

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

Cette ordonnance a pour objet de consolider les dispositions de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 (v. note Medef du 14 avril 2020) et d'adapter certaines dispositions du Livre VI du Code de commerce « Des difficultés des entreprises » afin de permettre un traitement plus efficace des difficultés des entreprises en fonction des spécificités liées à la nature exceptionnelle de la crise sanitaire.

Avertissement : *il s'agit de mesures provisoires adoptées afin de permettre de faire face à la situation exceptionnelle liée au Covid-19, mais certaines ont vocation à être rendues pérennes dans le cadre de l'ordonnance de transposition de la directive « Insolvabilité » à venir. Afin de faciliter la compréhension du dispositif, ce point sera précisé sous chaque article et rappelé en fin de note.*

Anticipation et prévention des difficultés

1. Renforcer par le commissaire aux comptes (art. L 234-1 à L 234-4 et R 234-1 à R 234-7 du code de commerce et art. L 612-3 du même code) l'information du président du tribunal de commerce pour la détection des difficultés des entreprises (art. 1^{er})

L'objectif de l'article 1^{er} de l'ordonnance est de permettre une transmission plus précoce et plus complète de cette information.

Le commissaire aux comptes pourra ainsi, dès la première information faite au dirigeant, puis à tout moment, s'il estime que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates et que le dirigeant s'y refuse ou adopte des mesures insuffisantes, **informer le président du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire et lui transmettre toutes informations utiles sur la situation de l'entreprise.**

Cette transmission des informations ne fait pas obstacle à la poursuite de la procédure d'alerte, ni à la transmission des informations sur la situation de l'entreprise aux étapes prévues par le droit commun.

Cette mesure n'aura qu'un effet limité, car elle ne concerne que les sociétés ayant l'obligation de nommer un commissaire aux comptes.

Nous n'avons pas eu de réponse à notre question relative à l'articulation de cette mesure avec le gel pour un dirigeant de l'obligation de déclarer l'état de cessation des paiements de sa société.

Nous n'avons pas été entendus sur la nécessité de préserver la confidentialité de cette information et sur la nécessité de prévoir un minimum de formalisme à cette transmission.

Disposition applicable jusqu'au 31 décembre 2020 inclus.

2. Renforcer l'efficacité de la procédure de conciliation (art. 2)

L'ordonnance prévoit deux adaptations de la procédure de conciliation qui, selon la Chancellerie, préserveront l'essentiel de la conciliation, à savoir la confidentialité liée à l'absence de toute publicité et les caractéristiques du mandat de justice confié au conciliateur, qui doit rester aussi neutre que possible et ne pas intervenir comme une partie à la procédure.

⇒ Le débiteur pourra saisir le président du tribunal afin de préserver, le temps de la négociation et à titre conservatoire, ses capacités à maintenir son activité, ou lui demander d'ordonner selon la procédure sur requête [*non contradictoire*] un certain nombre de mesures proches de celles qui sont prévues en cas d'une procédure collective, sans avoir toutefois aucun caractère collectif.

Comme nous l'avions suggéré, les mesures sont énumérées : interruption ou interdiction de toute action en justice engagée contre l'entreprise ou de toute procédure d'exécution mise en œuvre, report en échelonnement du paiement des sommes dues.

Le juge pourra prendre en considération, au cas par cas, à la fois la situation du débiteur et celle du créancier concerné.

Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits seront suspendus et non interrompus.

Ces mesures de protection pourront se cumuler avec la demande de délais de grâce, telle que prévue par l'article L 611-7 du code de commerce. Cette ordonnance prévoit que le débiteur pourra saisir le juge pour qu'il fasse application de l'article 1343-5 du code civil, avant toute mise en demeure ou poursuite à l'égard d'un créancier qui n'a pas accepté, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance, **dès l'instant** où le créancier aura expressément ou tacitement refusé la demande faite par le conciliateur de suspendre l'exigibilité de sa créance pendant la durée de la négociation.

Ces mesures produisent leur effet jusqu'au terme de la mission confiée au conciliateur.

Disposition applicable jusqu'au 31 décembre 2020 inclus.

