



MINISTÈRE DE LA JUSTICE

LE DIRECTEUR DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU

Circulaire du 16 juin 2020

Date d'application : immédiate

La garde des sceaux, ministre de la justice

à

POUR ATTRIBUTION

**Mesdames et Messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel
Monsieur le Procureur près le tribunal supérieur d'appel
Mesdames et Messieurs les procureurs de la République
près les tribunaux judiciaires**

POUR INFORMATION

**Madame la Première présidente de la Cour de cassation
Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation
Mesdames et Messieurs les premiers présidents des cours d'appel
Monsieur le Président du tribunal supérieur d'appel
Mesdames et Messieurs les présidents des tribunaux judiciaires
Mesdames et Messieurs les présidents des tribunaux de commerce
Mesdames et Messieurs les présidents des conseils de prud'hommes
Monsieur le Directeur de l'Ecole nationale de la magistrature
Monsieur le Directeur de l'Ecole nationale des greffes
Madame la présidente du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce
Monsieur le Président du Conseil supérieur du notariat
Madame la Présidente du Conseil national des barreaux
Monsieur le Président du Conseil national des administrateurs judiciaires et des
mandataires judiciaires
Monsieur le président de la Chambre nationale des commissaires de justice**

N° NOR : JUSC2014072C

Références : D4/009/202030000485

Titre : Circulaire de présentation de 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

Mots-clefs : loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, notamment le d) du 1° du I de son article 11 ; ordonnance n° 2020-596 ; ordonnance n° 2020-341, difficultés des entreprises

Textes sources : loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, notamment le d) du 1° du I de son article 11 ; ordonnance n°2020-341 du 28 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 ; 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.

Publication : Bulletin officiel et intranet justice

Modalités de diffusion

Diffusion directe à la Première présidente de la Cour de cassation, aux premiers présidents et, par l'intermédiaire de ces derniers, aux magistrats du siège
Diffusion directe au Procureur général près la Cour de cassation, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République
Diffusion directe aux présidents des tribunaux de commerce
Diffusion directe aux présidents des conseils de prud'hommes
Diffusion directe au Directeur de l'Ecole nationale de la magistrature
Diffusion directe au Directeur de l'Ecole nationale des greffes
Diffusion directe à Madame la Présidente du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce
Diffusion directe à Monsieur le Président du Conseil supérieur du notariat
Diffusion directe à Madame la Présidente du Conseil national des barreaux
Diffusion directe à Monsieur le Président du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires
Diffusion directe à Monsieur le Président de la Chambre nationale des commissaires de justice
Diffusion directe à Monsieur le Président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes
Diffusion directe à Madame la Présidente du Haut conseil du commissariat aux comptes

SOMMAIRE

Introduction.....	3
I – La délimitation dans le temps des délais ou durées mentionnés par l’ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020	4
1° Exemple pour l’article 1 de l’ordonnance : la conciliation.....	5
2° Exemple pour l’article 2 de l’ordonnance : Les dispositions relatives à la période d’observation et à l’AGS.....	5
II – La détection et la prévention des difficultés des entreprises et des exploitations agricoles	6
1° L’information par le commissaire aux comptes du président du tribunal (art. 1 ^{er}).....	6
2° La possibilité pour le débiteur de solliciter une suspension des poursuites ou de demander des délais de paiement en procédure de conciliation (art. 2)	7
(i) La suspension temporaire et individuelle des poursuites : II de l’article 2.....	7
(ii) L’octroi de délais de grâce : III de l’article 2.....	7
III – Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.....	8
1° Les conditions d’ouverture des procédures de sauvegarde accélérée (art. 3)	8
2° L’adoption des plans de sauvegarde ou de redressement judiciaire (art. 4)	9
3° L’exécution des plans de sauvegarde ou de redressement judiciaire (art. 5).....	9
(i) la durée du plan.....	9
(ii) La modification du plan.....	10
(iii) L’institution d’un nouveau privilège.....	10
IV – Le traitement des situations d’entreprises en situation irrémédiablement compromise.....	11
V – La cession d’entreprise en plan.....	12
VI – Le rebond	12
VII – L’application dans le temps des dispositions nouvelles.....	13

Introduction

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 habilite le gouvernement à prendre par ordonnance, dans un délai de trois mois, « toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi » (article 11 I), « afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l’épidémie de covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation, et notamment afin de prévenir et limiter la cessation d’activité des personnes physiques et morales exerçant une

activité économique et des associations ainsi que ses incidences sur l'emploi » (art. 11 I 1°) ; elle permet d'adapter ainsi « les dispositions du livre VI du code de commerce et celles du chapitre Ier du titre V du livre III du code rural et de la pêche maritime afin de prendre en compte les conséquences de la crise sanitaire pour les entreprises et les exploitations » (article 11, I 1° d)).

