour le calcul du surendettement dès qu'elle dépasse CHF 500'000.--.

La possibilité de sursoir au dépôt de bilan est offerte au conseil d'administration de toutes les entités qui sont tenues d'aviser le juge en cas de surendettement, à savoir les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives et les fondations. Les entrepreneurs exerçant sous la forme d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes (SnC et sociétés en commandites) ne sont pas concernés par cette mesure. Ceux-ci peuvent par contre au besoin recourir au Sursis COVID-19 (cf. § II ci-dessous).

b. Conditions à remplir

Pour pouvoir valablement sursoir au dépôt du bilan, les conditions suivantes doivent être remplies :

(i) La société ne doit pas être surendettée au 31 décembre 2019. La situation ressortant du bilan à cette date est déterminante. Attention, les créances postposées qui d'ordinaire permettent d'éviter l'avis au juge doivent être prises en considération dans le calcul des dettes pour établir si une société est surendettée au 31 décembre 2019. Dans le cas où la société est surendettée, il faut songer à recourir au Sursis COVID-19 ou, le cas échéant, à convertir les créances postposées en capital ou à obtenir des apports à fonds perdus plutôt que de sursoir au dépôt du bilan.

(ii) Il doit exister une perspective d'assainissement au 31 décembre 2020. En l'état, le sursis au dépôt du bilan doit être justifié par une possible sortie du surendettement d'ici la fin de cette année grâce à une reprise suffisante des activités de la société ou à des mesures de restructuration, voire de recapitalisation. Dans le cas où un assainissement ne paraît pas possible d'ici le 31 décembre 2020 sans le concours des créanciers, la voie du Sursis COVID-19 doit être privilégiée.

c. Mise en œuvre pratique

Le conseil d'administration doit être en mesure de justifier et de documenter par écrit sa décision de sursoir au dépôt de bilan. Il s'agit concrètement d'établir au moins les documents suivants :

- Un procès-verbal signé d'une séance du conseil d'administration régulièrement convoquée d'où il ressort que la majorité de ses membres décide de différer l'avis obligatoire au juge selon l'article 725 alinéa 2 CO (respectivement, selon les articles 820 CO pour les Sàrl et 903 CO pour les sociétés coopératives).

- Un bilan au 31 décembre 2019 signé par les membres du conseil d'administration d'où il ressort que la société n'est pas surendettée, en excluant du calcul les dettes postposées à cette date si elles existent. L'établissement d'un tel bilan est nécessaire même pour les sociétés qui ne clôturent pas leur exercice en même temps que l'année civile. Le bilan ne doit pas être obligatoirement audité lorsque la société n'a pas d'organe de révision, mais il doit être établi conformément aux principes de prudence et de sincérité prévus par le code des obligations.

- Un bilan intermédiaire entre le 20 avril et le 20 octobre 2020 signé par les membres du conseil d'administration d'où il ressort que la société est surendettée aux valeurs d'exploitation et aux valeurs de liquidation. Contrairement à ce qui prévaut d'ordinaire, ce bilan intermédiaire n'a pas besoin d'être vérifié par un réviseur agréé.

- Un plan de liquidités jusqu'au 31 décembre 2020 d'où il ressort qu'à cette date au plus tard l'excédent de recettes par rapport aux charges permettra vraisemblablement de couvrir le surendettement constaté dans le bilan intermédiaire. Ce plan doit être plausible en fonction des éléments prévisibles au moment de son établissement. Compte tenu des circonstances très incertaines que nous traversons, il est recommandé de vérifier mensuellement l'évolution de la

situation et de corriger le plan au besoin. S'il ressort après quelques temps qu'une sortie du surendettement ne sera pas possible au 31 décembre 2020, il faut aviser le juge sans attendre le 20 octobre 2020 ou requérir un Sursis COVID-19.

Si le bilan intermédiaire ou le plan de liquidités ne peut pas être établi de manière plausible, il faut là aussi privilégier le recours au Sursis COVID-19.

