Jacquemoud
Stanislas
Attorneys at Law

BULLETIN JUIN 2021

Sursis concordataire : procédure et aspects pratiques

I. INTRODUCTION : LE SURSIS CONCORDATAIRE

La pandémie mondiale du COVID-19, qui sévit depuis maintenant plus d'une année, met à mal l'économie mondiale et l'avenir des entreprises suisses. Ces entreprises ont pu profiter d'un petit temps de répit grâce à l'Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus. Celle-ci autorisait le conseil d'administration d'une entreprise surendettée à renoncer à aviser le juge dans l'hypothèse où la société n'était pas surendettée au 31 décembre 2019 et qu'il existait une perspective de mettre fin au surendettement avant le 31 décembre 2020. Cette ordonnance a été abrogée le 20 octobre 2020. Par conséquent, le conseil d'administration de toute société en difficulté financière doit aujourd'hui faire face à ses obligations et envisager la mise en place de mesures d'assainissement afin de protéger sa société contre un surendettement, voire une faillite.

Parmi les mesures d'assainissement possibles, il existe le sursis concordataire (article 293 ss de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite), un outil fort utile toutefois encore méconnu, surtout en Suisse romande. Il s'agit principalement pour la société de trouver, voire imposer, à ses créanciers un accord afin de ne leur payer qu'une partie de leurs dettes et qu'ils acceptent de renoncer au surplus ou alors de liquider la société en préservant au maximum la valeur des actifs. L'homologation d'un concordat (signifiant la signature de cet accord avec le nombre de créanciers requis) permet ainsi soit d'effacer de manière définitive les dettes de la société et donc d'assainir de manière durable son passif soit de permettre une liquidation ordonnée de la société.

La procédure concordataire présente des avantages non négligeables. Non seulement le concordat, une fois homologué, devient obligatoire pour tous les créanciers, même pour les créanciers qui n'y auraient pas adhéré, mais aussi, durant la mise en place de ce concordat existe une phase appelée sursis (provisoire ou définitif). Durant ce sursis, la société profite d'une protection qui empêche à de nouveaux créanciers d'intenter de nouveaux actes de poursuite à son encontre, tout en pouvant poursuivre son activité commerciale. De plus, la société peut bénéficier d'un crédit privilégié par rapport aux autres créances, ce qui augmente les probabilités d'un assainissement réussi. Il s'agit donc d'un outil juridique non négligeable, qui permet de profiter de cette période de répit pour mettre également en place d'autres mesures d'assainissement au besoin.

Lorsque le débiteur souhaite utiliser cet outil pour effectivement arriver à l'homologation d'un concordat, il peut choisir entre plusieurs variantes : (i) le concordat ordinaire, (ii) le concordat-sursis ou (iii) le concordat par abandon d'actifs.

(i) Le concordat ordinaire permet la survie de la société : le débiteur paie un dividende sur chaque créance, assainit son passif et continue son activité. A noter qu'il est également possible de prévoir des échéances de paiement, ce qui permet au débiteur d'offrir un dividende plus intéressant à ses créanciers.

(ii) Le concordat-sursis n'est pas prévu dans la loi. Il s'agit simplement d'un accord avec les créanciers prévoyant le paiement intégral des créances mais avec des délais de paiement prolongés. Etant donné que les sociétés en difficulté financière ont tendance à trop attendre pour mettre en place une mesure judiciaire, ce type de concordat est très peu utilisé dans la pratique, faute de possibilités de rembourser l'intégralité des dettes.

(iii) Finalement, le concordat par abandon d'actifs s'effectue par la liquidation de la société. Dans ce cas, des liquidateurs sont nommés, les actifs de la société sont réalisés et les créanciers se partagent les deniers issus de la vente des actifs. Il est également possible qu'une nouvelle société reprenne tout ou partie des activités de la sursitaire liquidée.

Dans tous cas, les créanciers se verront verser une somme d'argent comme paiement du dividende concordataire, produit de liquidation, ou des droits de participation ou droits sociaux d'une éventuelle société reprenante. Il est également possible dans certains cas de se voir octroyé directement des actifs ou des parts sociales du débiteur (*debt equity swap* qui doit être accepté par les actionnaires). La doctrine admet également l'utilisation de bons de jouissance dans le cadre d'un concordat ordinaire. En d'autres termes, le débiteur s'engage à payer postérieurement un dividende supérieur à ce qui est prévu dans le concordat lorsque certaines conditions suspensives se produisent, par exemple s'il atteint, une fois assaini, un certain bénéfice annuel. La procédure concordataire comporte donc l'avantage de pouvoir offrir aux créanciers des arrangements divers et adaptés à la situation en cause.

Ce bulletin s'adresse principalement à ceux qui envisagent d'initier une procédure de sursis concordataire. Il a pour ambition de présenter un récapitulatif de la procédure concordataire en Suisse et de mettre en avant les aspects pratiques à prendre en considération. Les informations qu'il contient ne sont toutefois pas exhaustives.