L'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 (publiée au *Journal officiel* du 28 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, a apporté une première réponse aux difficultés immédiates rencontrées par les entreprises et exploitations agricoles. Elle a fait l'objet d'une circulaire datée du 30 mars 2020, rectifiée le 1^{er} avril.

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 (publiée au *Journal officiel* du 21 mai 2020) a pour objet d'une part, de compléter ou préciser les dispositions de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020, et, d'autre part, d'adapter provisoirement quelques dispositions du livre VI du code de commerce.

La présente circulaire présente les dispositions l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020. La circulaire du 30 mars 2020 relative à l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 (NOR : JUSC2008794C) demeure en vigueur, sauf précision contraire mentionnée dans la présente circulaire.

I – La délimitation dans le temps des délais ou durées mentionnés par l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020

L'ordonnance du 20 mai 2020 a modifié les dispositions de l'ordonnance du 27 mars 2020 qui fixaient la durée d'application dans le temps de certaines mesures. Dans sa rédaction initiale, l'ordonnance du 27 mars 2020 prévoyait des mesures applicables pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire augmentée soit de trois mois (article 1^{er}) soit d'un mois (article 2).

L'ordonnance du 20 mai 2020 a remplacé ces échéances « flottantes » par des dates fixes équivalentes à la durée qui pouvait être initialement anticipée compte tenu de la durée de l'état d'urgence sanitaire prévue par l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 (qui avait décidé de l'état d'urgence sanitaire pour deux mois).

Ainsi, désormais les mesures prévues par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 27 mars 2020 sont applicable jusqu'au 23 août 2020 (et non plus trois mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire) et les mesures prévues par l'article 2 de cette même ordonnance sont applicables jusqu'au 23 juin (et non plus un mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire).

Dès lors, la prorogation de l'état d'urgence sanitaire par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 est sans incidence sur la durée des mesures prévues par l'ordonnance du 27 mars 2020.

De la même façon, les « durées » mentionnées dans l'ordonnance du 27 mars, initialement prévue en référence à la durée de l'état d'urgence sanitaire, sont remplacées par des durées fixes de cinq mois (article 1^{er}) ou de trois mois (article 2).

1° Exemple pour l'article 1 de l'ordonnance : la conciliation

La durée d'une procédure de conciliation est prolongée de cinq mois si celle-ci n'avait pas pris fin avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 27 mars. La prolongation s'applique aux conciliations en cours à la date de l'ordonnance et à celles ouvertes jusqu'au 23 août. Cette adaptation a pour objet d'éviter que la mission du conciliateur ne prenne fin de plein droit, alors qu'il n'aurait pas pu exercer réellement sa mission, mais elle ne fait pas obstacle à l'application des dispositions des articles R. 611-36 à R. 611-38-1 du code de commerce.

La circonstance que la durée de la conciliation ouverte par le président du tribunal a été de moins de quatre mois ou qu'elle a été prorogée dans la limite de cinq mois par décision motivée, comme le permet l'article L. 611-6, est sans incidence sur l'application de la prolongation de cinq mois prévue par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 27 mars 2020.

Compte tenu des conséquences de l'application combinée de l'article L. 631-5 du code de commerce et du 1^o du I de l'article 1 de l'ordonnance du 27 mars 2020, une vigilance toute particulière s'imposera au conciliateur, sous le contrôle du président du tribunal, pour éviter que ces prolongations, destinées à permettre à des négociations d'aboutir à une solution favorisant le maintien de l'activité, ne retardent anormalement l'ouverture d'une procédure fondée sur l'état de cessation des paiements du débiteur alors que la recherche d'un accord avec les créanciers est vouée à l'échec.

Le président du tribunal et le ministère public devront être attentifs aux incidences possibles de la prolongation sur la rémunération du conciliateur.