Nous n'étions pas favorables à cette atteinte au caractère contractuel de la conciliation. Toutefois, la Chancellerie a, comme nous le demandions, réaffirmé le caractère individuel de la mesure et précisé la nature des pouvoirs du président du tribunal.

Par ailleurs, il a pris en compte notre suggestion que la demande de délais au titre de l'article 1343-5 du code civil se fasse par requête.

3. Faciliter le recours aux procédures accélérées (art. 3)

Lorsqu'un débiteur en procédure de conciliation ne parvient pas à recueillir un accord des créanciers, il peut, à certaines conditions, demander l'ouverture d'une procédure collective ou semi-collective : la sauvegarde accélérée (SA) ou la sauvegarde financière accélérée (SFA), procédures qui permettent de limiter les effets négatifs d'une procédure collective.

Afin de favoriser la prévention, l'ordonnance écarte provisoirement les conditions des seuils prévues par l'article L 628-1 du code de commerce pour l'application de ces deux procédures.

La demande d'ouverture de cette procédure est possible même si l'entreprise est déjà en cessation des paiements.

Cette disposition aurait dû permettre d'éviter de porter atteinte au caractère contractuel de la conciliation.

L'ordonnance prévoit, en cas d'échec de cette procédure, une saisine facilitée et accélérée du tribunal afin de prononcer l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Disposition applicable aux procédures ouvertes entre la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance et celle de l'entrée en vigueur de l'ordonnance prévue par l'article 196 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises de transposition de la directive « Insolvabilité » et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus.

Traitement des difficultés des entreprises

1. Faciliter l'adoption de plans de sauvegarde ou de redressement (art. 4)

Un raccourcissement des délais de consultation des créanciers peut être autorisé par le juge commissaire, un allègement des formalités de consultation des créanciers est également prévu, *comme nous l'avions proposé*.

Toujours dans cet objectif d'accélération des procédures, il est proposé de pouvoir régler le passif sur la base du passif comptable et non du passif déclaré c'est-à-dire « *d'un passif prévisible et suffisamment vraisemblable pour permettre au tribunal d'apprécier le caractère sérieux du projet de plan qui lui sera soumis* » (rapport au Président de la République). **Il doit s'agir d'un passif vérifiable.**

Le rapport au Président de la République précise qu'une telle adaptation du droit exige que la comptabilité soit fidèle et que ceux qui s'engagent soient en mesure de compléter les éléments comptables, notamment en prenant en compte des créances identifiables, comme celles de l'AGS pour lesquelles le délai de déclaration est spécifique.

Toutefois, attention, il semble que cette disposition ne concerne, étonnamment, que les engagements pris pour l'exécution du plan par application de l'article L. 626-10 du code de commerce, c'est-à-dire les engagements pris par des tiers au débiteur : un dirigeant, un actionnaire, afin de soutenir le plan alors que le rapport au Président de la République ne semble pas limitatif.

Nous avons interrogé la Chancellerie afin que les services nous précisent leur intention sur ce point. Nous vous tiendrons informés de la réponse.

Disposition applicable jusqu'au 31 décembre 2020 inclus.

Nous notons positivement la référence à une attestation de l'expert-comptable ou du commissaire aux comptes et la référence aux spécificités de l'AGS même si ce n'est que dans le rapport au Président de la République.

2. Faciliter l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement (art. 5)

L'ordonnance du 27 mars prévoit déjà la possibilité de prolonger, sur requête du ministère public ou du commissaire à l'exécution du plan, la durée d'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement (art. 2).

Le gouvernement estime que la gravité de la crise sanitaire et la durée de l'état d'urgence sanitaire rendent nécessaire d'aller plus loin.

L'ordonnance le permet, dans la limite supplémentaire de deux ans.

La durée maximale des plans arrêtés ou modifiés à compter de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance est adaptée en conséquence.

En cas de prolongation du plan, le président du tribunal ou le tribunal, selon les cas, adapte les délais des paiements initialement fixés par le tribunal à la durée du plan qu'il prolonge ou a prolongé, dans la limite du terme du plan tel que prolongé.

