

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Présentation générale des aménagements temporaires
du droit des entreprises en difficulté ³⁸²⁵⁶

L'essentiel

L'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, à l'instar des ordonnances nos 2020-306 du 25 mars 2020, 2020-341 du 27 mars 2020 et 2020-560 du 13 mai 2020, aménage temporairement le droit des entreprises en difficulté. Ces modifications ont trait, pour l'essentiel, à la durée des procédures qui sont accélérées et/ou prolongées. Certaines mesures ont, quant à elles, vocation à renforcer l'attractivité de la conciliation et à favoriser l'adoption et l'exécution des plans.

Ord. n° 2020-306, 25 mars 2020, relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période : JO, 26 mars 2020 - Ord. n° 2020-341, 27 mars 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale : JO, 28 mars 2020 - Ord. n° 2020-560, 13 mai 2020, fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire : JO, 14 mai 2020 - Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19 : JO, 21 mai 2020



Note par
Geoffroy BERTHELOT
Mandataire judiciaire
associé, professeur affilié
à Sciences Po Paris

« Il faut être sobre de nouveautés en matière de législation »⁽¹⁾.

En effet, le changement n'est jamais rassurant, de surcroît – dirons-nous – en période de crise économique qui succède à une crise sanitaire sans précédent.

Pourtant, 2 mois seulement après l'avènement de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020⁽²⁾, le législateur vient la modifier et la compléter en aménageant, certes temporairement, le

droit des entreprises en difficulté à travers l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020.

Ces aménagements célèbres et temporaires sont commandés par le contexte de crise économique-sanitaire dans lequel le droit des entreprises en difficulté reste un outil précieux et complémentaire aux mesures d'accompagnement gouvernementales pour assurer la pérennité des entreprises qui subissent une dégradation de leur situation de trésorerie causée ou aggravée par la pandémie de Covid-19.

Aménager le droit des entreprises en difficulté a un sens lorsqu'il s'agit d'accompagner les entreprises. Le Livre VI du Code de commerce, sans constituer à proprement

parler un livre de chevet, reste une boîte à outils au service des débiteurs leur permettant, accompagnés par des professionnels de qualité, de trouver la solution idoine à leurs problèmes de trésorerie contemporains.

Ainsi, l'idée de favoriser son recours, de faciliter les dispositifs et d'aménager leur temporalité ne peut qu'emporter l'adhésion.

Cette ordonnance du 20 mai 2020 compte des dispositions d'application de la loi dans le temps, d'information et également de facilitation du rebond qui seront rapidement parcourues, avant de s'attarder sur les quelques aménagements substantiels.

Tout d'abord, l'ordonnance, qui ne comprend que 11 articles, précise en son article 10 que la plupart de ses dispositions s'appliquent non seulement aux procédures en cours, mais également à celles qui seront ouvertes durant la période juridiquement protégée, jusqu'au 31 décembre 2020 inclus. D'autres, par exception et s'inspirant de la directive du 20 juin 2019⁽³⁾, sont quant à elles applicables jusqu'à sa transposition et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus. De surcroît, en son article 10, l'ordonnance « fige l'état d'urgence sanitaire au 23 mai, et neutralise et rompt ainsi avec l'aléa de la prorogation de la "durée" *stricto sensu* de l'état d'urgence sanitaire »⁽⁴⁾.

Ensuite, l'article 1 précise que le commissaire aux comptes peut informer davantage en amont le président du tribunal dans le cadre de la procédure d'alerte et peut, le cas échéant, demander à être entendu afin de renforcer

(1) Portalis J.-E., Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1^{er} pluviôse an IX.

(2) V. not. sur ces textes, JCP E 2020, 1161, note Allais J. et Houssin M. ; JCP E 2020, 1161 ; Gaz. Pal. 7 avr. 2020, n° 377e3, p. 19, note Borga N. ; Gaz. Pal. 20 avr. 2020, n° 377y3, p. 88, note Théron J. ; D. 2020, p. 785, note Téboul G. ; Berthelot G., « Covid-19 : les rythmes du droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du temps », JCP E 2020, 1205.

(3) PE et Cons. UE, dir. n° 2019/1023, 20 juin 2019, relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 : JOUE L 172/18, 26 juin 2019.

(4) Berthelot G., « Difficultés des entreprises : une nouvelle ordonnance », D. 2020, p. 1168, n° 20.

l'information du président en vue de la détection précoce des difficultés des entreprises.

