

# Affaires

ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

374

## Covid-19: Acte 2 - Une nouvelle ordonnance portant sur le droit des entreprises en difficulté

**POINTS-CLÉS** → L'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19 a été publiée au *Journal officiel* du 21 mai 2020 → Le texte renforce notamment l'efficacité de la procédure de conciliation et facilite le recours aux procédures accélérées et l'adoption des plans de sauvegarde ou de redressement → Est également facilité et accéléré le traitement des entreprises en situation irrémédiablement compromise.

**Geoffroy Berthelot**

mandataire judiciaire  
Associé,  
professeur affilié Sciences  
Po Paris

« Il faut laisser le bien, si on est en doute de mieux » (Portalis).

Elle était annoncée, l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19 est arrivée (Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020 : JO 21 mai 2020, texte n° 8). Elle s'inscrit naturellement dans la continuité de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (L. n° 2020-290, 23 mars 2020 : JO 24 mars 2020, texte n° 2 ; JCP E 2020, act. 218), modifiée par la loi du 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire du 23 mai au 10 juillet 2020 (L. n° 2020-546, 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions : JO 12 mai 2020, texte n° 1) et des ordonnances n° 2020-306 du 25 mars 2020 (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, texte n° 9), modifiée par l'ordonnance du 13 mai 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, texte n° 25), et n° 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 (Ord. n° 2020-341, 27 mars 2020 : JO 28 mars 2020, texte n° 3 ; JCP E 2020, 1161, note J. Allais et M. Houssin), qui tiennent éminemment compte de l'état d'urgence sanitaire et qui contiennent respectivement d'ores et déjà des mesures permettant d'assurer pour partie la période post état d'urgence sanitaire (V. notamment G. Berthelot, Covid-19 : les rythmes du droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du temps : JCP E 2020, 1205).

Le législateur se devait d'intervenir à nouveau pour fixer des mesures transitoires et temporaires, et clarifier ce qui pouvait paraître abscons dans l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 prise dans l'urgence. L'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 y parvient, même si certaines dispositions ne manqueront d'être interprétées.

Son caractère temporaire est patent au regard de l'Histoire qui nous a démontré la pertinence de recourir à des mesures spéciales prises en période de crise. Ainsi, 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, et jusqu'au 31 décembre 2020 inclus. D'autres, par exception, et qui s'inspirent de la directive du 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 (V. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019 : JOUE n° L 172, 26 juin 2019, p. 18 ; JCP E 2019, act. 451 ; JCP E 2019, act. 493), sont quant à elles applicables jusqu'à sa transposition et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus. Enfin, son opportunité est évidente dès lors que l'impératif essentiel du droit des entreprises en difficulté reste l'efficacité qui commande, bien évidemment, la rapidité. Il fallait en conscience, après un temps nécessaire où le présent a ajourné le futur, retrouver de la célérité et de la facilité, gages d'efficacité.

En effet, cette ordonnance dispose du temps procédural tantôt pour l'accélérer tantôt pour le prolonger (1) et des mécanismes pour les faciliter (2).

### 1. Une rythmique procédurale à 2 temps

L'ordonnance permet certes une certaine accélération procédurale (A) mais surtout elle cristallise l'état d'urgence sanitaire au 23 mai, et rompt ainsi avec l'aléa de la prorogation de la « durée » *stricto sensu* de l'état d'urgence sanitaire. L'intérêt de la reprise économique est décorrélée de la notion *stricto sensu* de l'état d'urgence sanitaire. Cette détermination de l'état d'urgence sanitaire permet une fixation définitive des périodes, et subséquemment de circonscrire les prolongations et actions afférentes (B).

#### A. - Un rythme accéléré

L'ordonnance accélère le traitement des entreprises en difficulté en élargissant les critères d'éligibilité des procédures cèles de manière à accroître leur recours.

Tout d'abord, on relève l'inapplicabilité des seuils d'éligibilité à la sauvegarde accélérée et à la sauvegarde financière accélérée dans le dessein d'en faciliter l'initiative. Ces seuils qui sont de 20 salariés, 3 000 000 € de chiffre d'affaires hors taxe et 1 500 000 € pour le total du bilan ont déjà été sensiblement diminués par l'ordonnance du 12 mars 2014 (Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives : JO 14 mars 2014, p. 5249 ; JCP E 2014, act. 230, G. Notté ; JCP E 2014, 1223, Ph. Pétel), avec l'objectif de favoriser le recours à ces procédures accélérées. Or, l'attractivité n'en a point été renforcée, puisque le recours à

ces procédures reste proche de zéro. Espérons que la renonciation temporaire à ces seuils accélère leur efficacité, sauf à croire que ce soit davantage la menace de leur existence qui soit efficace, lors de négociation en phase amiable, et ainsi considérer que leur efficacité indirecte s'en trouvera tout de même renforcée.

