

PRÉAMBULE

Chers lecteurs,

Nous sommes entrés dans un autre Monde, celui de la crise globale à l'échelle de la Planète. Comme d'autres sujets, le Droit a montré ses limites. Rapidement, et de manière si évidente que la Loi d'urgence du 23 Mars 2020, et les nombreuses ordonnances prises en application, ont dû adapter les textes.

Parce que la période que nous vivons doit être juridiquement protégée, le Gouvernement est désormais autorisé à prendre par ordonnances toute une série de mesures provisoires concernant le quotidien du secteur public et privé, des personnes morales et physiques.

Au titre de ces mesures, le Gouvernement a été autorisé à légiférer par ordonnances pour soutenir l'économie, notamment,

- « 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, en prenant toute mesure » en « adaptant les dispositions du livre VI du code de commerce et celles du chapitre 1er 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 » (art. 11 I. 1° d) L. n°2020-290) ;
- ou encore « afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation » (art. 11 I. 2°) L. n°2020-290).

Poursuivant ces objectifs, deux ordonnances sont parues qui impactent directement le droit des entreprises en difficulté :

- L'ordonnance n°2020-306 du 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 ;

- L'ordonnance 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.

La Circulaire n°CIV/03/20 du 30 mars 2020 est, en outre, venue préciser les 1^{er}, 2, 3 et 5 de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020.

La combinaison de ces textes permet de décrypter les périodes de référence applicables aux mesures dérogatoires adaptant les outils classiques du droit des entreprises en difficulté. Aussi pour la bonne compréhension des articles alimentant les rubriques habituelles de notre lettre du restructuring « spéciale covid-19 » ci-après présentés, il importe en synthèse de rappeler que :

- La période de l'état d'urgence sanitaire débute le 24 mars 2020 (art. 22 L. n°2020-290 du 23 mars 2020), pour une durée initiale de deux mois (art. 4 L. n°2020-290 du 23 mars 2020), soit jusqu'au 24 mai 2020 ;
- Le terme (initial) de l'état d'urgence, soit la date du 24 mai 2020, constitue le point de départ du décompte des nouveaux délais majorant cette période pour 3 mois (24 août 2020) ou 1 mois (24 juin 2020) selon les cas, tels que résultant de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 et de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 ;
- La date de survenance de la crise sanitaire, soit le 12 mars 2020, constitue le point de départ de la « période juridiquement protégée » des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire qui s'étend du 12 mars 2020 au 23 juin 2020 inclus (ord. n°2020-306 du 25 mars 2020) et la date déterminant l'appréciation de l'état de cessation des paiements (ord. n°2020-341 du 27 mars 2020).

Actualité du 14 mai 2020 : A l'heure où nous avons préparé notre Lettre du restructuring « spéciale covid-19 », la période de l'état d'urgence sanitaire avait débuté le 24 mars 2020, pour une durée initiale de deux mois, soit jusqu'au 24 mai 2020. Le Conseil des ministres avait entériné le 2 mai la prorogation de l'état d'urgence sanitaire pour deux mois, jusqu'au 24 juillet. Ce projet était en cours d'examen au Sénat. Le projet de loi a définitivement été adopté dans le Week-end par le Parlement ; l'état d'urgence sanitaire est prorogé jusqu'au vendredi 10 juillet 2020 ce qui n'impacte pas la période juridiquement protégée laquelle se poursuit jusqu'au 23 juin 2020 inclus. Tel ne semble pas être le cas des délais issus de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020, qui semblent être prolongés, la loi étant silencieuse sur ce point.