Puis, après la loi *PACTE* et son décret du 5 juin 2018, qui avaient ramené à 2 ans le délai de radiation de certaines mentions portées d'office sur le registre du commerce et des sociétés, l'ordonnance le réduit à 1 an pour les plans de sauvegarde et de redressement. On relève également l'inapplicabilité des seuils d'éligibilité à la sauvegarde accélérée et à la sauvegarde financière accélérée dans le dessein d'en faciliter le recours.

Ensuite, la procédure de liquidation judiciaire simplifiée⁽⁵⁾ voit ses conditions d'ouverture étendues puisque sont écartées les conditions de seuils pour toute personne physique dont le patrimoine ne comprend pas de bien immobilier. Cependant, si le nombre de salariés du débiteur au cours des 6 mois précédant l'ouverture de la procédure est supérieur à 5, le tribunal peut décider de ne pas y recourir. En outre, les garanties de l'AGS sont étendues⁽⁶⁾. Puis la procédure de rétablissement professionnel⁽⁷⁾ voit son seuil d'éligibilité rehaussé de 5 000 € à 15 000 € concernant la valeur de l'actif.

Enfin, l'article 7 aménage les dispositions relatives à la cession de l'entreprise. En effet, son alinéa 2 réduit de 15 à 8 jours le délai de convocation des créanciers bénéficiant de sûretés et des cocontractants dont le contrat fait l'objet d'une demande de transfert par le candidat à la reprise⁽⁸⁾. Cet aménagement permettra d'accélérer les cessions d'entreprises. De surcroît, l'ordonnance permet au tribunal – certes temporairement mais non sans controverse –, sur requête du débiteur ou de l'administrateur judiciaire, d'autoriser la cession au débiteur, aux dirigeants de droit ou de fait, et à leurs parents ou alliés jusqu'au 2^e degré inclusivement, directement ou par personne interposée. Cependant, la requête à l'initiative du ministre public demeure, et dans l'hypothèse où la requête serait à l'initiative du débiteur ou de l'administrateur judiciaire, le tribunal statuera toujours par décision motivée mais après avoir recueilli l'avis du ministre public⁽⁹⁾.

Les praticiens n'ont pas lieu de s'inquiéter de cette dernière mesure qui ne devrait être que rarement utilisée dans des cas légitimés et par des décisions motivées et, en toute hypothèse, elle est fort heureusement limitée dans le temps puisqu'applicable jusqu'au 31 décembre 2020 inclus.

Ces améliorations disparates brièvement développées, et au-delà de certains délais qui sont régis par les ordonnances n^{os} 2020-306 du 25 mars 2020 et 2020-560 du

13 mai 2020⁽¹⁰⁾, il convient de présenter les aménagements majeurs réalisés par les ordonnances des 27 mars et 20 mai 2020 qui ont trait, d'une part, au renforcement de l'attractivité des procédures (I) et, d'autre part, à la prolongation du temps procédural (II).

I. UNE ATTRACTIVITÉ DES PROCÉDURES RENFORCÉE

Les ordonnances n^{os} 2020-341 du 27 mars 2020 et 2020-596 du 20 mai 2020 renforcent l'attractivité du droit des entreprises en difficulté en cristallisant la cessation des paiements (A) et en colorant la conciliation de mesures inédites (B).

A. La cristallisation de l'état de cessation des paiements

L'une des principales mesures de ces ordonnances réside dans la « cristallisation » de l'état de cessation des paiements⁽¹¹⁾ qui devra être apprécié uniquement en considération de la situation du débiteur à la date du 12 mars 2020 et ne pourra en conséquence, sauf cas de fraude, être fixé à une date postérieure. L'analyse et la fixation de l'état de cessation des paiements ne pourront donc être postérieures au 12 mars 2020. Ce gel de l'état de cessation des paiements et l'appréciation en résultant s'appliqueront jusqu'au 23 août 2020.

Cette fixation légale de l'état de cessation des paiements appelle plusieurs observations.

Tout d'abord, la dégradation de la situation économique des débiteurs entre le 12 mars et le 23 août 2020 est indifférente puisqu'ils pourront bénéficier d'une procédure de conciliation ou de sauvegarde, bien qu'ils soient en état de cessation des paiements postérieurement au 12 mars 2020.

Ensuite les débiteurs personnes physiques ou les dirigeants des sociétés débitrices n'encourront pas de sanctions personnelles au seul motif d'une déclaration tardive de l'état de cessation des paiements durant cette période.

Enfin, cette neutralisation créera cependant une période suspecte pouvant s'étendre du 12 mars au 23 août 2020, avec le risque de nullité de plein droit ou facultative des actes accomplis durant cette période⁽¹²⁾.