Ensuite, la procédure de liquidation simplifiée, qui s'illustre par sa brièveté, 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.

Puis, la procédure de rétablissement professionnel voit son seuil d'éligibilité rehaussé de 5 000 € à 15 000 € concernant la valeur de l'actif.

Enfin, l'ordonnance prévoit que le délai de convocation des cocontractants, dans le cadre de l'examen d'une offre de cession prévu à l'article R. 642-7 du Code de commerce, est ramené de 15 à 8 jours ainsi qu'une réduction facultative du délai de consultation des créanciers sur les propositions de règlement des dettes inscrit à l'article L. 626-5 dudit code de 30 à 15 jours sur décision du juge-commissaire. Et la communication par tout moyen, tant des propositions de règlement des dettes que des éventuelles réponses des créanciers, inscrite à l'article 4, alinéa 2, a également vocation à accélérer le process.

## B. - Un rythme prolongé de plein droit

La nouvelle rédaction de l'article 2 de l'ordonnance du 27 mars 2020 (*Ord. n° 2020-341, 27 mars 2020, préc., art. 2 mod. par Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, préc., art. 9*), selon laquelle est prolongée de plein droit « jusqu'à l'expiration du délai prévu au I (23 juin 2020), d'une durée de trois mois » la durée de la période d'observation, des plans, du maintien de l'activité et de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée, facilite son appréhension. Ainsi, le législateur opte pour une mécanique *sui generis* (V. G. Berthelot, *Covid-19 : les rythmes du droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du temps, préc., n° 5*). Cette formule a certes l'avantage d'être plus compréhensible que la précédente (« sont prolongés, jusqu'à l'expiration du délai prévu au I, d'une durée équivalente à celle de la période prévue au I »), mais laisse tout de même la place à l'interprétation. Tout d'abord, à une interprétation minimaliste selon laquelle, la période est prolongée jusqu'au 23 juin 2020, soit durant la période juridiquement protégée, et ce quelle que soit la durée courue. Ensuite, à une interprétation simpliste, selon laquelle la durée est prolongée « jusqu'à l'expira-

tion du délai prévu au I (23 juin 2020), d'une durée de trois mois », soit pour toutes les durées considérées jusqu'au 23 septembre 2020. Ces interprétations ne sauraient satisfaire à l'esprit d'équité, puisque, dans le premier cas, certains dont le terme serait proche du 23 juin ne verraient leur durée prolongée que de quelques jours, et, dans le deuxième cas, les durées qui auraient vu leur terme arrivé dans une période contemporaine du début de l'état d'urgence sanitaire (23 mars) bénéficieraient de près de 6 mois de prolongation. Or, le rapport au Président est explicite sur ce point lorsqu'il 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 en raison de la protection bien comprise qu'elle offre aux débiteurs et aux créanciers des procédures collectives et selon laquelle 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.

Seule cette interprétation est protectrice des intérêts des débiteurs et créanciers et tient éminemment compte de l'immobilisme et de l'inertie imposés durant l'état d'urgence, qui ont cristallisé les perspectives des entreprises en difficulté, que seul un nouveau temps accordé peut permettre d'endiguer, laissant à nouveau la place à l'analyse des perspectives qui étaient neutralisées.

De surcroît, retenir l'analyse minimaliste ou simpliste reviendrait à ne pas tenir compte de la neutralisation forcée des délais écoulés et de surcroît à faire reprendre des délais courant de l'été 2020, période peu propice aux perspectives, et donc défavorables aux débiteurs et créanciers. Seules la maîtrise de la temporalité et de la célérité sont des facteurs de réussite des perspectives d'une entreprise en difficulté et favorisent l'approche des procédures dont la mécanique est facilitée.

## 2. Une mécanique facilitée

L'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 adapte temporairement les procédures du livre VI du Code de commerce et du chapitre 1<sup>er</sup> du livre III du Code rural et de la pêche maritime en favorisant le recours aux procédures préventives (A) et en facilitant l'homologation et l'exécution des plans de sauvegarde, de redressement et l'arrêté de cessions d'entreprise (B).