II. PROCÉDURE

A. Requête

1. Requérant

Le concordat judiciaire est introduit par une **requête** devant le tribunal compétent. Les exigences en lien avec cette requête dépendent du statut de la personne requérante :

— le débiteur n'est pas tenu de prouver une raison particulière d'insolvabilité ou de surendettement. En effet, le droit suisse permet au requérant de demander le plus tôt possible le sursis pour pouvoir augmenter les chances de restructuration de la société en péril. Dans cette optique, le débiteur doit seulement rendre vraisemblable qu'il est au moins menacé de surendettement ou d'insolvabilité ou qu'il a besoin de la protection du sursis concordataire pour une autre raison valable ;

— un créancier habilité à demander la faillite. En d'autres termes, un créancier qui aurait d'ores et déjà initié une procédure de poursuites à l'encontre de son débiteur (commandement de payer, continuation de la poursuite, etc…) peut, au moment où il pourrait juridiquement demander la faillite de son débiteur, requérir à la place un sursis. Cette requête présuppose donc un motif d'insolvabilité. Toutefois, le créancier n'a pas besoin de déposer une requête motivée, dès lors qu'il ne disposera certainement pas de toutes les informations nécessaires et documents propres à prouver le motif d'insolvabilité. Il convient également de préciser que, dans le cadre du dépôt d'une requête par un créancier, le tribunal peut demander au débiteur de lui fournir certaines informations et que le débiteur a l'obligation de collaborer. Nous conseillons également de déposer simultanément une réquisition des mesures propres à préserver les actifs du débiteur afin que ce dernier ne détériore pas sa situation financière, comme par exemple la nomination d'un commissaire ou la restriction de disposer des actifs. Les requêtes déposées par un créancier sont relativement rares en pratique ; et

— dans le cadre d'une procédure de faillite en cours, le juge peut, d'office ou sur requête d'une des parties, suspendre la faillite et transférer le dossier au tribunal compétent dans l'optique de l'octroi d'un

sursis, dans l'hypothèse où un concordat paraît possible.

S'agissant d'une requête déposée par un débiteur, nous précisons que les tribunaux suisses peuvent refuser une telle requête si celle-ci semble abusive. En effet, il arrive que certains débiteurs, dans le cadre d'une procédure en faillite, déposent au dernier moment (et en désespoir de cause) une demande de sursis concordataire, sans toutefois réussir à rendre vraisemblable qu'un concordat ou qu'un assainissement ne paraît pas impossible. Dans ce cas, le tribunal refuse la requête au motif que le débiteur ne remplit pas les exigences requises, mais aussi que cette demande est faite uniquement dans le but de se soustraire à la procédure de faillite et que partant, celle-ci est abusive.

2. Pièces

D'une manière générale, le requérant, à tout le moins quand il s'agit du débiteur, doit joindre à sa demande tous les documents permettant au juge de se faire une idée sur la situation économique et financière du débiteur et sur les perspectives d'assainissement de ce dernier. Nous conseillons d'y inclure les documents suivants :

— extrait à jour du registre du commerce et registre des poursuites ;

— registre des actionnaires ;

— liste des débiteurs et créanciers de la société ;

— liste des employés avec leurs rémunérations et salaires ;

— bilan de la société le plus récent aux valeurs d'exploitation et de liquidation ;

— compte de résultat le plus récent ;

— plan de trésorerie ou tout autres documents présentant l'état actuel et futur du patrimoine de la société ;

— comptabilité des trois derniers exercices ;

— plan d'assainissement provisoire, dans lequel sont mentionnées les mesures envisagées par la société ;

— extrait du registre foncier des avoirs immobiliers de la société ;

— contrats conclus par la société ayant une importance économique, tels que contrats de bail, de sous-location, de prêt, de gage, de leasing ; et

— en cas d'avoirs à l'étranger, tous documents y afférents.

Au stade du dépôt de la requête, il n'est pas nécessaire de déposer un plan concret comportant des mesures d'assainissement ou projet de concordat. A ce stade, le débiteur doit seulement démontrer que la signature du concordat ne paraît pas impossible. En ce sens, le plan d'assainissement provisoire peut être seulement une ébauche des mesures envisagées. Il peut être provisoire, ce qui signifie que le débiteur n'a pas besoin à ce stade d'indiquer quel type de concordat il envisage.

3. Commissaire

Le requérant peut d'ores et déjà proposer la nomination d'un commissaire. Compte tenu du rôle majeur du commissaire dans le cadre d'un sursis et des relations étroites que le débiteur va entretenir avec lui, il est recommandé au débiteur de proposer le commissaire de son choix. Ce dernier doit avoir les connaissances et ressources nécessaires pour mener à bien son rôle. En pratique, il s'agit en général, d'avocats, de notaires ou d'administrateurs spécialisés. A noter que le tribunal choisit librement le commissaire et n'est pas lié par la proposition du débiteur. Toutefois, les tribunaux ont tendance à prendre en compte les souhaits du débiteur quant au choix du commissaire. En pratique, nous recommandons systématiquement de proposer la nomination d'un commissaire afin de faciliter les discussions avec les créanciers.