Cette possibilité répond à l'une de nos demandes.

L'ordonnance, pour accélérer la procédure, précise que le défaut de réponse des créanciers consultés, vaut acceptation des nouveaux délais de paiement qui lui sont proposés, **sauf** s'il s'agit de remise des dettes ou de conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital.

Cette disposition ne s'applique que pour la procédure de modification substantielle du plan (III de l'article 5), qui ne doit pas être confondue avec la procédure d'allongement de la durée du plan et de l'adaptation subséquente des délais du plan (I du même article), pour laquelle rien n'est prévu quant à la consultation des créanciers.

Nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement (art. 5 IV)

L'ordonnance introduit un nouveau privilège inspiré, en partie (!) selon la Chancellerie, de l'article 17 de la directive 2019/1023 « insolvabilité » et calqué sur le privilège de *new money*. Il a pour objectif d'inciter des

personnes à consentir un apport en trésorerie soit lors de la période d'observation, dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement.

À la différence des prêts consentis pendant la période d'observation, qui font également, le cas échéant, l'objet d'une autorisation du juge commissaire, ces apports ne sont pas restreints par le critère de la limite nécessaire de la poursuite d'activité. Ils sont, en outre, mentionnés dans le jugement qui arrête ou modifie le plan, ainsi que les apports en trésorerie destinés à permettre l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement.

Le classement de ce nouveau privilège est prévu au même niveau que certaines créances nées après l'ouverture de la procédure collective et relevant des articles L 622-17 ou 641-15 du code de commerce mais après le privilège dit de conciliation.

Il ne prime ni le superprivilège de l'AGS, ni celui des frais de justice, ni celui de *new money* en conciliation, ni les créances de salaires postérieures non avancées par l'AGS mais prime les créanciers postérieurs à la période d'observation en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, à l'exception des créances de salaires non avancées par l'AGS.

En cas d'ouverture postérieure d'une nouvelle procédure collective, les créanciers titulaires d'un privilège de sauvegarde ne pourront se voir imposer de délais ou de remises, sauf à les consentir (comme pour le privilège de *new money*).

Le MEDEF n'est pas convaincu de la pertinence d'une telle disposition pour les raisons suivantes :

- *ce type de privilège risquerait de fragiliser les financements réalisés en amont et de freiner les nouveaux concours ;*
- *les nouveaux financements en période de plan de sauvegarde ou de redressement sont essentiellement réalisés en fonction de la qualité du débiteur et de la viabilité de son plan et non sur le bénéfice d'un privilège d'argent frais ;*
- *il y a un risque de complexification et d'empilement des privilèges (il existe déjà le privilège de l'article L.611-11 du code de commerce et le privilège de financement de la période d'observation) ;*
- *les prêteurs ont la liberté de prendre et négocier les garanties les plus appropriées au financement octroyé. La prise d'une sûreté spéciale (cession Dailly, gage de stock, nantissement de comptes-titres, etc.) est généralement plus pertinente que le bénéfice d'un privilège d'argent frais ;*

en tout état de cause, l'octroi de ce privilège ne permettrait pas aux établissements de crédit de ne pas se retrouver en « défaut » au sens de la réglementation bâloise.

Disposition applicable jusqu'au 31 décembre inclus, sauf la disposition sur le privilège (IV) qui s'applique aux procédures ouvertes entre la date de son entrée en vigueur et celle de l'entrée en vigueur de l'ordonnance prévue par l'article 196 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (loi Pacte) de transposition de la directive « Insolvabilité » et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus.

3. Faciliter et accélérer le traitement des entreprises en situation irrémédiablement compromise (art. 6)

Cet article élargit les conditions d'accès aux procédures concernant des personnes physiques dont la situation ne permet pas d'envisager un plan de redressement.

Le seuil pour bénéficier du rétablissement professionnel est porté à 15.000 euros d'actifs.

L'ordonnance écarte également les conditions de seuils de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée, procédure qui se caractérise par sa brièveté, pour les personnes physiques dont le patrimoine ne comporte pas de biens immobiliers.