### A. - Faciliter le recours à la conciliation

Le recours aux procédures amiables doit être renforcé dans le dessein de permettre le plus efficacement possible de concourir

au financement de l'entreprise et de sa reprise, en favorisant la négociation entre les entreprises et les partenaires bancaires et financiers, mais également les principaux fournisseurs.

Il est heureux que le recours à une suspension provisoire automatique des poursuites, bien qu'appelée de leurs vœux par certains, ait été écarté, tant cette notion reste manifestement incompatible avec les notions de « négociations » et de « partenaires ». Mais, c'est le mécanisme même de la suspension des poursuites qui n'est pas institutionnalisé, préférant la mécanique déjà inscrite du renvoi à l'article L. 1343-5 du Code civil, dont le périmètre est élargi au cas où un créancier n'accepte pas la demande formulée par le conciliateur de suspendre l'exigibilité de sa créance. En effet, toujours à la seule initiative du débiteur, le président pourra accorder des délais de paiement dans les conditions prévues à l'article L. 1343-5, conformément à l'article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce. On ne peut que souscrire à cette possibilité casuistique sans attendre la mise en demeure ou la poursuite effective du créancier. De surcroît, le législateur, par une rédaction subtile, ouvre la possibilité au débiteur de solliciter du président, l'interruption ou l'interdit 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 refuse 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.

En effet, la seule mention de cet article aurait eu l'effet inverse de celui escompté tant il est marqué comme un principe directeur et automatique attaché à l'ouverture d'une procédure collective, judiciaire et publique, et corollaire du principe tout aussi directeur de l'interdiction des paiements des créances antérieures. Or, l'ouverture d'une procédure amiable n'a pas pour effet d'interdire le paiement des créances, et par voie de conséquence toute référence aux principes directeurs qui en découlent doit être exclue. Il est certain que le choix rédactionnel opérera. Les mesures prises par le président en vertu de l'article 2, 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup> ne seront effectives que durant la mission confiée au conciliateur.

### B. - Faciliter les plans

Par ailleurs, et dans le dessein de favoriser l'adoption des plans de sauvegarde ou de redressement, les engagements pour le règlement du passif peuvent 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, tout le passif déclaré doit être considéré. La formule finalement retenue de « *créances déclarées admises ou non contestées, ainsi que sur les créances identifiables* » est évidemment plus heureuse, bien qu'imparfaite, que celles envisagées de « *passif estimé* » et de « *créances utilement déclarées (...)* ». En effet, le passif estimé, même sur la base d'une attestation de l'expert-comptable ou du commissaire aux comptes du débiteur manque d'objectivité et la notion « *estimé* » n'est pas juridique. Dès lors, il aurait été tentant d'estimer un passif en fonction de ses capacités pour favoriser l'adoption d'un plan. Mais, les aménagements de l'article L. 626-10 du Code de commerce soulèvent néanmoins quelques observations. L'article L. 626-10 actuel du Code de commerce dispose que « *ces engagements portent sur (...) le règlement du passif soumis à déclaration (...)* ». Dès lors, la nouvelle rédaction, certes temporaire, fait référence à des termes non juridiques et abstraits tel « *identifiables* », et fait dépendre le périmètre du passif à considérer de l'attitude du débiteur. En effet, plus il contestera, même « *inutilement* » des créances et plus le périmètre de son passif à prendre en considération pour la faisabilité de son plan sera réduit.

Par conséquent, écarter purement et simplement les créances contestées revient à laisser une trop grande latitude au débiteur pour déterminer le périmètre du passif soumis à l'examen du plan. De surcroît, rappelons que la vérification des créances relève du monopole du juge-commissaire, et non du tribunal qui est dépourvu de compétence en la matière. Ainsi, comment le tribunal peut-il apprécier le passif « *identifiable* » et la pertinence des créances déclarées contestées. Le tribunal empiètera ainsi sur la compétence du juge-commissaire et sur le sort des contestations en cours en les excluant *a priori* du périmètre du passif à régler par le débiteur.

Ensuite, bien que les dispositions de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 servent déjà grandement à faciliter l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement, par le truchement des prolongations instituées, l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 ajoute des prolongations complémentaires.

Déjà, en vertu de l'article 2, II de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020, est prolongée de plein droit « *jusqu'à l'expiration du délai prévu au I (23 juin 2020), d'une durée de trois mois* », la durée des plans (V. *supra* 1., B.).

