AVOCATS

SCHELLENBERG WITTMER

OCTOBRE 2013

Newsletter



Auteurs:
Hubert Gmünder
Olivier Hari

DROIT DE L'ASSAINISSEMENT DES ENTREPRISES

Nouveau droit de l'assainissement: Aperçu des développements récents

Le nouveau droit de l'assainissement entrera probablement en vigueur le 1er janvier 2014. Sans modifier le droit actuel de manière fondamentale, l'assainissement des entreprises sera à l'avenir facilité, grâce à des nouveautés introduites dans la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) et dans le Code des obligations (CO).

1 CONTEXTE

Suite au *grounding* de **Swissair** en 2001, plusieurs interventions parlementaires ont demandé un réexamen des conditions légales cadre régissant l'assainissement des entreprises. Après d'âpres négociations menées pendant les dernières années, la nouvelle loi a finalement été adoptée par le Parlement suisse, le 21 juin 2013. Le délai référendaire est arrivé à échéance le 10 octobre 2013 et tout semble indiquer que le Conseil fédéral fera entrer le nouveau droit en vigueur le 1er janvier 2014.

Le projet était **controversé** pour plusieurs raisons: d'une part, la nécessité d'une révision a été critiquée sur le principe, et d'autre part les milieux de gauche demandaient une meilleure protection des travailleurs. Nonobstant ces controverses, les deux chambres du Parlement ont su s'entendre sur un **compromis**.

Le droit de l'assainissement n'a pas été fondamentalement repensé. En particulier, aucun nouvel instrument d'assainissement n'a été créé, mais la **fonction du sursis** a été revue et élargie. Les préoccupations des représentants des travailleurs ont été prises en compte et l'obligation de négocier un **plan social** a été introduite. Le législateur n'a pas créé un **droit de l'insolvabilité de groupe de sociétés** proprement dit mais une consolidation procédurale a été prévue. Ni **l'insolvabilité de grandes sociétés**, **ni** le mécanisme du **prêt d'assainissement**, n'ont été traités dans le cadre de la révision, alors que cela était proposé par le Conseil fédéral.

Il convient de noter que la procédure d'**ajournement de faillite** au sens de l'art. 725a CO n'a pas été révisée. Le Conseil fédéral avait proposé de régler l'ajournement de la faillite dans le cadre du sursis concordataire de la LP, mais

le Parlement ne l'a que partiellement suivi. Il conviendra donc toujours d'examiner attentivement si, au cas par cas, l'ajournement de la faillite ou le sursis concordataire est la meilleure solution.

2 LE NOUVEAU SURSIS CONCORDATAIRE - UN "CHAPTER 11" SUISSE?

Le droit suisse de la faillite et de la procédure concordataire avait déjà été substantiellement révisé en 1997. Cependant, les différentes procédures concordataires des sociétés du groupe Swissair ont mis en évidence plusieurs **lacunes et possibilités d'amélioration**, que le législateur a traitées dans la cadre de la révision récente. À cette occasion, il s'est partiellement laissé guider par le **Chapter 11 américain**.

Deux changements doivent être mentionnés: ils concernent d'une part le déroulement de la procédure et d'autre part des aspects de droit matériel.

Déroulement de la procédure: l'ouverture **de la procédure concordataire** est considérablement facilitée par le nouveau droit. Dans toute procédure concordataire, la situation financière du débiteur et ses possibilités d'assainissement seront examinées dans le cadre d'un **sursis provisoire** relativement court (durant au max. 4 mois).

Le sursis provisoire doit permettre soit (i) de donner un répit au débiteur afin qu'il puisse procéder à un assainissement comptable, financier ou organisationnel (prolongé si nécessaire ou poursuivi sous la forme d'un sursis définitif) ou (ii) être octroyé en vue de la conclusion d'un concordat.