2° Exemple pour l'article 2 de l'ordonnance : Les dispositions relatives à la période d'observation et à l'AGS

La durée de la période d'observation ouverte ou en cours entre la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 27 mars et la date du 23 juin est prolongée de plein droit de trois mois en application de l'article 2 de l'ordonnance du 27 mars. Cette prolongation de droit, qui concerne la première période d'observation, ou une période renouvelée, voire prolongée, par décision du tribunal conformément à l'article L. 621-3 du code de commerce, ne fait pas obstacle à ce que le plan soit soumis à ce tribunal sans attendre son expiration, ni à une décision de conversion pouvant intervenir à tout moment. Elle n'est pas incompatible avec un rappel de l'affaire dans le délai normal. En effet, si la procédure a été ouverte avant ou même après l'entrée en vigueur de la première ordonnance, il n'était pas possible de connaître, avant la seconde ordonnance, la durée réelle de la prolongation. Dans cette hypothèse où l'affaire serait appelée avant le terme des six mois prévus par le code de commerce, le tribunal, s'il n'est pas conduit à ordonner une conversion, constatera que la période d'observation n'est pas parvenue à son terme ou pourra renvoyer l'affaire.

Les prolongations prévues au 1^o du II de l'article 2 de l'ordonnance du 27 mars et les difficultés pour la mise en place des procédures de licenciement, lors du confinement, peuvent compromettre le respect des délais imposés par l'article L. 3253-8 du code du travail. C'est pourquoi ces délais ont également été prolongés. S'agissant du 5^o de cet article, les périodes mentionnées au *a*), au *b*), au *c*) et au *d*) entrent dans le champ de ces prolongations. Le rapport au Président de la République relatif à cette ordonnance n° 2020-341 expose : « *La prolongation du délai accordé au mandataire de justice n'aurait pas de sens si les limites de la garantie de l'AGS n'étaient pas adaptées* ». Le montant maximal de la garantie fixé par la première phrase du 5^o de l'article L. 3253-8 du code du travail est déterminé par une durée (un

mois et demi de travail). Sous réserve de l'interprétation par les tribunaux de cette disposition du 3° du II de l'article 2 de l'ordonnance, l'extension de durée prévue par ce texte s'applique donc à cette référence aux 45 jours.

La définition du champ de la prolongation justifiée par l'état d'urgence sanitaire a ainsi des incidences financières, et les acteurs de la procédure, notamment le juge-commissaire dans l'exercice de son pouvoir de surveillance générale, de veiller à ce que tout soit mis en œuvre pour que les assouplissements introduits par l'ordonnance ne conduisent pas à des abus ou de reports de simple opportunité.

Ces mesures ont, en effet, comme justification celle d'assurer l'effectivité des dispositions légales ou réglementaires malgré les restrictions liées à l'état d'urgence sanitaire et notamment aux mesures de confinement. Leur application pourrait générer un contentieux ou fonder une action à l'encontre du liquidateur qui aurait tardé à mettre fin au contrat de travail, sans autre justification que la prolongation accordée par l'ordonnance.

II – La détection et la prévention des difficultés des entreprises et des exploitations agricoles

L'anticipation des difficultés des entreprises et des exploitations agricoles est un objectif prioritaire qui doit permettre de mieux traiter ces difficultés identifiées le plus en amont possible, afin de prévenir également les effets en chaîne liés à l'ouverture d'une procédure collective, notamment liquidative. Les articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portent respectivement sur la détection des difficultés et le recours à la procédure de conciliation.

1° L'information par le commissaire aux comptes du président du tribunal (art. 1^{er})

L'article 1^{er} renforce l'information du président du tribunal pour la détection des difficultés des entreprises en facilitant une transmission plus rapide et plus complète par le commissaire aux comptes mettant en œuvre la procédure d'alerte.

Pour les entreprises ou entités qui font appel à un commissaire aux comptes, l'organisation de la procédure d'alerte par les articles L. 234-1 à L. 234-4, les articles R. 234-1 à R. 234-7 et l'article L. 612-3 du code de commerce, prévoit une information du président du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire.

Ces dispositions du livre II du code de commerce et l'article L. 612-3 prévoient que lorsqu'il relève des faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation, le commissaire aux comptes informe sans délai le président du conseil d'administration ou du directoire ou le dirigeant. Ceux-ci disposent de 15 jours pour répondre. L'information du président du tribunal est prévue si la procédure se poursuit, et de manière graduée, la transmission complète des documents n'étant prévue, pour les personnes morales ayant un organe collégial d'administration, qu'encore plus tard, soit 38 jours après le déclenchement de la procédure.