4. Confidentialité

Il est également possible de demander que le sursis provisoire ne soit pas publié, à condition qu'un commissaire soit nommé[1]. L'anonymisation d'un sursis provisoire offre des avantages non négligeables. En effet, la publication d'un

[1] Selon une étude, 66 sursis concordataire ont été octroyés en 2019. 45 d'entre eux n'ont pas été publiés. Nous ignorons toutefois le nombre total de requêtes dans lesquelles l'anonymisation était demandée (cf. Alvarez & Marshal, Pivot to Recovery, Swiss Debt Restructurgin Moratorium). Selon une autre étude menée par KPMG en 2014 et 2015, environ 84% des entreprises ayant demandés que le sursis provisoire ne soit pas publié ont obtenu gain de cause.

sursis a tendance à inquiéter les cocontractants du débiteur, qui vont alors exiger uniquement des paiements en avance.

Dans le cas d'un sursis provisoire qui ne serait pas publié, un créancier peut sans autre initier ou continuer une procédure de poursuites à l'encontre du débiteur. De son côté, tout se passe de la même manière de sorte qu'il ne se rend pas compte de l'existence du sursis. Nous recommandons dans cette hypothèse d'écrire à l'Office des poursuites leur rappelant que le sursis provisoire n'a pas été publié et qu'il lui est interdit de divulguer son existence à d'éventuels créanciers. Nous soulignons, contrairement au ouï-dire, que (i) l'anonymat est quasi-systématiquement octroyé par les tribunaux, ceci à juste titre, et (ii) les créanciers ne sont pas mis au courant par les autorités. La confidentialité est ainsi préservée contrairement à ce que pensent certains.

5. Aspetcts Procéduraux

Le juge décide, dans un premier temps, s'il accorde un sursis provisoire à l'entreprise concernée. Ce dernier n'est pas obligé de tenir une audience mais peut statuer par écrit sur la base de la requête et des pièces produites. Le juge n'a pas à investiguer d'office sur les mesures possibles d'assainissement, c'est pourquoi il est important, dans le cadre d'une requête déposée par le débiteur, de fournir le plus d'informations possible. Par ailleurs, il n'est pas obligé d'entendre les créanciers. En pratique, le sursis provisoire est fréquemment octroyé, sans que le débiteur n'ait à prouver que des mesures propres à préserver le patrimoine de la société soient envisageables.

Il convient toutefois de préciser qu'entre le dépôt de la requête et l'octroi du sursis provisoire, le débiteur ne profite pas encore des effets du sursis. Cet élément est à prendre en considération lors du dépôt de la requête.

Nous rappelons que le conseil d'administration d'une société anonyme a l'obligation d'aviser le juge compétent lorsque ladite société se trouve en situation de surendettement. Bien que nous soyons d'avis que la requête de sursis concordataire permet au conseil d'administration de respecter ses obligations légales, la loi n'indique pas clairement qu'une requête en sursis concordataire suffit au regard des obligations du conseil d'administration. Dès lors, nous conseillons, dans le cadre d'une société surendettée, de déposer un avis de surendettement au juge en même temps que le dépôt de la requête en sursis, afin de s'assurer qu'il ne sera pas possible à l'avenir de déposer une action en dommage et intérêts contre les administrateurs leur reprochant de ne pas avoir rempli leurs exigences légales. Il convient de noter que le nouveau droit n'a pas clarifié cette question car il prévoit que la requête en sursis concordataire suffit dans un cas d'insolvabilité mais que dans un cas de surendettement le tribunal doit être avisé, ce qui laisse penser que le bilan doit être déposé en plus de la requête en sursis concordataire.

La requête doit être déposée au tribunal du siège de la société. Nous précisons également que la procédure de sursis concordataire ne s'applique que pour une société ayant son siège en Suisse. En effet, même dans le cas d'une société étrangère ayant des actifs en Suisse, celle-ci ne peut se voir octroyer un sursis en Suisse.

Il convient encore de mentionner que la requête de sursis concordataire n'a d'effet que pour la société requérante. En d'autres termes, en cas de groupe de sociétés, il est nécessaire de s'interroger sur les sociétés en difficultés financières et déposer séparément une requête en sursis concordataire pour chacune des sociétés. Dans le cas d'un groupe, dont les problèmes financiers proviendraient d'un endettement trop élevé, le sursis sera en règle générale demandé uniquement en lien avec la société débitrice des emprunts.