SOMMAIRE

<p>PARIS - NANTES MONTPELLIER - PERPIGNAN LILLE</p> <p><i>Bureaux intégrés</i></p> <p>AIX-EN-PROVENCE BORDEAUX - CAEN CLERMONT-FERRAND LE HAVRE - LYON MARSEILLE - METZ - ROUEN SAINT-ETIENNE</p> <p><i>Réseau SIMON Avocats</i></p> <p>ALGÉRIE - ARGENTINE ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN BAHAMAS - BAHREÏN BANGLADESH - BELGIQUE BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL BULGARIE - CAMBODGE CAMEROUN - CHILI - CHINE CHYPRE - COLOMBIE CORÉE DU SUD - COSTA RICA CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ EL SALVADOR ÉMIRATS ARABES UNIS ESTONIE - ÉTATS-UNIS GUATEMALA - HONDURAS HONGRIE - ÎLE MAURICE ÎLES VIERGES BRITANNIQUES INDE - INDONÉSIE - IRAN ITALIE - KAZAKHSTAN KOWEÏT - LUXEMBOURG MADAGASCAR - MALTE MAROC - MEXIQUE NICARAGUA - OMAN PANAMA - PARAGUAY PÉROU - PORTUGAL - QATAR RD CONGO RÉPUBLIQUE DOMINICAINE SENEGAL - SINGAPOUR SUISSE - THAÏLANDE - TUNISIE URUGUAY - VENEZUELA VIETNAM - ZIMBABWE</p> <p><i>Conventions transnationales</i></p> <p>www.simonassocies.com www.lettredurestructuring.com</p>	<p>PRÉVENTION</p> <p>Faut-il être accompagné – Et par qui ? – Pour traiter la crise de liquidité provoquée par le Covid-19 ?</p>	p. 3
	<p>PROCÉDURES COLLECTIVES</p> <p>Les entreprises en plan de sauvegarde ou redressement face au Covid-19</p>	p. 4
	<p>Le gel de l'état de cessation des paiements : applications pratiques</p>	p. 7
	<p>DIRIGEANTS</p> <p>La notion de fraude, exception au gel de la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements</p>	p. 9
	<p>L'impact du dispositif d'urgence sur les cautions professionnelles personnes physiques</p>	p. 10
	<p>L'impact du Covid-19 sur les sanctions encourues par le dirigeant</p>	p. 12
<p>CRÉANCIERS</p> <p>De quelques exemples de l'impact de l'état d'urgence sanitaire sur les délais et droits des créanciers</p>	p. 14	
<p>L'impact de la crise sanitaire sur les covenants bancaires</p>	p. 16	
<p>SOCIAL</p> <p>Activité partielle vs prise en charge AGS</p>	p. 17	
<p>ACTUALITÉS RESTRUCTURING</p>	p. 20	

PRÉVENTION

Faut-il être accompagné – Et par qui ? – Pour traiter la crise de liquidité provoquée par le Covid-19 ?

Ce qu'il faut retenir :

La crise déclenchée par le COVID est sans précédent. Elle touche à la fois l'offre et la demande. Nombre d'entreprises voient leur trésorerie se contracter. Même en ayant recours au chômage partiel, le BFR résiduel de la période en cours doit être financé. Au déconfinement, il faudra également financer le BFR du redémarrage, mais souvent avec des comptes clients à zéro, des lignes de trésorerie tirées à 100%, un crédit fournisseur absent et des délais de paiement des clients et donneurs d'ordre toujours présents.

Pour approfondir :

Un certain nombre de dispositifs permettent de faire face à cette crise de liquidité (chômage partiel, reports fiscaux et sociaux, PGE, fonds de solidarité, prêt rebond, prêt atout, fonds de renforcement des PME, modification du droit des procédures collectives, etc.).

Après plusieurs semaines de confinement, le retour d'expérience des 200 avocats de notre cabinet implantés dans les principales villes de France est unanime : il est extrêmement difficile de bénéficier de toute l'efficacité du dispositif COVID sans être accompagné par des professionnels spécialisés dans le soutien des entreprises en difficulté (même temporaire) : mandataires ad hoc, experts financiers, avocats, etc.

Plusieurs raisons à cela :

La difficulté de maîtriser l'ampleur du dispositif : deux chiffres pour comprendre : 20 pages pour énumérer les différentes mesures de manière synthétique et ce, sans même entrer dans les arcanes techniques de chacune d'entre elles ; 167 pages pour le FAQ du gouvernement.

Le nombre de demandes adressées : vos interlocuteurs – banques, administrations, etc. – sont submergés de demandes. Être relayé par un

interlocuteur à qui l'on se doit de répondre car il bénéficie d'un mandat officiel (un mandataire ad hoc par exemple) est un atout essentiel.