Si l'assainissement du débiteur est achevé avant la fin du sursis, celui-ci doit être révoqué d'office. Le juge du concordat ne doit pas soumettre l'octroi du sursis à des exigences élevées. À la différence du droit en vigueur, le sursis provisoire ne devra plus obligatoirement être publié. Finalement, le juge du concordat a maintenant la possibilité de nommer une commission des créanciers dans le cadre du sursis définitif, qui surveille le commissaire et peut émettre des recommandations.

"Le nouveau sursis concordataire se rapproche du Chapter 11 américain."

Aspects de droit matériel: à l'avenir, une procédure de poursuite ne pourra pas être introduite ou continuée pendant un sursis. Contrairement au droit en vigueur, cette règle concerne aussi les créances privilégiées. Ensuite la loi précise dorénavant que le séquestre et les autres mesures conservatoires sont exclues pour les créances soumises au concordat.

La **cession de créances futures** conclue avant l'octroi du sursis est maintenant également réglée expressément, éclaircissant ainsi une question controversée en doctrine: lorsque la créance cédée naît après l'octroi du sursis, la cession prévue avant celui-ci ne déploie aucun effet.

Le concordat – c.-à-d. le contrat entre le débiteur et ses créanciers, qui est homologué par le juge et qui règle les modalités de remboursement, respectivement la renonciation à être remboursé – n'a subi que de légères modifications. Trois d'entre elles doivent être mises en évidence:

- Premièrement, il ne sera plus nécessaire pour le débiteur de fournir des **sûretés** en garantie du paiement du dividende afférant aux créances de troisième classe.

- Deuxièmement, les titulaires de parts (sociétaires ou **actionnaires** du débiteur) et non pas seulement les créanciers devront aussi s'acquitter d'une contribution équitable destinée à l'assainissement du débiteur.

- Troisièmement, la loi prévoit désormais expressément que le créancier peut être dédommagé non pas seulement en espèces, mais aussi en parts dans une **société de sauvetage** nouvellement créée ou dans la société débitrice.

Désormais, le sursis constitue une porte d'entrée menant à l'assainissement de l'entreprise, et, alternativement ou cumulativement, à l'homologation d'un concordat et est un outil complet offert plus largement que l'ajournement de la faillite. Son seul désavantage: la publication.

3 CONTRATS DE DURÉE

La réglementation expresse des **contrats de durée** dans la procédure de faillite et concordataire constitue un élément central de la révision. Elle clarifie l'un des domaines les plus importants en pratique.

Aujourd'hui, l'effet de l'insolvabilité de l'une des parties à un contrat de durée (un contrat, qui a pour objet un échange de prestations continu et répété, par exemple un contrat de travail, de bail, de livraison de durée, de licence) n'est pas clair. En cas de faillite, la loi ne prévoit expressément des solutions que pour quelques types de contrat (c'est ainsi par exemple qu'un mandat s'éteint de par la loi en cas de faillite du mandant ou du mandataire). Dans les autres cas, il ne se passe rien si le contrat ne prévoit rien car la loi est muette. Souvent, les organes de liquidation restent passifs et ne font pas usage de leur droit de reprendre les contrats de durée qui n'ont pas encore ou que partiellement été exécutés.

À l'avenir, l'organe de liquidation compétent aura toujours le choix de reprendre ou non les contrats de durée liant le débiteur, mais la loi règle désormais les conséquences dans les deux cas. Le législateur a cependant renoncé à introduire un droit général de la résiliation des contrats de durée en cas d'insolvabilité d'une partie. Le droit de résiliation n'existe que dans le cas d'un sursis concordataire s'il est nécessaire pour assainir ou maintenir l'activité de l'entreprise.

Les constellations suivantes sont envisageables en cas d'insolvabilité:

- **Entrée dans un contrat de durée existant**: les prétentions nées après l'ouverture de la liquidation constituent des dettes de la masse et sont à ce titre à satisfaire complètement et prioritairement (avant même les créanciers privilégiés). Les prétentions nées avant l'ouverture de la liquidation doivent en revanche être annoncées comme prétentions normales (en règle générale de troisième classe). Il va de soi que l'organe compétent ne va que reprendre des contrats qui sont

avantageux pour la masse en liquidation puisqu'elle crée ainsi des dettes de masse remboursées en priorité.