B. Sursis provisoire

La procédure de sursis a été divisée en deux étapes : le **sursis provisoire** et le sursis définitif. Le sursis provisoire sert de phase préliminaire, au cours de laquelle la société peut d'ores et déjà profiter des mesures de protection du sursis afin d'analyser plus précisément ses possibilités d'assainissement et déterminer avec précision les mesures d'assainissement à proposer au juge.

Le sursis provisoire est accordé pour une durée initiale d'un à quatre mois. Plus la requête de sursis est motivée et laisse paraître que la situation des créanciers ne serait pas détériorée par cette mesure, plus le juge accordera un long sursis provisoire. Depuis le 1er octobre 2020, le sursis provisoire peut être prolongé pour une durée maximale et totale de huit mois sur demande du débiteur.

Le sursis provisoire déploie les mêmes effets que le sursis définitif, qui seront détaillés ci-dessous (cf. *infra* C), à l'exception du fait que la nomination d'un commissaire n'est pas obligatoire. En revanche, dans l'hypothèse où le sursis n'est pas publié (cf. *supra* A), la nomination d'un commissaire est obligatoire.

Dans l'hypothèse où un commissaire a été nommé, celui-ci doit rendre au juge, à l'issue du sursis provisoire, un rapport préliminaire dans lequel il rapporte les activités effectuées jusqu'alors et analyse les chances de succès d'un concordat.

Avant que le délai octroyé par le juge pour le sursis provisoire ne soit échu, une **audience préliminaire** est convoquée. Le débiteur, le commissaire (si nommé) et, le cas échéant, le créancier ayant requis le sursis concordataire sont cités à comparaître. Les – autres – créanciers n'ont pas la qualité de partie.

Autant le sursis provisoire est très facilement accordé, autant, pour le sursis définitif, le débiteur doit démontrer, preuves à l'appui, que des perspectives d'assainissement sont tangibles ou que l'homologation d'un concordat est possible. Il s'agit d'une étape charnière dans la procédure concordataire, puisqu'il convient de déterminer si des perspectives concrètes d'assainissement existent. La société doit également avoir choisi quel type de concordat elle désire adopter. Au cours de cette audience, le débiteur ainsi que le commissaire seront interrogés sur les options d'assainissement envisagées, les chances de succès d'un concordat et les possibles difficultés propres à l'entreprise ou aux types de créanciers. Dans l'hypothèse où un concordat paraît envisageable, le juge octroie au débiteur un sursis définitif. Dans le cas contraire, le juge prononce d'office la faillite.

C. Sursis définitif

1. Durée

Le **sursis définitif** est d'abord octroyé pour une durée de quatre à six mois. Toutefois, le sursis peut être prolongé jusqu'à vingt-quatre mois au total, par une demande adressée au juge avant l'expiration du premier délai accordé.

2. Effets

Les principaux effets juridiques de l'octroi d'un sursis définitif sont énoncés ci-dessous :

— la possibilité de poursuivre l'activité de la société sous la surveillance du commissaire et ce, même si un concordat par abandon d'actifs sera adopté ;

— suspension des procédures civiles et administratives pendantes ;

— aucun acte de poursuite à l'encontre de la société en sursis ne peut être intenté. Les créanciers peuvent toutefois requérir une poursuite (afin notamment de respecter un éventuel délai de prescription ou péremption) et celle-ci est immédiatement suspendue ;

— dans le cadre d'une créance garantie par un gage toutefois, le créancier peut initier ou continuer une poursuite. Toutefois, les gages ne peuvent être réalisés. La procédure s'arrêtera donc à ce dernier stade et le créancier gagiste ne peut plus exercer la réalisation privée tout comme lors de la faillite. Ceci n'est à notre sens valable que pour les gages accessoires mais pas pour les gages non soumis au principe d'accessoriété tels que les cessions ou remise en propriété à titre de sûreté ;

— les dettes ne portent plus intérêts ;

— aucune mesure conservatoire ou de séquestre ne peut être intentée ;

— impossibilité pour la société de vendre ou grever des actifs immobilisés, de constituer un gage, de se porter caution ou de disposer à titre gratuit de ses biens, sauf en cas d'approbation par le juge ;

— le sursis définitif est obligatoirement rendu public, au moyen d'une publication dans la feuille fédérale suisse de commerce ainsi que dans la feuille fédérale cantonale. C'est le tribunal qui est en charge de cette publication. Le sursis est également communiqué à l'office des poursuites, au registre du commerce et au registre foncier.

En principe, le sursis concordataire n'a pas d'effet automatique sur les contrats de durée, contrairement à la faillite. En d'autres termes, ceux-ci continuent à déployer leurs effets et doivent être exécutés, ce qui peut souvent en pratique être un obstacle non négligeable à un assainissement réussi. La loi octroie un droit de résiliation anticipée au débiteur si (i) la résiliation du contrat favorise les mesures d'assainissement envisagées par le débiteur, (ii) le commissaire donne son consentement et (iii) le sursitaire octroie à son cocontractant une indemnité pour cette résiliation anticipée. Cette indemnité doit être calculée à hauteur des avantages pécuniaires que le créancier aurait obtenus si le contrat avait été résilié selon les modalités

contractuelles, soit jusqu'au prochain terme. Cette résiliation peut être faite en tout temps par le débiteur. Nous précisons que les contrats de travail suivent une procédure différente.