La définition des besoins à financer : le PGE par exemple ne peut être demandé qu'une seule fois. La demande doit donc inclure le besoin de trésorerie immédiat et celui nécessaire pour couvrir le BFR du redémarrage. Si le besoin immédiat est relativement simple à évaluer, le BFR de redémarrage nécessite une modélisation du business plan d'après COVID, des besoins de trésorerie en découlant et de la capacité de remboursement de l'entreprise. L'octroi d'un PGE n'est pas automatique. Les banques l'examinent sur la base de critères objectifs. Bénéficiaire d'un prévisionnel établi par un tiers de confiance reconnu par les banques peut s'avérer un atout décisif pour obtenir le financement et le dimensionner au niveau requis pour faire face au BFR du redémarrage.

Entrer dans un cadre dont les règles du jeu sont dédiées à la protection de l'entreprise : les banques ont pris des engagements vis-à-vis de l'Etat d'étudier favorablement les demandes de financement et ce, dans des délais très courts. Cependant, l'entreprise demeure soumise à la règle du jeu applicable à une entreprise en bonne santé. Par définition, elle est moins favorable que le cadre légal encadrant la prévention des difficultés des entreprises où toutes les règles et tous les acteurs sont dédiés à la protection de l'entreprise.

Se pose alors la question de l'opportunité de solliciter l'ouverture d'une procédure de prévention, telle qu'une procédure de mandat ad hoc ou de conciliation.

En effet, ces procédures confidentielles ont démontré, depuis plusieurs années, leur efficacité quand il s'agit notamment de trouver un accord de restructuration amiable avec les banques, et ce pour plusieurs raisons :

1. Réactivité des tribunaux de commerce.

L'ouverture d'une procédure de prévention peut intervenir dans des délais très courts (48h à 72h, selon les tribunaux).

La procédure de mandat ad hoc suppose que l'entreprise concernée ne soit pas en état de cessation

des paiements. Etant précisé que suite à l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020, la situation financière doit être appréciée à la date du 12 mars 2020 pour déterminer un état ou non de cessation des paiements.

Cette règle s'appliquera à toutes les procédures dont l'ouverture est demandée pendant un délai de trois mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire dont la date est à ce jour fixée au 10 juillet 2020, minuit.

2. Intervention d'un professionnel expérimenté

L'intervention d'un acteur désigné par le Tribunal de commerce, en la personne du mandataire ad hoc / conciliateur, rompu aux négociations bancaires va permettre d'aider à structurer et justifier précisément les demandes de financement.

A noter que le mandataire ad hoc est choisi par le dirigeant.

En interne des banques, suite à l'ouverture d'une procédure de prévention, les chargés d'affaires transmettent le dossier à une équipe dédiée et spécialisée, communément appelée les « Affaires Spéciales ». Contrairement aux services commerciaux, les Affaires Spéciales ne sont pas effrayées par les situations tendues – elles sont leur quotidien. En outre, il ressort de notre expérience, en la matière, que le délai de prise de décision de ces équipes peut être très court, dès lors que la perspective de la crise de liquidité a été précisément identifiée et justifiée et que l'ensemble de la documentation permettant une analyse de la situation tant qualitative que quantitative leur a été dûment communiquée.

Dans ce contexte, un sursis d'exigibilité sera immédiatement sollicité et habituellement accordé par les banques, le temps que, dans le cadre de la procédure de prévention, soit finalisé et revu le business plan.

3. Une équipe dédiée à la pérennité de la société

Dans le cadre d'une procédure de prévention, le dirigeant va ainsi se constituer autour de lui, une équipe externe spécialement dédiée à la gestion de la crise que rencontre son entreprise et composée du

mandataire ad hoc, d'un avocat ayant une parfaite connaissance des procédures de prévention et d'un cabinet de conseil financier, compétent pour revoir les prévisionnels d'exploitation et de trésorerie en intégrant des sensibilités sur les hypothèses de financement retenues ; ces informations comptables et financières étant indispensables pour l'analyse des demandes de financement.

Cette équipe va se mobiliser pleinement et rapidement pour travailler ensemble sur les conditions du retour à la pérennité de l'entreprise.

L'organisation mise en place dans le cadre d'une procédure de prévention va en outre permettre au dirigeant de démontrer, si besoin était, qu'il a mis en œuvre toutes les mesures utiles pour assurer la poursuite de l'exploitation de sa société dans un cadre pérenne, ce qui pourra le protéger si sa responsabilité personnelle est mise en cause, en cas de défaillance devenue inéluctable.