Mais, sans nul doute, cette cristallisation renforcera l'attrait des procédures préventives, au premier rang desquelles figure la conciliation.

(5) Ferrari B., « Liquidation judiciaire simplifiée et rétablissement professionnel après l'ordonnance n^o 2020-596 du 20 mai 2020 », dans le présent numéro : *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, n^o 382u0.

(6) V. Ord. n^o 2020-341, 27 mars 2020, art. 2-II, 2^e ; Ben Cheikh-Vecchioni L., « Extension de la garantie de l'AGS dans le cadre de la crise sanitaire liée au Covid-19 », dans le présent numéro : *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, n^o 382t1.

(7) Ferrari B., « Liquidation judiciaire simplifiée et rétablissement professionnel après l'ordonnance n^o 2020-596 du 20 mai 2020 », dans le présent numéro : *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, n^o 382u0.

(8) C. com., art. R. 642-7.

(9) V. Berthelot G. et Ferrari B., « Les mesures favorables aux plans de sauvegarde et de redressement issues des ordonnances Covid-19 », dans le présent numéro : *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, n^o 382v9 ; v. égal. Lemerrier K. et Mercier F., « Nouvelle ordonnance d'adaptation du droit des entreprises en difficulté aux conséquences de l'épidémie de Covid-19 », *Dalloz actualité*, 28 mai 2020.

(10) Ferrari F., « Ordonnances "délai" prises pour faire face à la crise sanitaire et droit des entreprises en difficulté », dans le présent numéro : *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, n^o 382t4.

(11) Boustani D., « L'appréhension de l'état de cessation des paiements selon la réglementation Covid-19 », dans le présent numéro : *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, n^o 382u6.

(12) Circ. CIV/03/20, 30 mars 2020, de présentation des articles 1er, 2, 3 et 5 de l'ordonnance n^o 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale, § II, 1^o, a), précise que « cette cristallisation relative de la date de cessation des paiements est faite sous réserve de la fraude et de manière plus précise, mais dans le même esprit, de la possibilité de déterminer la durée réelle de la période suspecte ».

“ *La cristallisation de l'état de cessation des paiements devrait renforcer l'attrait des procédures préventives, et notamment de la conciliation* ”

B. L'attractivité renforcée de la conciliation

Il est patent que le recours aux procédures amiables⁽¹³⁾ puisse permettre plus efficacement de concourir au financement de l'entreprise et à sa reprise, puisqu'elle favorise la négociation des entreprises avec les partenaires bancaires et financiers, fiscaux et sociaux.

L'ordonnance du 20 mai 2020, dans le dessein de renforcer l'attractivité de la conciliation, a privilégié l'élargissement du périmètre du mécanisme inscrit à l'article 1343-5 du Code civil à une suspension provisoire automatique des poursuites. En effet, le président, sur requête du débiteur exclusivement, pourra lui accorder des délais de paiement dans les conditions prévues à l'article 1343-5, conformément à l'article L. 611-7, alinéa 5, du Code de commerce, si un créancier n'accepte pas la demande formulée par le conciliateur de suspendre l'exigibilité de sa créance. Les praticiens se féliciteront de cette possibilité offerte au débiteur en amont de la mise en demeure ou de la poursuite effective par le créancier, qui seules permettaient jusqu'alors d'y recourir.

Aussi le débiteur pourra solliciter du président du tribunal l'interruption ou l'interdiction des actions en justice, l'arrêt ou l'interdiction des voies d'exécution, ou le report ou l'échelonnement des sommes dues, par ordonnance sur requête, dans l'hypothèse où un créancier refuserait la demande de suspension faite par le conciliateur. « Le choix axiomatique de cette consécration des dispositions de l'article L. 622-21 du Code de commerce sans référence aucune audit article, doit être salué »⁽¹⁴⁾. En effet, si, par principe, l'ouverture d'une procédure amiable n'a pas vocation à neutraliser les actions en justice ou voies d'exécution dont les créanciers ont l'initiative, la possibilité de les interdire ou de les interrompre facultativement et individuellement est heureuse. Ces mesures nouvelles ordonnées par le président du tribunal ne seront, à juste titre, effectives que le temps de la conciliation. Cette rédaction uniquement concentrée sur les mesures de l'article 1343-5 du Code civil, déjà inscrites à l'article L. 611-7 du Code de commerce, aura plusieurs vertus. Cette rédaction élargie, qui fait néanmoins référence à des mesures connues, ne découragera pas les créanciers de participer activement à la conciliation, et la phase amiable

reste par principe détachée de toute idée de contrainte et d'automatisme.