On peut s'interroger sur l'utilité d'une telle résiliation, lorsque l'indemnité pour résiliation anticipée est très élevée. Cependant, cette indemnité sera considérée comme une créance concordataire (soit soumise au concordat) qui pourra donc être payée à hauteur du dividende prévu dans le concordat. En revanche, si le débiteur ne résilie pas le contrat en question, les prestations obtenues devront être payées en entier dès lors que les dettes appelées « de masse » doivent être payées dans leur intégralité ou suffisamment garanties. A ce sujet, il convient de préciser que le juge peut à tout moment prononcer d'office la faillite si le débiteur ne peut plus suffisamment garantir le paiement des dettes « de masse ». Le privilège accordé aux dettes de masse peut motiver par exemple une personne intéressée dans la survie de l'entreprise à octroyer un prêt, car il s'assure d'être servi en premier dans le cadre du concordat ou de la faillite (même devant les salariés).

Nous soulignons tout de même que le sursis concordataire ne protège pas de toute action pouvant être prise du côté d'un créancier. Par exemple, dans le cas d'un contrat de bail, le bailleur peut même en situation de sursis résilier de manière anticipée le bail si le locataire est en demeure de paiement. Le bailleur peut également demander des sûretés pour les loyers à venir et garde un droit de rétention. Partant, dans le cas d'une société dont les charges principales sont les loyers, le sursis peut ne pas être la solution la plus adéquate. En outre, le sursis concordataire n'empêche pas un artisan qui n'aurait pas été payé à l'issue de travaux effectués de faire inscrire une hypothèque légale sur le bien immobilier en question, ce qui poser certains problèmes dans le cas où la société à assainir est active dans la construction.

Il convient enfin de mentionner deux effets supplémentaires qui rendent le sursis concordataire attractif : (i) les rapports de travail ne sont pas automatiquement transférés à un repreneur et (ii) le transfert d'actifs n'est pas révocable s'il fait l'objet d'une décision d'un juge ou de la commission des créanciers. Ces deux éléments facilitent grandement la continuation de l'entreprise par le biais de la reprise de l'activité par une société tierce.

3. Procédure

Le commissaire nommé par le juge est chargé de diriger la procédure concordataire ainsi que de la surveiller. Il se doit d'être indépendant par rapport au débiteur et aux créanciers, celui-ci devant représenter les intérêts des créanciers au cours de la procédure concordataire. Il est autorisé à donner des instructions au débiteur, dans les limites de l'exécution de sa mission.

Le commissaire doit dans un premier temps dresser un inventaire des biens du sursitaire et estimer ses biens. Il doit également inviter les créanciers à produire leurs créances (en d'autres termes, se manifester et faire savoir qu'ils ont une ou plusieurs créances contre le débiteur) dans un délai d'un mois à compter de cette publication. Les créanciers sont informés via une publication officielle, mais aussi par le biais d'une lettre envoyée par pli simple pour tous les créanciers connus.

Une fois que la société et le commissaire ont préparé un projet de concordat, le commissaire invite les créanciers à se réunir en une assemblée, au cours de laquelle un rapport de situation du débiteur leur est remis. Le débiteur est tenu d'y assister et de fournir les renseignements nécessaires aux créanciers. Le commissaire soumet aux créanciers le projet de concordat. Les créanciers peuvent choisir d'y adhérer, en signant un bulletin d'adhésion mis à disposition par le commissaire, ou refuser le projet de concordat. Il est très important de prendre en compte que le silence (ou un oubli) d'un créancier vaut refus du concordat. Le créancier peut signer (ou faire signer par un représentant) un bulletin d'adhésion jusqu'à l'audience finale ayant lieu à l'expiration du sursis définitif.

4. Fin

Dans l'hypothèse où le débiteur est assaini avant la fin du délai, le juge annule d'office le sursis. Dans le cas contraire, le juge peut également prononcer la faillite avant l'expiration du délai, notamment s'il n'y a manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat.

D. Adaptation du concordat et calcul des majorités

1. Procédure

Le commissaire, dans le cadre de son rapport final rendu au juge, est en charge de déterminer si le concordat est accepté par un nombre suffisant de créanciers. Le calcul de cette

majorité est très complexe et se fait en plusieurs étapes. Le commissaire doit :

1. prendre en compte les créances produites dans le délai d'un mois à compter de la publication du commissaire ;
2. déterminer quelles créances sont prises en compte dans le concordat ;
3. déterminer quels créanciers ont le droit de vote ;
4. calculer les doubles majorités ; puis
5. conclure si le concordat est accepté ou refusé par les créanciers.