Les différents points sus-évoqués tendent ainsi à favoriser l'ouverture d'une procédure de prévention afin d'être en mesure de répondre à la crise de liquidité provoquée par le contexte sanitaire actuel.

PROCÉDURES COLLECTIVES

Les entreprises en plan de sauvegarde ou redressement face au Covid-19

Ce qu'il faut retenir :

Les entreprises bénéficiant de plans de sauvegarde ou de redressement sont, dans le contexte sanitaire actuel, particulièrement exposées au risque de défaillance. Dans ce contexte, des mesures ont été prises s'agissant de la prolongation de la durée de ces plans de sauvegarde ou de redressement.

Si ces mesures apparaissent opportunes compte tenu du contexte, elles laissent néanmoins en suspens un certain nombre de questions.

Pour approfondir :

Les mesures mises en place afin de lutter contre l'épidémie de Covid-19 impactent significativement l'activité des entreprises françaises, et plus particulièrement, les entreprises bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement, et ce alors même que l'entreprise est redevenue *in bonis* par suite de l'arrêt du plan.

Dans ce contexte et afin d'éviter toute aggravation de la situation de ces entreprises particulièrement exposées au risque de défaillance, l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 prévoit les trois dispositifs suivants :

- Une prolongation automatique de la durée des plans de sauvegarde et de redressement jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, soit jusqu'au 10 août 2020 (article 2 – II),
- Une prolongation de la durée des plans de sauvegarde et de redressement sur autorisation du Président du Tribunal, dans les conditions suivantes (article 1 – IV) :

mars au 10 octobre 2020	octobre 2020 au 10 avril 2021
<ul style="list-style-type: none"> - Sur requête du ministère public : prolongation d'un an maximum. - Sur requête du commissaire à l'exécution du plan : prolongation de 5 mois maximum. 	<ul style="list-style-type: none"> - Sur requête du ministère public ou du commissaire à l'exécution du plan : prolongation d'un an maximum.

D'un point de vue procédural, l'ordonnance du 27 mars 2020 précise que la procédure de modification substantielle du plan, prévue aux termes de l'article L.626-26 du Code de commerce, n'aura pas à être respectée.

Cette position n'est pas étonnante, la jurisprudence ayant d'ores et déjà considéré qu'une simple

prorogation du plan ne relevait pas d'une modification substantielle (*Cour de cassation, chambre commerciale, 23 novembre 2004, n°02-20700*). C'est ainsi en toute logique que l'ordonnance précise que les dispositions de l'article L.626-26 du Code de commerce demeurent applicables, en présence d'une modification substantielle de plan.

Si ces dispositions apparaissent opportunes compte tenu du contexte, elles laissent néanmoins de nombreuses questions en suspens.

Les mesures de prolongation peuvent-elles se succéder dans le temps ?

Oui. Sur ce point, la Circulaire du 30 mars 2020 de présentation des articles 1, 2, 3 et 5 de l'ordonnance du 27 mars 2020 indique expressément que : « *ces dérogations, justifiées par l'urgence et le risque d'engorgement des juridictions, doivent être d'interprétation stricte, même si le texte de l'ordonnance permet une application cumulative, et être mises en œuvre avec prudence. Par ailleurs, les dispositions de l'article L. 626-26 demeurent applicables. Ainsi, c'est à titre tout à fait exceptionnel que des délais pourraient être accordés par le président, puis, la situation de l'entreprise ou de l'exploitation s'étant encore aggravée, de nouveau par le tribunal* ».

L'entreprise en plan de sauvegarde ou de redressement pourra ainsi bénéficier dans un premier temps de la prolongation de plein droit, puis, si sa situation financière l'exige, bénéficier d'une prolongation supplémentaire sur autorisation du Président du Tribunal. Dans le cas où ces mesures ne suffiraient pas, l'entreprise pourrait envisager la mise en œuvre de la procédure de modification substantielle du plan de sauvegarde ou de redressement, et ce notamment afin d'obtenir le report d'une échéance du plan.

Quelles conditions devront être remplies afin d'obtenir une prolongation du plan de sauvegarde ou de redressement sur autorisation du Président du Tribunal ?