> **Résiliation ordinaire** du contrat de durée par l'organe de liquidation dans le délai légal ou contractuel. Toutes les prétentions valent comme prétentions normales soumises au dividende concordataire.

> L'organe de liquidation reste **passif** (ce qui en pratique pourrait être la règle) et les relations contractuelles subsistent. Désormais, le co-contractant (créancier) ne peut produire une prétention que pour la période courant jusqu'au prochain délai de résiliation ou jusqu'au terme du contrat de durée déterminée.

> Dans le cadre d'un sursis concordataire, le débiteur peut procéder **en tout temps** (donc aussi immédiatement) à une résiliation extraordinaire de tous contrats de durée, à l'exception des contrats de travail, moyennant l'accord du commissaire *"pour autant que le but de l'assainissement soit impossible à atteindre"* sans une telle résiliation. Le co-contractant peut alors seulement annoncer sa prétention comme prétention soumise au dividende concordataire. Le débiteur peut ainsi se libérer d'engagements à long terme, ce qui favorisera sans doute le succès des assainissements à l'avenir.

"Le législateur a renoncé à introduire un droit de résiliation général pour les contrats de durée en cas d'insolvabilité de l'une des parties."

4 PAULIANA

Par le biais de l'**action révocatoire (paulienne)**, les valeurs objets d'une donation effectuée par le débiteur pendant une certaine période (un an ou cinq ans) avant la saisie ou l'ouverture de la faillite (révocation de libéralités), ou qu'il a aliénés de façon à causer un dommage aux créanciers (révocation en cas de surendettement et pour dol), peuvent être recouvrées sous certaines conditions. Dans ce contexte, **trois nouveautés** ont été apportées:

Premièrement, les transactions qui ont été avalisées par le juge du concordat ou la commission des créanciers pendant le sursis concordataire ne pourront à l'avenir **pas être révoquées**. Cette modification favorise la sécurité juridique et facilitera notamment la vente d'entreprises ou d'actifs isolés à des tiers, ou à une société de défaisance pendant la procédure concordataire.

Deuxièmement, le **renversement du fardeau de la preuve** devrait assurer que l'aliénation d'actifs par le débiteur en faveur de "personnes proches" pourra être attaquée et les actifs recouvrés, plus facilement: si le débiteur a transmis un objet ou une somme d'argent à une personne proche dans un délai d'un an précédant l'ouverture de la liquidation, le bénéficiaire de l'acte révocable supportera alors le fardeau de la preuve, et devra démontrer qu'il n'y a pas de disproportion entre le transfert et la contreprestation, et qu'en conséquence les conditions d'une révocation ne sont pas remplies.

Il en va de même pour la révocation pour **dol**: la personne proche enrichie par le débiteur, devra prouver qu'elle ne connaissait pas l'intention du débiteur de la favoriser, et que cette intention n'était pas reconnaissable par un tiers de bonne foi. La loi indique expressément que les sociétés d'un même groupe constituent aussi des personnes proches. Selon le Message, les personnes proches peuvent être des personnes physiques ou morales, ce qui inclut les amis et les proches mais aussi les principaux actionnaires.

Troisièmement, le droit d'intenter l'action révocatoire se **prescrit** (et non plus périme) dans un délai de deux ans à partir de la saisie, l'ouverture de la faillite ou l'homologation du concordat par abandon d'actifs. Il est ainsi clair que le délai de deux ans peut être interrompu, par exemple par la poursuite de la dette.