Les ordonnances favorisent également la prolongation de la temporalité procédurale.

II. UNE PROLONGATION DE LA DURÉE DES PROCÉDURES À DEUX VITESSES

Les ordonnances organisent une prolongation de la durée des procédures de plein droit (A), mais également, et surtout, des prolongations facultatives (B).

A. Une prolongation de plein droit

En vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 27 mars 2020, modifié par l'ordonnance du 20 mai 2020, la durée de la procédure de conciliation est prolongée de plein droit d'une durée de 5 mois, dès lors qu'elle est en cours au 12 mars 2020 ou mise en œuvre jusqu'au 23 juin 2020. De plus, cet article précise que jusqu'au 23 août 2020 il sera possible d'ouvrir une nouvelle procédure de conciliation sans respecter le délai de 3 mois prescrit à la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article L. 611-6 du Code de commerce.

Puis, l'article 2 de l'ordonnance du 27 mars 2020, également modifié par l'ordonnance du 20 mai 2020, dispose désormais qu'est prolongée de plein droit « jusqu'à l'expiration du délai prévu au I (23 juin 2020), d'une durée de 3 mois » la durée de la période d'observation, des plans, du maintien de l'activité et de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée, et en facilite d'autant son appréhension. Ainsi, le législateur opte pour « une mécanique *sui generis* »⁽¹⁵⁾. Le rapport au Président relatif à l'ordonnance du 27 mars 2020 précise que cette prolongation ne peut être définie autrement qu'en mois, et non par des dates, puisqu'elle s'ajoute aux durées des procédures en cours ou mises en œuvre avant le 23 juin inclus. Conséquemment, seule une interprétation littérale, littérale et maximaliste semble idoine, et dès lors que l'une quelconque de ces durées est en cours ou ouverte entre le 23 mars et le 23 juin 2020 inclus, elles sont prolongées de plein droit pour une durée de 3 mois de date à date⁽¹⁶⁾.

S'agissant plus précisément de la période d'observation en redressement judiciaire, l'article L. 631-15-I du Code de commerce est inapplicable jusqu'au 23 juin 2020. Conséquemment, les audiences intermédiaires, durant lesquelles « au plus tard au terme d'un délai de 2 mois à compter du jugement d'ouverture, le tribunal ordonne la poursuite de la période d'observation s'il apparaît que le débiteur dispose à cette fin de capacités de financement suffisantes », sont purement et simplement supprimées, sans faire obstacle à ce que le tribunal puisse être saisi d'une demande de conversion en liquidation judiciaire.

En outre, la durée des plans de sauvegarde ou de redressement peut également faire l'objet de prolongation par le président ou le tribunal.

(13) Montéran T., « La conciliation et la sauvegarde accélérée dans les ordonnances Covid-19 », dans le présent numéro : Gaz. Pal. 13 juill. 2020, n° 382v4.

(14) Berthelot G., « Covid-19 : Acte 2 – Une nouvelle ordonnance portant sur le droit des entreprises en difficulté », JCP E 2020, 374.

(15) Berthelot G., « Covid-19 : les rythmes du droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du temps », JCP E 2020, 1205.

(16) Berthelot G., « Covid-19 : Acte 2 – Une nouvelle ordonnance portant sur le droit des entreprises en difficulté », JCP E 2020, 374.

“ *Les ordonnances Covid-19 favorisent aussi la prolongation de la temporalité procédurale, avec des prolongations de délai de plein droit et d'autres facultatives* ”

B. Des prolongations facultatives

L'article 1-III-1° de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 prévoit que le président du tribunal peut prolonger la durée du plan sur requête du commissaire à l'exécution du plan ou du ministère public présentée avant le 23 août 2020 inclus, d'une durée respective de 5 mois ou de 1 an maximum.

Également, mais seulement à compter du 24 août 2020 et durant les 6 mois qui suivent, soit jusqu'au 24 février 2021, le tribunal, cette fois, pourra, sur requête du ministère public ou du commissaire à l'exécution du plan, prolonger la durée du plan pour une durée maximale de 1 an.

Ces mesures peuvent être cumulées,⁽¹⁷⁾ et rallonger ainsi la durée des plans de 3 à 27 mois. Ainsi, les échéances initialement fixées dans le jugement arrêtant le plan seront rééchelonnées sur la durée ainsi prolongée⁽¹⁸⁾, au bénéfice de tous les intéressés en présence⁽¹⁹⁾.