On peut en effet s'interroger sur les conditions qui devront être remplies, et ce afin d'obtenir une prolongation du plan de sauvegarde ou de redressement sur autorisation du Président, l'ordonnance étant muette sur ce point. On peut toutefois penser que, compte tenu du contexte, il devra être démontré, par le ministère public et/ou le commissaire à l'exécution du plan, que l'activité de

l'entreprise bénéficiant du plan se trouve impactée par l'épidémie de Covid-19, sans que cela n'affecte durablement son exploitation. Autrement dit, l'entreprise impactée pourrait devoir justifier que ses difficultés ne l'empêcheront pas de faire face aux prochaines échéances du plan.

En tout état de cause, faute de conditions imposées par l'ordonnance, il semblerait que la prolongation du plan sur autorisation du Président du Tribunal soit laissée à sa libre appréciation.

La prolongation de la durée des plans de sauvegarde et de redressement entraîne-t-elle un report de l'échéance ?

On peut en effet s'interroger sur ce point, l'ordonnance n'évoquant qu'une possibilité de prolongation de la durée des plans. Or, il entre dans l'évidence qu'au-delà de cette prolongation, l'entreprise bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement, recherchera davantage à repousser le paiement de l'échéance du plan, et ce afin de soulager sa trésorerie. Sur ce point, la Circulaire du 30 mars 2020 semble adopter une interprétation pragmatique estimant que les prolongations de la durée des plans « justifieront, le cas échéant, un rééchelonnement des échéances prévues par le plan, exigibles après la date de la décision ou après le 12 mars ». Cette interprétation, partagée par la doctrine, ne peut qu'emporter l'adhésion.

En tout état de cause, il convient de rappeler que la procédure de modification substantielle des plans, laquelle implique une circularisation des créanciers, demeure applicable et pourra, si besoin, permettre aux entreprises bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement, de solliciter le report total ou partiel d'une échéance sur les annuités restantes.

La décision du Président autorisant une prolongation de la durée du plan peut-elle être contestée ?

L'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 est silencieuse sur ce point. Il convient de rappeler qu'en matière de droit des entreprises en difficulté, l'article L.661-1 du Code de commerce dresse la liste des décisions pouvant faire l'objet d'un recours. Plus particulièrement, cet article prévoit qu'un recours peut être exercé à l'encontre des décisions statuant sur la modification du plan de sauvegarde ou du plan de redressement par le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel et le ministère public, ainsi que de la part du créancier ayant formé

une contestation en application de l'article L. 626-34-1.

Il y a ainsi tout lieu de penser que la décision du Président du Tribunal relative à la prorogation de la durée des plans pourrait être contestée par le commissaire à l'exécution du plan et/ou le ministère public.

Que risque l'entreprise bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement si un dividende n'est pas réglé à échéance durant la période de l'état d'urgence sanitaire ?

En situation normale, l'absence de règlement d'un dividende à échéance, tant au titre d'un plan de sauvegarde que d'un plan de redressement, peut donner lieu à la résolution du plan, puisque s'analysant comme une absence d'exécution des engagements par le débiteur. Outre cette résolution, le Tribunal peut également décider, après avis du ministère public, d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire, ou si le redressement est manifestement impossible, une procédure de liquidation judiciaire, sous réserve qu'un état de cessation des paiements soit constaté durant l'exécution du plan (articles L.626-27 et L.631-19 du Code de commerce).

Or, l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 gèle au 12 mars 2020 l'appréciation de la situation de l'entreprise aux fins de caractérisation de l'état de cessation des paiements.

Ainsi, si l'entreprise ne règle pas un dividende arrivé à échéance durant l'état d'urgence sanitaire, et ce sans que la durée du plan n'ait été prolongée, le Tribunal ne pourra se prononcer que sur la résolution dudit plan sans pouvoir ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire si l'état de cessation des paiements est constaté après le 12 mars 2020. A contrario, si l'état de cessation des paiements est constaté avant le 12 mars 2020, on peut penser que le Tribunal pourra procéder à la résolution puis à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Il en résulte qu'à défaut de constat d'un état de cessation des paiements avant le 12 mars 2020 et en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, l'entreprise, et elle seule, pourra ou non, solliciter le bénéfice d'une procédure préventive ou collective.