Disposition applicable aux procédures ouvertes entre la date de son entrée en vigueur et celle de l'entrée en vigueur de l'ordonnance prévue par l'article 196 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (loi Pacte) de transposition de la directive « Insolvabilité » et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021.

4. Faciliter le maintien d'emplois dans le cadre d'une cession de l'entreprise ou liquidation judiciaire (art. 7)

L'ordonnance permet de réduire les délais de procédure et assouplit le principe prévu par l'article L 642-3 du code de commerce en facilitant la reprise par les dirigeants de la personne morale en liquidation judiciaire.

Le gouvernement considère qu'il se peut que des dirigeants de la personne en liquidation judiciaire soient en mesure de préserver les emplois en reprenant l'entreprise dans le cadre d'un plan de cession.

Le tribunal et le ministère public veilleront 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.

L'audience statuant sur une telle offre devra se tenir en présence du ministère public dont l'appel est suspensif.

Le Medef n'était pas favorable à cette possibilité en raison des risques de fraude aux droits des créanciers qu'elle peut induire.

Le caractère provisoire de cette mesure et la nécessaire présence du Parquet et le caractère suspensif de son appel constituent des garde-fous utiles.

Disposition applicable jusqu'au 31 décembre inclus.

5. Faciliter le rebond (art. 8) : radiation plus rapide des mentions K-Bis

L'ordonnance ramène à un an le délai au terme duquel est radiée du registre du commerce et des sociétés la mention d'une procédure collective, lorsque le plan arrêté est toujours en cours.

Dispositions applicable aux procédures ouvertes jusqu'à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de transposition de la directive « Insolvabilité » précitée et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus.

La question des délais (art. 9)

Comme dans d'autres textes adoptés récemment, l'ordonnance, afin d'éviter le glissement des délais du fait de prolongations de l'état d'urgence sanitaire, remplace les références à l'état d'urgence sanitaire par des dates, à savoir le **23 juin (inclus)** lorsque le délai d'application des dispositions de cette ordonnance était celui de l'expiration des deux premiers mois de l'état d'urgence sanitaire prolongés d'un mois, et le **23 août (inclus)** lorsque la prolongation était de trois mois.

L'ordonnance du 27 mars 2020 a prévu l'augmentation ou la prolongation de certaines durées fixées par le Livre VI du code de commerce.

L'impossibilité pratique de respecter les contraintes habituelles imposait d'ajouter à ces durées un temps correspondant en tout ou partie à celui des désordres dans l'organisation des juridictions, des études des praticiens ou dans le fonctionnement des entreprises concernées.

L'ordonnance précise l'extension de certaines durées, dès lors que le niveau des restrictions liées à l'état d'urgence sanitaire a évolué.

Ces extensions sont définies en mois.

Application dans le temps des nouvelles dispositions dérogatoires et provisoires de l'ordonnance (Art. 10)

- Les dispositions des articles 1, 2, 4, 5 (à l'exception de celles du IV), et 7 de l'ordonnance sont applicables jusqu'au 31 décembre 2020 inclus.
- Les dispositions de l'article 3, du IV de l'article 5 et celles de l'article 6 s'appliquent aux procédures ouvertes entre la date de son entrée en vigueur et celle de l'entrée en vigueur de l'ordonnance prévue par l'article 196 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (loi Pacte) de transposition de la directive « Insolvabilité » et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus.
- Les dispositions des articles 2, 4, 5 à l'exception de celles du IV, 7 et 8 sont applicables aux procédures en cours
- Les dispositions de l'article 8 s'appliquent aux procédures ouvertes jusqu'à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de transposition de la directive « insolvabilité » précitée et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus.
- Les délais fixés au second alinéa de l'article 7 et à l'article 8 peuvent être modifiés par décrets.

À noter que la possibilité envisagée d'admettre une courte période de poursuite d'activité afin de permettre l'adoption d'un plan de cession en liquidation judiciaire n'a finalement pas été retenue. Nous y étions opposés, en l'absence d'étude d'impact, une telle mesure aurait pu s'avérer très coûteuse notamment pour l'AGS en raison du nombre de salariés.