L'objet de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 20 mai 2020 est de permettre au commissaire aux comptes de transmettre au président tous les éléments utiles, dès la première information faite, selon le cas, au président du conseil d'administration ou du directoire, ou au dirigeant, puis à tout moment, sur le critère de l'urgence.

L'ordonnance ne modifie les dispositions relatives à l'alerte qu'en ce qui concerne ces relations avec le président de la juridiction compétente, afin de permettre à ce dernier de tirer toutes les conséquences utiles des éléments ainsi communiqués. Le président pourra, s'il l'estime pertinent, convoquer les dirigeants sur le fondement des dispositions des articles L. 611-2 ou L. 611-2-1 du code de commerce.

2° La possibilité pour le débiteur de solliciter une suspension des poursuites ou de demander des délais de paiement en procédure de conciliation (art. 2)

L'article 2 de l'ordonnance n° 2020-596 permet au débiteur de demander au président du tribunal, qui a ordonné l'ouverture d'une procédure de conciliation sur le fondement des articles L. 611-4 et suivants du code de commerce, deux types de mesures : la suspension temporaire des poursuites et l'octroi de délais de grâce.

(i) La suspension temporaire et individuelle des poursuites : II de l'article 2

Le conciliateur peut proposer à un ou plusieurs créanciers de suspendre l'exigibilité d'une ou plusieurs créances pendant la durée de cette négociation. En cas de refus, même implicite, le débiteur – et non le conciliateur, qui n'a pas la qualité de partie à la procédure – peut, en premier lieu, saisir le président du tribunal afin, notamment, de préserver sa trésorerie à titre conservatoire le temps de la négociation, en lui demandant d'ordonner des mesures comparables à celles de l'article L. 611-10-1 du code de commerce. Ces mesures ont également comparables à celles qui sont prévues en cas d'ouverture d'une procédure collective par l'article L. 622-21, mais sans publicité et sans effet collectif. L'ordonnance prévoit, une suspension des délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits, et non une interruption, d'une part, et les intérêts des créances continuent à courir, d'autre part. En revanche, lorsque le juge décide de reporter les sommes dues (3°), les majorations d'intérêts ou pénalités de retard ne sont pas encourues.

Les mesures sont ordonnées par décision prise sur requête à l'égard du ou des créanciers concernés ; la requête doit désigner la ou les créances en cause. En effet, les créanciers appelés à la conciliation peuvent l'être au titre de certaines créances seulement.

Les mesures ordonnées par le président du tribunal ne produisent leur effet que jusqu'au terme de la mission confiée au conciliateur. Si l'ordonnance précise la durée de la mission et que la procédure fait l'objet d'une prolongation, une nouvelle requête pourra être formée dans les mêmes conditions.

La procédure relève des dispositions des articles 493 et suivants du code de procédure civile, et de celles de l'article R. 661-3 du code de commerce.

L'ordonnance est, enfin, communiquée au ministère public, ce qui lui permet de savoir dans quelles conditions les négociations se sont déroulées. Cette information pourrait être utile en cas d'échec de la négociation et de demande d'ouverture d'une nouvelle conciliation, par exemple, ou pour le contrôle de la rémunération du conciliateur.

(ii) L'octroi de délais de grâce : III de l'article 2

Le débiteur peut également, comme le prévoit déjà le 5° alinéa de l'article L. 611-7 du code de commerce, demander au juge qui a ouvert la procédure l'application de l'article 1343-5 du code civil. Toutefois, jusqu'au 31 décembre 2020 inclus, la demande du débiteur peut, par dérogation

au 5^e alinéa de l'article L. 611-7, être formée avant toute mise en demeure ou poursuite par un créancier, lorsque ce créancier n'a pas accepté, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance. Le critère est identique à celui qui concerne la requête évoquée ci-dessus. C'est la date de la saisine du juge qui détermine l'application de ce régime dérogatoire et non le fait que la procédure de conciliation soit en cours au 31 décembre 2020.

L'ordonnance du juge rendue sur le fondement du 5^{ème} alinéa de cet article, dans le cadre d'une procédure accélérée au fond, peut imposer des délais de paiement allant jusqu'à deux ans, ce qui peut donc excéder le temps de la négociation.