Enfin, l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 propose un quatrième cas de prolongation de la durée des plans : le tribunal peut prolonger la durée du plan d'une durée maximale de 2 ans, sur requête du ministère public ou du commissaire à l'exécution du plan présentée jusqu'au 31 décembre 2020. Son article 5, I précise que ce nouveau cas de prolongation « s'ajout[e] le cas échéant à la ou aux prolongations prévues au III de l'article 1 et au II de l'article 2 de l'ordonnance du 27 mars 2020 susvisée ».

En outre, le II de l'article 5 se fait l'écho du rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 27 mars 2020 qui précisait que ces prolongations sont autonomes de la modification substantielle des modalités du plan, laquelle reste par ailleurs envisageable, en disposant qu'en cas de modification substantielle, la durée maximale du plan est de 12 ans ou 17 ans lorsque le débiteur est une personne exerçant une activité agricole. Aussi, lorsque la demande de modification substantielle porte sur les

modalités d'apurement du passif, le défaut de réponse des créanciers vaut toujours acceptation.

De surcroît, l'ordonnance prévoit, dans le dessein de favoriser l'adoption des plans de sauvegarde ou de redressement, que les engagements pour le règlement du passif puissent être établis sur la base d'une attestation de l'expert-comptable ou du commissaire aux comptes, et porter sur les créances déclarées admises ou non contestées, ainsi que sur les créances identifiables, là où, en l'état de la jurisprudence constante⁽²⁰⁾, tout le passif déclaré doit être considéré⁽²¹⁾, en ce compris les créances contestées. En outre, toujours dans un souci de célérité, l'article 4, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance consacre que le juge-commissaire puisse autoriser une réduction facultative, de 30 à 15 jours, du délai de consultation des créanciers sur les propositions de règlement des dettes inscrit à l'article L. 626-5 du Code de commerce, sur requête de l'administrateur judiciaire ou du mandataire judiciaire. Enfin, la communication par tout moyen, tant des propositions de règlement des dettes que des éventuelles réponses des créanciers, a également vocation à accélérer l'adoption d'un plan.

Ensuite, l'article 1-IV de l'ordonnance du 27 mars 2020 permet au président du tribunal, sous son appréciation souveraine et sur requête de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan présentée avant l'expiration d'un délai de 3 mois après la date de cessation de la période d'urgence sanitaire, de prolonger d'une durée maximale de 5 mois les délais qui leur sont imposés.

Enfin, l'ordonnance consacre l'avènement d'un privilège de « *post money* » pour les personnes qui concourent à un nouvel apport en trésorerie pendant la période d'observation ou au soutien de l'exécution d'un plan arrêté ou modifié⁽²²⁾.

Si certaines mesures temporaires n'auront peut-être pas l'opportunité d'être explorées, celles qui auront pu faire leur preuve pourront compter sur le temps de la transposition de la directive du 20 juin 2019 pour être, le cas échéant, maintenues, sauf à ce qu'à l'instar des mesures spéciales prises en période de crise, elles succombent concomitamment à la cessation de la cause de leur consécration.

(17) Circ. CIV/03/20, 30 mars 2020, § II, 1°, c) précise que « le texte de l'ordonnance permet une application cumulative », tout en indiquant que « ces dérogations, justifiées par l'urgence et le risque d'engorgement des juridictions, doivent être d'interprétation stricte (...) et être mises en œuvre avec prudence ».

(18) Circ. CIV/03/20, 30 mars 2020, § II, 1°, c).

(19) V. Berthelot G. et Ferrari B., « Les mesures favorables aux plans de sauvegarde et de redressement issues des ordonnances Covid-19 », dans le présent numéro : Gaz. Pal. 13 juill. 2020, n° 382v9 ; Berthelot G., « Covid-19 : Acte 2 – Une nouvelle ordonnance portant sur le droit des entreprises en difficulté », JCP E 2020, 374.

(20) Cass. com., 20 mars 2019, n° 17-27527.

(21) V. Berthelot G. et Ferrari B., « Les mesures favorables aux plans de sauvegarde et de redressement issues des ordonnances Covid-19 », dans le présent numéro : Gaz. Pal. 13 juill. 2020, n° 382v9 ; Crit. Berthelot G., « Covid-19 : Acte 2 – Une nouvelle ordonnance portant sur le droit des entreprises en difficulté », JCP E 2020, 374.

(22) Le Corre P.-M., « Le nouveau privilège de sauvegarde et de redressement », dans le présent numéro : Gaz. Pal. 13 juill. 2020, n° 382u9 ; Berthelot G., « Covid-19 : Acte 2 – Une nouvelle ordonnance portant sur le droit des entreprises en difficulté », JCP E 2020, 374.