Les créanciers ont un délai d'un mois à compter de la publication de l'appel aux créanciers pour produire leurs créances – ce qui signifie faire valoir leurs créances auprès du commissaire. Nous recommandons d'ailleurs aux créanciers de produire leurs créances par courrier recommandé, afin de pouvoir prouver, le cas échéant, qu'ils ont produit leurs créances dans le délai imparti. Le créancier doit également fournir tout document afin de prouver l'existence et la validité de sa créance, faute de quoi le commissaire pourrait l'écarter au motif qu'elle n'a pas été suffisamment prouvée.

Le commissaire prend en compte, pour l'exercice des droits de vote, uniquement les créances produites dans le délai d'un mois. Nous sommes d'avis que même les créanciers qui apparaissent dans le livre du sursitaire (qui, en général, ont également été informés de l'existence du sursis et de leur devoir de produire leurs créances également par pli simple) ne devraient pas avoir de droit de vote s'ils n'ont pas produit dans le délai imparti.

Une fois le délai de production de créances échu, le commissaire invite le débiteur à se prononcer sur chacune des productions de créances reçues, en indiquant quelles créances sont contestées ou non. Le commissaire prend en compte les créances non contestées. Quant aux créances litigieuses, il détermine, selon un examen sommaire, si celles-ci semblent être valables selon toute vraisemblance. Si c'est le cas, il les prend aussi au compte. Pour les autres, il les exclut du calcul des majorités.

Le commissaire doit ensuite déterminer, parmi les créances prises en considération pour le vote, quel créancier a le droit de vote. En effet, les créanciers sont divisés en plusieurs catégories, qui déterminent leur droit de vote :

— les créanciers privilégiés, principalement les employés de la société et les créanciers de la masse, doivent obligatoirement être remboursés intégralement à l'issue du concordat. Etant donc assurés d'être payés, ils n'ont pas de droit de vote ;

— les créanciers gagistes, soit ceux dont la créance est garantie par un droit de gage, n'ont pas le droit de vote pour la part garantie de la créance garantie par le gage. En effet, les gages ne sont pas soumis au concordat et suivent des règles particulières ;

— le sort des droits de vote des créanciers au bénéfice d'une créance postposée est contesté. De bons arguments existent pour les inclure et les exclure. Trancher cette controverse va au-delà de la portée de ce bulletin. Il semblerait qu'à l'heure actuelle, les tribunaux genevois auraient tendance à ne pas leur accorder de droit de vote[2] alors que certains tribunaux cantonaux, notamment dans le canton de Vaud, ont quant à eux tranché que les créances postposées donnaient droit à un vote[3]; et

— les créanciers de troisième classe, qui sont une catégorie résiduelle. Cette catégorie de créanciers a le droit de vote.

2. Achat de créances

Par la suite, le commissaire doit déterminer quel est le droit de vote de chacun des créanciers. Les dispositions applicables au sursis concordataire n'indiquent pas expressément comment sont comptabilisés le droit de vote de chaque créancier. La doctrine semble être d'avis que les créanciers votent par tête, ce qui signifie que chaque créancier ne dispose que d'une voix même lorsque ce dernier a plusieurs créances à faire valoir contre le débiteur. Nous soutenons cet avis dans le cadre de plusieurs créances obtenues par le même créancier avant l'octroi du sursis provisoire. En revanche, dans l'hypothèse où un autre créancier, après l'octroi du sursis, rachète les créances d'un créancier de troisième classe, nous sommes d'avis qu'il conviendrait de comptabiliser que le créancier acquéreur dispose de deux votes (celui rattaché à sa créance de base et

[2] Voir not. ACJC/1102/2016 du 26 août 2016.

[3] Arrêt du Tribunal cantonal vaudois FC10.032553-111 299 du 26 janvier 2012.

un vote supplémentaire). Certains auteurs semblent penser que ceci pourrait constituer une violation de l'égalité de traitement. Cependant, nous ne voyons pas pourquoi une personne étant déjà créancière n'aurait pas le droit de reprendre le droit de vote rattaché à une créance au titre qu'il est déjà lui-même créancier, alors qu'un tiers viendrait simplement se substituer au créancier sortant en récupérant également son droit de vote – évidemment sous réserve d'un abus de droit. Cette optique permettrait notamment, dans le cadre de groupes de société, de racheter les créances de certains créanciers afin de s'assurer d'obtenir un nombre suffisant d'adhésion au concordat afin que ce dernier puisse être homologué.

3. Récente expérience

L'Etude Jacquemoud Stanislas a récemment représenté une société en sursis concordataire dont le siège se situait à Genève. Nous avons réussi avec succès à faire compter les créances postposées comme ayant un droit de vote. Le juge a également accepté qu'une société sœur de la sursitaire, qui avait racheté une partie des créances peu élevées, comptabilise plusieurs votes « par tête ». Nous saluons cette approche pragmatique du tribunal qui favorise grandement l'assainissement des sociétés et par la même la sauvegarde d'emplois et de savoir-faire.