Ces deux séries de mesures de protection du débiteur peuvent se cumuler, sous réserve des règles particulières qui s'y appliquent, telle que leur durée. Si le président a accordé des délais de grâce par ordonnance sur requête, ces délais viennent toutefois en déduction, le cas échéant, de la limite fixée par l'article 1343-5 du code civil, conformément à la jurisprudence relative à ces délais de grâce (Cass. civ. 1^{ère} 6 juillet 1959). En outre, le fait d'inciter le débiteur à recourir à une procédure de conciliation est justifié par la volonté d'éviter l'ouverture d'une procédure dont les effets collectifs reporteraient sans distinction les difficultés de trésorerie d'une entreprise sur l'ensemble de ses partenaires. La situation du créancier doit donc être prise en compte, comme le prévoit l'article 1343-5 du code civil. L'individualisation de ces procédures complémentaires à celle de la conciliation ne s'explique pas seulement par l'exclusion de toute mesure collective liée à la nécessité de préserver le principe de la confidentialité affirmée par l'article L. 611-15 du code de commerce. Le juge statue « en considération des besoins du créancier ».

III – Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire

1° Les conditions d'ouverture des procédures de sauvegarde accélérée (art. 3)

Lorsqu'un débiteur a obtenu l'ouverture d'une procédure de conciliation, mais ne parvient pas à recueillir un accord des créanciers appelés à cette procédure pouvant faire l'objet d'un constat par le président ou d'une homologation par tribunal, il peut, à certaines conditions, demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée ou de sauvegarde financière accélérée.

Parmi ces conditions, le troisième alinéa de l'article L. 628-1 mentionne des seuils dont la fixation relève du décret. L'article 3 de l'ordonnance n° 2020-596 supprime temporairement ces conditions de seuils. Mais les autres conditions restent inchangées, notamment celles relatives à la certification ou l'établissement des comptes.

La demande d'ouverture d'une sauvegarde accélérée ou financière accélérée demeure possible même si l'entreprise est déjà en cessation des paiements, comme le prévoit le dernier alinéa de l'article L. 628-1 précité. Cette précision est à rapprocher de l'article 1 de l'ordonnance du 27 mars 2020 qui fixe au 12 mars la date de la cessation des paiements, cette cristallisation pouvant être invoquée jusqu'au 23 août 2020 si le tribunal n'a pas statué sur cette date avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 27 mars 2020.

Toutefois, il n'est pas souhaitable, en cas d'échec de la procédure accélérée, que la situation du débiteur ne soit pas traitée immédiatement par l'ouverture d'une procédure – distincte - de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, en cas de cessation des paiements. C'est

pourquoi ce même article 3 étend aux mandataires de justice – s'ils n'ont pas cessé leurs fonctions - la faculté de saisir le tribunal à cette fin. Le juge, à la date où il statuera, pourra constater cette cessation des paiements.

Sans instituer une conversion de la procédure de sauvegarde accélérée, ni prévoir une possible saisine d'office aux fins de conversion, l'ordonnance introduit une nouvelle cause de clôture de cette procédure. La procédure collective ouverte dans cette hypothèse sera distincte de la procédure qui a échoué.

2° L'adoption des plans de sauvegarde ou de redressement judiciaire (art. 4)

L'article 4 de l'ordonnance du 20 mai 2020 a pour objet de faciliter l'adoption plus rapide d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Un raccourcissement des délais de consultation des créanciers peut ainsi être autorisé par le juge-commissaire. A la demande de l'administrateur judiciaire, s'il en a été désigné un, ou du mandataire judiciaire, le juge-commissaire peut réduire à quinze jours le délai prévu par la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article L. 626-5. Le juge-commissaire pourra ainsi apprécier la complexité des propositions faites aux créanciers et la pertinence d'un délai de réponse abrégé.

Un allègement des formalités de consultation des créanciers est également prévu : les propositions pour le règlement des dettes ainsi que les éventuelles réponses à ces propositions peuvent être communiquées par tout moyen permettant au mandataire judiciaire d'établir avec certitude la date de leur réception. La voie dématérialisée est donc possible. Les dispositions réglementaires de l'article R. 626-7 du code de commerce sont ainsi écartées mais l'ordonnance impose de pouvoir établir la réception. En effet, le silence du créancier vaut acceptation, y compris de propositions de remise de dette. Il est possible de se référer à l'article L. 100 du code des postes et des communications électroniques. D'une manière générale, en dehors de l'application de ce dernier texte, la charge de la preuve pèse, en cas de contentieux, sur le mandataire judiciaire.