II. Sursis judiciaire COVID-19

a. Portée de la mesure

De manière générale, le sursis à la faillite permet à une société surendettée d'obtenir temporairement une protection judiciaire contre ses créanciers dans le sens que ceux-ci ne peuvent plus demander l'exécution forcée de leurs créances. D'ordinaire, une requête de sursis doit être justifiée par des comptes audités établis à la valeur de liquidation et d'exploitation, un plan d'assainissement et surtout par des garanties financières suffisantes pour éviter que la situation des créanciers ne soit péjorée durant la période de protection accordée à la société surendettée.

Les Sursis COVID-19 ont pour objet d'accorder une protection judiciaire partielle et immédiate contre la plupart des créanciers sans fourniture du plan d'assainissement, ni des garanties financières exigées d'ordinaire. Concrètement, un sursis COVID-19 empêchera pour une durée de trois mois, renouvelable une seule fois, toute poursuite pour l'ensemble des créances nées avant son octroi sauf s'il s'agit des prétentions de travailleurs ou d'institutions de prévoyance (créanciers de 1^{ère} classe), ou de créances garanties par gage, celles-ci pouvant être poursuivies, mais sans réalisation forcée. L'idée fondamentale est de permettre aux PME, quelle que soit leur forme juridique (y compris en raison individuelle), qui étaient rentables avant la crise, d'échapper à la faillite s'il apparaît qu'elles peuvent le redevenir. Corolaire non négligeable des Sursis COVID-19, les créanciers doivent en être informés de manière transparente. A ce titre, l'octroi d'un Sursis COVID-19 fera en principe l'objet d'une publication au registre du commerce.

En requérant un Sursis COVID-19 pour une société surendettée, le conseil d'administration épuisera ses obligations d'avis au juge. Sauf cas très particuliers, ses membres ou autres dirigeants pourront poursuivre l'activité de l'entreprise sans nomination d'un commissaire. Ils conserveront leur droit de disposer des biens de l'entreprise à l'exception des actifs immobilisés. Afin de garantir l'égalité de traitement entre les créanciers visés par un Sursis COVID-19, l'entreprise aura l'interdiction de les payer durant toute sa durée. Elle pourra par contre payer les dettes nées postérieurement au sursis à condition de ne pas nuire aux intérêts légitimes des créanciers antérieurs. L'octroi d'un Sursis COVID-19 ne suspendra par contre pas les procès civils, ni le cours des intérêts. Il ne permettra pas non plus de mettre fin aux contrats de durée. Toutefois, les contrats prévoyant la cession de créances futures ne produiront plus d'effet pendant la durée du sursis pour celles qui sont nées postérieurement. L'entreprise pourra donc utiliser le produit de ces créances pour s'assainir même dans le cas où leur cession est intervenue par avance à des fins de garanties ou autres.

b. Conditions à remplir

Pour obtenir un Sursis COVID-19, l'entreprise devra simplement rendre vraisemblable que son surendettement est survenu après le 31 décembre 2019. Il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité entre la pandémie et la survenance du surendettement, ce lien étant présumé de manière absolue. Contrairement à ce qui prévaut pour le sursis au dépôt du bilan (cf. supra § I. b. (i)), l'entreprise pourra obtenir un Sursis COVID-19 même si au 31 décembre 2019 elle bénéficiait de créances postposées.

En règle générale, l'octroi d'un Sursis COVID-19 ne sera pas non plus conditionné à une avance de frais et les émoluments de décision ne devraient pas excéder les CHF 2'500.--.

c. Sorties du sursis

Contrairement à ce qui prévaut pour le sursis ordinaire, le Sursis COVID-19 prend automatiquement fin à son échéance, en mettant un terme à la période de protection contre les créances nées antérieurement à son octroi. Pour éviter la faillite au terme du Sursis COVID-19, l'entreprise ne doit donc pas formellement démontrer en justice qu'elle a pu assainir sa situation ou qu'elle est en mesure de faire homologuer un concordat. Toutefois, l'obligation d'aviser le juge en cas de surendettement renaît dès la fin du sursis si bien que la période de protection doit être mise à profit pour assainir la situation. On rappellera ici que des délais de paiement consentis volontairement par certains créanciers au-delà de la période de sursis judiciaire ne suffisent pas pour régulariser un surendettement et que seules des postpositions de créances permettent d'éviter le dépôt d'un bilan dont les fonds propres ne couvrent plus les dettes.