4. Fin du calcul

Finalement, lorsque le commissaire a déterminé le nombre de votes et la masse totale des créances concordataires, ce dernier peut ensuite calculer si le concordat atteint une des deux doubles majorités requises. Le concordat peut être homologué lorsqu'au moins (i) la moitié des créanciers représentant les deux tiers des créances totales à recouvrir ou (ii) le quart des créanciers représentant au moins les trois quarts des créances à recouvrer ont accepté la proposition de concordat.

E. Homologation du concordat

Avant la fin du sursis définitif, le juge convoque une **audience** au cours de laquelle lui sont soumis le rapport final du commissaire ainsi que le projet de concordat. Le rapport comprend donc les conclusions du commissaire, notamment si ce dernier estime qu'une majorité suffisante de créanciers ont accepté le concordat et si toutes les conditions supplémentaires d'homologation du concordat sont remplies.

Le juge n'est toutefois pas lié par les conclusions du commissaire et doit à nouveau s'assurer que toutes les conditions d'octroi sont remplies et que les majorités sont respectées avant de **l'homologuer** (soit le ratifier).

Les conditions d'homologation sont relativement strictes, notamment que le dividende offert par le débiteur soit proportionnel à ses ressources. Dans le cas d'un concordat ordinaire, il convient de mettre en balance les intérêts des créanciers à recevoir un dividende le plus élevé possible et les besoins de liquidités du débiteur pour la poursuite de son activité commerciale. Il faut prendre en compte pour l'évaluation de cette condition d'éventuelles ressources futures. En sus, les créanciers privilégiés et les dettes de masse doivent être entièrement désintéressés ou suffisamment garantis. En outre, dans le cas d'un concordat ordinaire, le concordat doit prévoir ce que la loi appelle une contribution équitable de la part des titulaires des parts de la société sursitaire. En effet, il pourrait être considéré comme choquant que les créanciers souffrent de l'exécution d'un concordat alors que les titulaires des parts du débiteur profitent de ce concordat, dès lors que la valeur de la société assainie augmente. Il leur est donc demandé de faire également un effort financier, par exemple en s'engageant à octroyer de nouveaux prêts à la société ou en procédant à une augmentation de capital précédée d'une réduction de capital (accordéon).

Le projet de concordat par abandon d'actifs doit quant à lui contenir une renonciation des créanciers concernant la part de leurs créances qui ne seront pas couvertes par le produit de la liquidation ou le prix de vente des biens à des tiers. Il doit également désigner les liquidateurs et leurs fonctions ainsi que le mode de réalisation des biens.

A noter que seules les créances apparues avant l'octroi du sursis concordataire font l'objet du concordat. Les dettes apparues durant le sursis concordataire (i.e., dettes de masse) seront payées dans leur intégralité, à moins que le commissaire n'ait pas autorisé de telles créances.

F. Exécution du concordat

1. Contestation

Une fois le concordat homologué, tout créancier ayant vu sa créance écartée au motif que celle-ci était litigieuse et vraisemblablement pas valable peut, dans un délai de vingt jours à compter du jugement d'homologation, intenter une action au fond pour prouver l'existence de sa créance. Cette procédure judicaire poursuit un double but : (i) rétablir les droits de vote et (ii) assurer le paiement du dividende. En

effet, un créancier qui aurait souhaité refuser le concordat mais dont le vote n'a pas été pris en compte peut intenter une action afin que son vote compte, ce qui peut avoir comme effet que les majorités ne soient plus atteintes. Dans le cas d'un créancier qui accepte le concordat, cette action au fond a également pour intérêt qu'il pourra participer à la distribution du dividende du concordat.

En outre, les créanciers peuvent également attaquer des créances d'autres créanciers qui ont été, selon eux, comptabilisées à tort ou ayant été considérées à tort comme privilégiée ou garanties par un gage. Les créanciers peuvent ainsi non seulement contester le droit de vote octroyer à la créance indue, mais également le droit du créancier de recevoir un dividende.

2. Répartittion

Les clauses contenues dans le concordat **sont exécutées**. Dans le cadre d'un concordat ordinaire, les créanciers sont désintéressés au prorata de leur créance selon un dividende prévu dans le concordat. En d'autres termes, les créanciers ne sont payés que pour une partie de leur créance et abandonnent le surplus. Il s'agit donc d'une remise de dette partielle. Afin de déterminer la part de chacun des créanciers, il convient avant tout de calculer les actifs et passifs de la société. Comme mentionné précédemment, le commissaire est en charge de dresser un inventaire des actifs du débiteur. Il convient de préciser à ce sujet que le débiteur se doit de respecter le principe d'égalité entre les créanciers et l'obligation de ne pas porter préjudice à leurs intérêts financiers. Dans cette optique, le débiteur ne peut pas faire de don ou octroyer un avantage financier à un créancier ou un tiers. Il ne peut notamment pas rembourser en priorité un créancier par rapport aux autres. Sous certaines conditions, il sera demandé au créancier ou au tiers indûment avantagé de rembourser et de ramener dans la masse des actifs du débiteur ce qu'il a perçu indûment (action paulienne).