Le troisième alinéa de l'article 4 prévoit, à titre temporaire, que lorsque 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, ils portent sur les créances déclarées, admises ou non contestées, ainsi que sur les créances identifiables, notamment celles dont le délai de déclaration n'est pas expiré, comme celles de l'AGS. Il s'agit d'une référence au passif vraisemblable, établi notamment à partir des informations comptables. L'inscription d'une créance contestée au plan ne préjuge pas de son admission ou de son rejet. L'allègement des modalités d'établissement du passif conduit à déroger temporairement à la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com. 20 mars 2019, pourvoi n° 17-27.527) selon laquelle le plan ne peut être arrêté qu'en considération des créances déclarées, même contestées, à l'exception de celles qui ont déjà été rejetées.

3° L'exécution des plans de sauvegarde ou de redressement judiciaire (art. 5)

(i) la durée du plan

Le I de l'article 5 de l'ordonnance du 20 mai facilite d'abord l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement en organisant la possibilité pour le tribunal de prolonger la durée du plan pour une durée maximale de 2 ans, durée s'ajoutant le cas échéant à la prolongation déjà prévue par l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020.

Ainsi, outre la prolongation de droit prévue par l'article 2 de l'ordonnance du 27 mars (d'une durée de trois mois), une première prolongation peut être décidée par le président sur le

fondement de 1° du III l'article 1 de cette ordonnance. Cette possibilité est ouverte jusqu'au 23 août 2020. Après cette date, l'ordonnance du 27 mars précise que la décision de prolongation ressortit à la compétence du tribunal et peut aller jusqu'à un an supplémentaire. L'article 5 de l'ordonnance du 20 mai prévoit que le tribunal peut prolonger la durée du plan pour une durée maximale de deux ans. Cette disposition est applicable jusqu'au 31 décembre 2020, selon l'article 10 de l'ordonnance n° 2020-596. La possibilité de cumul concernera donc, en fait, la prolongation de droit, celle, le cas échéant, accordée par le président, et la décision du tribunal rendue en application de cet article 5.

Quelle que soit l'autorité juridictionnelle qui accorde la prolongation, l'ordonnance du 20 mai prévoit la possibilité d'adapter les délais de paiements initialement fixés par le tribunal à la durée du plan prolongée, en dérogeant le cas échéant aux dispositions de l'article L. 626-18 du code de commerce. Peuvent notamment être écartées les obligations relatives au premier paiement, et au montant minimal des annuités. Cette dérogation a pour objet d'éviter une accumulation des échéances à régulariser. Le président du tribunal ou le tribunal peut, en outre, faire application des dispositions des trois premiers alinéas de l'article 1343-5 du code civil, dans la limite du terme du plan tel que prolongé en application des dispositions de l'alinéa précédent, soit au maximum deux ans, même en cas de cumul des prolongations. La référence aux trois premiers alinéas de l'article 1343-5 du code civil a pour finalité de leur permettre de prendre en compte les besoins individuels des créanciers, ce qui déroge aussi au principe de l'uniformité des délais de paiement dans cette hypothèse.

(ii) La modification du plan

En cas de modification substantielle du plan, la durée maximale du plan arrêté par le tribunal conformément à l'article L. 626-12 ou L. 631-19 du code de commerce est portée par le II de l'article 5 à douze ans ou, lorsque le débiteur est une personne exerçant une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime, à dix-sept ans. Cette durée dérogatoire ne concerne pas la durée maximale des plans telle qu'elle s'impose au moment où le tribunal les arrête initialement.

Il en ressort que deux modalités de modification des délais de paiements initialement fixés par le tribunal sont possibles suivant que la demande de prolongation du plan est effectuée en application du I, ou du II de l'article 5. La durée maximale du plan sera différente suivant la procédure de prolongation utilisée. En cas de cumul des prolongations successives de droit ou décidées hors procédure de modification substantielle, le total peut dépasser sensiblement les deux ans (par exemple : 3 mois, puis six mois par le président, puis deux ans par le tribunal), de sorte qu'un plan d'une durée initiale de dix ans pourrait durer plus de douze ans dans cette hypothèse.