Puis, des délais supplémentaires pourront être accordés uniquement sur requête du commissaire à l'exécution du plan ou du ministère public. D'abord sur requête du

commissaire à l'exécution du plan présentée jusqu'au 23 août 2020 inclus, le président du tribunal peut prolonger la durée du plan dans la limite d'une durée de 5 mois (Ord. n° 2020-341, 27 mars 2020, *préc.*, art. 1, III, 1° mod. par Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, *préc.*, art. 9). Cependant, sur requête présentée par le ministère public dans ce même délai, la prolongation peut être prononcée pour une durée maximale d'un an. Ensuite, et seulement après l'expiration du délai ouvert pour les requêtes précédentes, soit à compter du 24 août 2020, et durant les 6 mois qui suivent, soit jusqu'au 24 février 2021, sur requête du ministère public ou du commissaire à l'exécution du plan, le tribunal peut prolonger la durée du plan pour une durée maximale d'un an.

Ces mesures d'adaptation extrêmement souples de la durée des plans peuvent être cumulées et ainsi porter la prolongation des plans de 3 à 27 mois.

Dès lors, ajouter une énième possibilité et modalité de prolongation pouvait apparaître comme surrogatoire. Néanmoins, comme le prévoit le I de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, le tribunal peut prolonger la durée du plan pour 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 inclus. Cette disposition prévoit que cette nouvelle prolongation peut se cumuler avec les précédentes. La durée des plans pourrait ainsi être prolongée d'une durée de 27 (3 + 24 mois) à 51 mois (27 + 24 mois).

Ces prolongations ne doivent pas s'analyser en des mesures de report d'échéance, mais en un rééchelonnement des échéances prévues (Circ. n° NOR : JUSC2008794C, CIV/03/30, 30 mars 2020, II, 1°, c) sur la durée ainsi prolongée, sauf dans l'hypothèse où le tribunal décide de faire application du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 1343-5 du Code civil et ainsi de reporter les échéances. Le rééchelonnement devra être privilégié car ainsi le débiteur voit ses échéances diminuées, mais les créanciers continuent à percevoir des dividendes, ce qui semble essentiel en période de crise de trésorerie. De surcroît, le II de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-596 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 et 17 ans. Aussi, lorsque la demande de modification substantielle porte sur les modalités d'apurement du

passif le défaut de réponse des créanciers vaut acceptation.

Ensuite, 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. D'aucuns regretteront que, dans la précipitation de sa consécration, son efficacité soit relative. En effet, l'efficacité d'un privilège réside dans son autonomie. Or, l'intégrer dans une catégorie existante le prive d'une certaine efficacité et réduit d'autant la portée du privilège préexistant pour les créanciers qui en bénéficient déjà. Dès lors comment attirer des créanciers à financer la période risquée de la période d'observation, si le périmètre de leur privilège est partagé avec d'autres créanciers qui pourront arriver plus tard, mais on ne sait pas quand, et même dans un temps au-delà de celui qui consacre ce privilège. En effet, le temps du privilège de sauvegarde ou de redressement est le temps de cette procédure même, autrement dit la période d'observation. Une fois celle-ci achevée commence la période du plan de sauvegarde ou de redressement. Si cette période doit donner naissance à un nouveau privilège légal, ce dernier devra nécessairement être différent et de rang inférieur. Conséquemment, il serait davantage pertinent que les trois privilèges diffèrent dans le livre VI tant dans leur temporalité que dans leur consécration et donc leur régime. La *new money* (conciliation), le privilège de procédure de sauvegarde ou de redressement d'un rang inférieur et donc le *post-money* d'un rang encore inférieur. À défaut, c'est tout l'équilibre et la portée même des garanties de rang préférentiel qui s'en trouveront bouleversés.

Enfin, l'idée de rompre même temporairement avec le régime des interdictions prévues à l'article L. 642-3 du Code de commerce surprend. En effet, ces interdictions motivées par la crainte de voir le débiteur racheter directement ou indirectement son entreprise sans le passif antérieur relève de la moralisation des affaires, dont l'unique garant est le ministère public, raison pour laquelle il est le seul à pouvoir saisir la juridiction aux fins d'y déroger. Permettre au débiteur ou à l'administrateur judiciaire de formuler la requête prévue au deuxième alinéa de l'article L. 642-3 n'est pas sans risque, même si les débats auront lieu impérativement en présence du ministère public et que la motivation unique qui devra être démontrée est d'assurer le maintien de l'emploi.

Place à la pratique qui, seule, révélera les vicissitudes de ces dispositions temporaires, dans la duration « *chronos* » métrée.