Nous précisons que, dans le cadre d'un concordat ordinaire, la procédure concordataire a également l'avantage de suspendre, à certaines conditions, la réalisation d'un actif immobilier garanti par un gage pendant une année. Cette suspension accorde l'avantage de pouvoir continuer son activité commerciale, si celle-ci lui permettra d'améliorer sa situation financière.

Dans un concordat par abandon d'actifs, l'exécution du concordat implique la réalisation de tous les biens de la société. Cette réalisation suit une procédure similaire à la faillite. A l'issue de ce processus, les liquidateurs doivent rendre un rapport d'activité et les créanciers reçoivent un dividende, appelé dividende de liquidation.

Comme mentionné précédemment (cf. *supra* D), le créancier ayant produit tardivement (ou pas du tout) sa créance n'a pas de droit de vote. En revanche, ce dernier est également soumis au concordat, en ce sens qu'il a le droit au paiement du dividende et que pour le surplus, sa créance est éteinte.

Il convient également de mentionner que – que ce soit dans le cadre d'un concordat ordinaire ou par abandon d'actifs – les contrats de travail suivent des règles spécifiques. Notamment, lorsque l'entreprise ou une partie de celle-ci est transférée à un tiers dans un concordat, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent pour autant que (i) ce transfert ait été convenu avec l'acquéreur et que (ii) le travailleur ne s'y oppose pas. A noter que l'acquéreur reprend les rapports de travail avec le travailleur. Toutefois, il ne répond pas des créances antérieures au transfert.

3. Fin

Une fois que le sursis est homologué par le juge, le concordat devient exécutoire et est rendu public. Le concordat a force obligatoire pour tous les créanciers dont les créances sont nées avant le sursis et permet ainsi de supprimer du passif une grande partie des dettes, à l'exception des dettes garanties par gage. Dans le cas d'un concordat ordinaire ou concordat-sursis, le débiteur assaini retrouve pleinement sa capacité de disposer de ses biens et de gérer son activité commerciale sans la surveillance d'un tiers. Un concordat par abandon d'actif a pour effet que la société est liquidée et n'existe plus. Elle sera par conséquent radiée du registre du commerce.

III. CONCLUSION : RECAPITULATIF

Récapitulatif : procédure sursis concordataire

Dépôt de la requête et octroi du sursis provisoire	*Auprès du tribunal du siège de la société débitrice*
Sursis provisoire	*Le débiteur et le commissaire analysent les possibilités d'assainissement, les modalités et les chances de succès d'un concordat*

Audience en vue du sursis définitif	*Le juge statue sur l'octroi du sursis définitif. Il pose des questions au débiteur et au commissaire afin de déterminer les chances de succès de l'homologation d'un concordat*
Sursis définitif	*Le débiteur et le commissaire mettent en place les mesures envisagées et préparent le concordat. Un projet de concordat est soumis aux créanciers, qui l'acceptent ou refusent. Le commissaire détermine le droit de vote de chacun de créanciers et examine si les majorités requises sont remplies.*
Audience d'homologation du concordat	*Le juge vérifie que toutes les conditions à l'octroi du concordat sont remplies et si les majorités requises sont atteintes. Il homologue ou non le concordat.*
Action au fonds en lien avec les créances litigieuses	*Les créanciers écartés indument du vote ou du concordat peuvent dans un délai de vingt jours à compter de l'homologation du concordat, intenter une action au fonds afin de faire valoir l'existence de leur créance. Un créancier peut également attaquer une créance d'un autre créancier prise en compte à tort dans le calcul des majorités ou dans le concordat.*
Exécution du concordat	*Le concordat est publié. Le débiteur exécute le concordat et paie le dividende prévu dans le concordat aux créanciers. Dans le cas d'un concordat par abandon d'actifs, des liquidateurs sont nommés afin de réalisés les biens et distribuer les deniers.*

VOTRE CONTACT

Philippe Jacquemoud, Associé
Philippe.jacquemoud@jslegal.ch
+41 22 716 96 96

Cindy Aellen, Avocate
++41 22 716 96 96

NOTRE ETUDE

Jacquemoud Stanislas
2, rue François-Bellot
1206 Genève, Suisse
Téléphone +41 22 716 96 96
Fax +41 22 346 89 64
jslegal.ch

MENTION LEGALE

Le présent bulletin exprime les opinions générales des auteurs à la date du bulletin, sans tenir compte des faits et circonstances propres à une personne ou à une transaction particulière ou un cas particulier. Il ne constitue pas un avis juridique. Toute responsabilité quant à l'exactitude ou la justesse du contenu de ce bulletin est explicitement exclue.