Le III de l'article 5 prévoit, par ailleurs, qu'en cas d'utilisation de la procédure de modification substantielle du plan de droit commun, le défaut de réponse des créanciers consultés vaut acceptation des propositions qui leur sont faites, sauf s'il s'agit de remises de dettes ou de conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. S'il y a prolongation sans modification substantielle, aucune consultation n'est prévue ; les remises de dettes ne peuvent, par contre, être envisagées.

(iii) L'institution d'un nouveau privilège

Un privilège de sauvegarde ou de redressement est créé au IV de l'article 5, pour encourager le financement des entreprises en procédure de sauvegarde ou de redressement, ainsi que pendant l'exécution du plan de remboursement arrêté par le tribunal.

Le classement de ce privilège est situé au même niveau que certaines créances nées après l'ouverture de la procédure collective et relevant des dispositions des articles L. 622-17 ou L. 641-13 du code de commerce. Il prend rang notamment, après le privilège dit de conciliation et le super-privilège des créances salariales. Les créanciers bénéficiant du privilège de sauvegarde ou de redressement prévu au premier alinéa sont ainsi payés, pour le montant de leur apport, dans l'ordre prévu au III de l'article L. 622-17 et au III de l'article L. 641-13 du même code, après les créances mentionnées au 1° de ces dispositions et avant celles mentionnées au 2°.

En cas de liquidation judiciaire, ce privilège « d'argent frais » prime celui attaché aux avances faites par l'AGS en application du 5° de l'article L. 3253-8 4° du code du travail.

Ce privilège permet d'inciter des personnes à consentir un apport en trésorerie, soit lors de la période d'observation, soit dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement. A la différence des prêts consentis pendant la période d'observation, qui font également l'objet d'une autorisation du juge-commissaire comme le prévoient les articles L. 622-17 et L. 641-13, la finalité de ces apports ne se limite pas à la période d'observation et l'ordonnance (reprenant la formule de l'article L. 611-11 du code de commerce) exige qu'ils assurent la pérennité de l'entreprise. Il existe néanmoins un risque de confusion avec les prêts qui impose que l'autorisation accordée par le juge-commissaire soit suffisamment précise et que ce rang soit précisé lors de la publicité prévue.

Le privilège attaché à ces apports en trésorerie, qu'ils soient autorisés par le juge-commissaire ou prévus pour l'exécution du plan dans le cadre d'un engagement, sont mentionnés dans le jugement qui arrête ou modifie le plan. Ce jugement fait l'objet des publicités prévues à l'article R. 621-8 du code de commerce. Mais l'opposabilité du privilège de l'apport autorisé par le juge-commissaire dépend de la publicité prévue par l'ordonnance au registre mentionné à l'article R. 622-14 du code de commerce, et non de cette mention dans le jugement.

Les apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital ne peuvent, quant à eux, être garantis par ce privilège.

Outre le bénéfice de ce privilège, l'apport en trésorerie permet à celui qui l'effectue d'échapper aux remises ou délais qui pourraient lui être imposés dans le cadre d'un plan. Ce risque correspond à l'hypothèse d'une résolution du plan de sauvegarde et à l'ouverture subséquente d'une procédure de redressement judiciaire. La protection ne s'applique pas au privilège de redressement. La résolution d'un plan de redressement judiciaire conduit à l'ouverture d'une liquidation judiciaire si le débiteur est en cessation des paiements et non à une seconde procédure de redressement. On pourrait certes concevoir que la seconde procédure collective ne soit pas la conséquence de la résolution du plan de la première et ne soit pas liquidative, mais cette hypothèse rare n'a pas été retenue.

IV – Le traitement des situations d'entreprises en situation irrémédiablement compromise

L'article 6 de l'ordonnance du 20 mai 2020 élargit les conditions d'accès aux procédures concernant des personnes physiques dont la situation ne permet pas d'envisager l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Les modifications portent, d'une part, sur la procédure de liquidation judiciaire simplifiée et, d'autre part, le rétablissement professionnel.

L'article 6 écarte tout d'abord les conditions de seuils de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée pour les personnes physiques dont le patrimoine ne comprend pas de bien immobilier. Il permet toutefois au tribunal de ne pas faire application, dès le jugement d'ouverture, de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée pour les entreprises comptant au moins six salariés. Les articles L. 644-5 et L. 644-6 du code de commerce sont, par ailleurs, toujours applicables.