Pendant la durée du Sursis COVID-19 ou lorsque celui-ci a pris fin, l'entreprise peut formuler une requête de sursis provisoire ordinaire. Dans ce cas, la durée maximale du sursis provisoire sera diminuée de la moitié de la durée déjà écoulée du Sursis COVID-19.

A noter que le juge ayant octroyé un Sursis COVID-19 peut décider de le révoquer en tout temps s'il s'avère que l'entreprise a fourni de fausses informations. Il peut également ouvrir la faillite d'office si l'entreprise paye des créances nées avant l'octroi du Sursis COVID-19 ou sur demande s'il s'avère que la faillite est inéluctable au terme du sursis.

d. Mise en œuvre pratique

Pour obtenir un Sursis COVID-19, le requérant doit parvenir à convaincre le juge compétent que le surendettement est intervenu seulement après le 31 décembre 2019. Pour ce faire, il faut former une requête écrite devant le/la président(e) du tribunal de district dans le ressort duquel la société a son siège statutaire et y joindre des pièces justificatives. Le bilan et les comptes de résultats au 31 décembre 2019 suffiront pour établir l'absence de surendettement à cette date, même s'ils ne sont pas audités ou seulement provisoires. Idéalement, il faudrait pouvoir dresser un bilan intermédiaire pour établir l'existence du surendettement et son ampleur après le 31 décembre 2019. La production du grand livre, des extraits de comptes bancaires, des factures en souffrance, voire des actes de poursuites en cours, suffiront s'ils sont mis en relation avec l'insuffisance de fonds propres. Les instances judiciaires pourront en effet se montrer souples sur

la qualité des preuves, mais il appartiendra au requérant de rendre vraisemblable qu'un surendettement existe et pas seulement un manque de trésorerie.

Une fois le Sursis COVID-19 obtenu, il faudra faire preuve de diligence pour éviter de nuire aux intérêts légitimes des créanciers. Il le faudra d'autant plus que le juge n'examinera en principe pas lors de l'octroi du sursis si l'entreprise est capable d'assumer les dépenses liées à l'exploitation courante durant sa durée et, que sauf exception, il ne nommera pas de commissaire au sursis. La règle d'or en la matière est que les créanciers existants au moment de l'octroi du sursis ne se retrouvent pas dans une situation plus mauvaise lorsqu'il prend fin.

Dans ces conditions, on ne peut que recommander de tenir une comptabilité précise des recettes et des dépenses après l'octroi du Sursis COVID-19 de telle manière à pouvoir documenter au besoin qu'à minima la situation de l'entreprise ne s'est pas péjorée depuis lors. Dans le cas contraire, il ne faut pas tarder à en avertir le juge qui a octroyé le Sursis COVID-19 à moins d'obtenir des abandons de créances ou des fonds propres supplémentaires.

Sion, le 8 mai 2020



Gabriel Décaillet
Directeur



Eric Moix
Sous-directeur

Les informations et recommandations sont données ici à titre purement informatif. Elles ne sauraient en aucun cas être considérées comme un conseil que ce soit de nature juridique, économique ou fiscal. Elles ne sauraient se substituer à un conseil professionnel et personnalisé dans ces domaines avant toute prise de décision. Le Bureau des Métiers ne pourra donc en aucun cas être tenu responsable dans le cas où les informations ou les recommandations s'avéreraient inexactes ou incomplètes. Dans le contexte de crise actuelle, la situation juridique peut en outre changer rapidement et le Bureau des Métiers fera son possible pour mettre à jour les informations. Il appartient toutefois à chacun de vérifier si les informations ainsi que les recommandations sont encore d'actualité.