5 TRANSFERT DES RAPPORTS DE TRAVAIL / PLAN SOCIAL

Quiconque acquiert une entreprise ou une partie d'entreprise reprend *ex lege*, sur la base de l'art. 333 CO, la totalité des rapports de travails qui lui sont rattachés avec tous les droits et obligations qui en découlent. Le travailleur a un droit de refus. Sous le droit actuel, la question de savoir s'il y a aussi transfert automatique lorsque l'acquisition de l'entreprise a lieu dans le cadre d'une procédure de faillite ou concordataire, est controversée. Il va de soi que la reprise impérative de l'ensemble des rapports de travail (entre autres avec des prétentions de salaire et d'assurances sociales en suspens élevées) est une entrave aux assainissements. Celle-ci a aussi un effet pervers sur la protection des travailleurs, en ce qu'un assainissement manqué entraîne souvent la disparation des derniers postes de travail.

Désormais, en application de l'art. 333b CORév., il est précisé dans la loi qu'il n'y aura **pas de transfert automatique des contrats de travail** en cas d'acquisition d'une entreprise dans le cadre d'un sursis concordataire, d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs. L'acquéreur demeure libre de faire une offre aux travailleurs qu'il souhaite reprendre et négocier la continuation de leur emploi. L'art. 335e CORév. indique en outre clairement que les dispositions sur **le licenciement collectif ne s'appliqueront pas** en cas de cessation d'activité de l'entreprise intervenue sur ordre du juge, par suite de faillite ou de concordat par abandon d'actif.

Les art. 335h à 335k CORév prévoient en contrepartie que les employeurs qui ont l'intention de licencier au moins 30 travailleurs pendant une période de 30 jours doivent mener des **négociations en vue d'établir un plan social**. Les licenciements étalés dans le temps mais dictés par les mêmes motifs sont également concernés. La loi définit le plan social comme une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences. L'obligation de négocier ne vaut que pour les entreprises avec au moins 250 travailleurs. Si les parties ne parviennent pas à un accord sur le contenu du plan social, celui-ci est fixé à la demande d'une partie par un tribunal arbitral. Le législateur a (volontairement) laissé une certaine marge de manœuvre dans la définition du plan social, ce qui ne manquera pas de générer de nombreuses discussions lors de son application dans la pratique.

La loi prévoit que le plan social ne doit **pas mettre en danger l'existence de l'entreprise**. Le but est ainsi empêcher que les mesures de restructurations nécessaires à la survie de l'entreprise ne soient pas mises en œuvre à cause de l'obligation d'établir un plan social. Notons que les travailleurs ne devraient ainsi pas pouvoir mettre à néant les négociations en faisant valoir des prétentions excessives. Finalement, cette disposition limite le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral pour déterminer le contenu du plan social.

Il est à saluer que les employeurs n'ont pas d'obligation de constamment tenir à disposition les ressources financières nécessaires pour un éventuel plan social (par exemple par la constitution de réserves, assurance, fonds).

6 DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET PERSPECTIVES

Le nouveau droit sera applicable à toute procédure concordataire ouverte sur requête du débiteur après l'entrée en vigueur du nouveau droit, probablement le 1er janvier 2014. L'ancien droit reste en principe exclusivement applicable aux procédures déjà ouvertes lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Finalement, il convient de noter que le Conseil national et le Conseil des États ont adopté une motion le 3 décembre 2012, demandant au Conseil fédéral de préparer un projet complet de procédure d'assainissement dans le CO. L'objectif des initiateurs est de créer des incitations pour encourager les assainissements en temps utile. Ainsi, ils espèrent faciliter les assainissements hors LP, en particulier avant l'introduction d'une procédure concordataire.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



Vincent Jeanneret

Associé
vincent.jeanneret@swlegal.ch



Olivier Hari

Of Counsel
olivier.hari@swlegal.ch

A Zurich:



Martin Weber

Associé
martin.weber@swlegal.ch



Benno Strub

Counsel
benno.strub@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer SA
Avocats

GENÈVE
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
F +41 22 707 8001
geneva@swlegal.ch

ZURICH
Löwenstrasse 19
Case postale 1876
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
F +41 44 215 5200
zurich@swlegal.ch

www.swlegal.ch

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.