La valeur de l'actif mentionnée au premier alinéa de l'article L. 645-1 du code de commerce pour l'application du rétablissement professionnel est, par ailleurs, fixée à 15 000 euros, au lieu du seuil de 5 000 euros actuellement prévu. L'ordonnance ne précise pas la composition de l'actif qui doit être retenue et le critère de l'article R. 645-1 demeure déterminant, à savoir la valeur de réalisation de l'actif.

V – La cession d'entreprise en plan

L'article 7 de l'ordonnance du 20 mai 2020 facilite l'adoption d'un plan de cession totale ou partielle de l'entreprise en liquidation judiciaire voire en redressement judiciaire. Les premières analyses des conséquences de la crise font apparaître, en effet, que le maintien des emplois imposera plus fréquemment une telle opération, dans un marché affecté par cette crise.

Le premier alinéa de l'article 7 ne déroge pas au principe prévu par l'article L. 642-3 du code de commerce mais, lorsque la cession envisagée est en mesure d'assurer le maintien d'emplois, la requête prévue au deuxième alinéa de l'article L. 642-3 du code de commerce peut être formée par le débiteur ou l'administrateur judiciaire, s'il en existe un. Les débats ont alors lieu en présence du ministère public. Le non-respect de cette condition de présence est sanctionné par la nullité du jugement, même si l'ordonnance ne le précise pas et il convient de renvoyer à la jurisprudence relative à l'expression, à l'audience, de la position du ministère public (Cass. com. 7 septembre 2017, n° 16-19-549).

Le tribunal statue par un jugement spécialement motivé, après avoir demandé l'avis des contrôleurs. Le recours du ministère public est suspensif, comme le précise au demeurant déjà le II de l'article L. 661-1 du code de commerce

Comme le souligne le rapport au Président de la République, le tribunal et le ministère public devront ainsi veiller à ce que le plan de cession ne soit pas seulement l'occasion, pour le débiteur, d'effacer ses dettes et de réduire ses effectifs en présentant lui-même, ou par personne interposée, une offre de reprise. Le principe selon lequel la fraude corrompt tout peut s'appliquer pleinement.

La préservation des emplois devra évidemment faire l'objet d'une attention particulière.

Le deuxième alinéa de l'article 5 prévoit, quant à lui, de réduire le délai de convocation prévu à l'article R. 642-7 du code de commerce à huit jours, afin de permettre que des plans de cession soient arrêtés de manière plus rapide, le risque de volatilité des offres étant réel dans un tel contexte.

VI – Le rebond

L'article 8 de l'ordonnance n° 2020-596 réduit à un an le délai au terme duquel est radiée du registre du commerce et des sociétés la mention d'un plan de sauvegarde ou de redressement, lorsque le plan arrêté est toujours en cours. Les délais mentionnés aux 4° et 5° de l'article R.

123-135 du code de commerce sont ainsi temporairement modifiés. Le bénéfice de cette disposition, d'application temporaire, ne concerne pas les plans déjà arrêtés.

VII – L'application dans le temps des dispositions nouvelles.

L'article 10 de l'ordonnance précise les dispositions introduites par l'ordonnance qui s'appliquent aux procédures en cours.

Tel ne sera pas le cas des dispositions qui affectent les droits des créanciers dans la procédure et notamment qui instituent un privilège nouveau.

Les dispositions relatives à l'exécution des plans s'appliquent évidemment, quant à elles, aux plans en cours.

L'article 10 de l'ordonnance distingue, en outre les dispositions qui sont applicables jusqu'au 31 décembre 2020, et celles qui, compte tenu du temps nécessaire à leur complète efficacité et de la durée des conséquences économiques de la crise liée à l'épidémie de covid-19, demeurent applicables jusqu'à la date à laquelle la directive (UE) 2019/1023 du parlement européen et du conseil du 20 juin 2019 doit être transposée, au plus tard. Il s'agit d'ailleurs des dispositions qui correspondent au champ de cette transposition.

Je vous saurais gré de bien vouloir assurer la diffusion de la présente circulaire auprès de l'ensemble des juridictions concernées et de tenir informés, de toute difficulté qui pourrait survenir dans sa mise en œuvre, le bureau du droit de l'économie des entreprises de la DACS (dacs-d4@justice.gouv.fr).

Le directeur des affaires civiles et du sceau



Jean-François de MONTGOLFIER