L'ouverture de telles procédures peut toutefois s'imposer *de facto*, la résolution entraînant notamment l'exigibilité des créances objet du plan. En outre, dans une telle situation et afin de limiter le risque de responsabilité du dirigeant, il semblerait utile que toute mesure soit mise en place afin de traiter les difficultés de l'entreprise, une faute de gestion pouvant toujours être caractérisée notamment au titre de la poursuite d'une activité déficitaire.

Outre les mesures de prolongation, quels sont les autres dispositifs mis à la disposition des entreprises bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement ?

De nombreux dispositifs ont été mis en place afin de soutenir les entreprises françaises face à la crise liée à l'épidémie de Covid-19. Ainsi, d'une part, les entreprises qui bénéficient d'un plan de sauvegarde ou de redressement, peuvent, afin de protéger leur trésorerie, solliciter le report de leurs charges sociales et fiscales. Elles peuvent également, sous conditions, solliciter la suspension du paiement de leur loyer commercial et charges locatives (ordonnance n°220-316 du 25 mars 2016).

D'autre part, les entreprises qui bénéficient d'un plan de sauvegarde ou de redressement, peuvent également bénéficier de certains financements. Plus particulièrement, l'éligibilité de ces entreprises au Prêt Garanti par l'Etat a été confirmée. Cette éligibilité n'est pas étonnante, les entreprises bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement étant considérées comme in bonis, il n'y avait aucune raison de les exclure du dispositif.

Toutefois, on peut s'interroger sur l'effectivité de ce financement, lequel dépend, il faut le rappeler, de la décision finale de la banque commerciale qui pourra, si elle le souhaite, refuser d'octroyer cet emprunt, et notamment au motif d'une insuffisance de fonds propre ou encore de non-respect des ratios d'endettement. En pareil cas, l'entreprise peut saisir le médiateur du crédit lequel pourra notamment vérifier la recevabilité de sa demande.

Il résulte de ce qui précède que les entreprises bénéficiant de plans de sauvegarde ou de redressement, particulièrement exposées au risque de défaillance, disposent de différents outils pour faire face à la crise liée à l'épidémie de Covid-19.

Reste à savoir si l'ensemble de ces mesures suffiront à permettre à ces entreprises d'ores et déjà fragilisées, d'affronter la crise de trésorerie induite par la crise sanitaire actuelle.

A rapprocher : Ordonnance 2020-341 du 27 mars 2020 ; Circulaire n°CIV/03/20 du 30 mars 2020 ; « La réponse du droit des entreprises en difficulté au covid 19 : l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire », Pierre-Michel LE CORRE, La lettre juridique, avril 2020, édition n°819 du 02 avril 2020 ; Articles L.626-12 et L.631-19 du Code de commerce ; Articles L.626-26 et L.626-31 du Code de commerce ; Articles L.626-27 du Code de commerce.

Le gel de l'état de cessation des paiements : applications pratiques

Ce qu'il faut retenir :

Jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois fixé à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, soit jusqu'au 10 octobre 2020, la date de cessation des paiements, notion clé en matière de droit des entreprises en difficulté, sera appréciée en considération de la situation du débiteur à la date du 12 mars 2020.

Si cette cristallisation temporaire apparaît opportune, et ce afin d'éviter que « l'aggravation de la situation du débiteur ou de l'exploitant, à compter du 12 mars 2020, ne lui porte préjudice » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020), on peut toutefois s'interroger sur ses applications pratiques, et plus généralement s'agissant de l'ouverture des procédures préventives et collectives dans ce contexte sanitaire exceptionnel.

Pour approfondir :

« Aucune entreprise ne sera livrée au risque de faillite ».

C'est dans le cadre de cette promesse, faite par Monsieur le Président de la République lors de son discours prononcé le 16 mars 2020, que l'ordonnance 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 la procédure pénale, a modifié temporairement certains outils du droit des entreprises en difficulté, et plus particulièrement la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements.

En effet, l'article 1 – I – 1° de l'ordonnance gèle au 12 mars 2020, et ce jusqu'au 10 octobre 2020, l'appréciation de la situation de l'entreprise aux fins de caractérisation de l'état de cessation des paiements, ce qui devra permettre aux entreprises, conformément aux termes du Rapport au Président de la République, : « **de bénéficier des mesures ou procédures préventives même si, après le 12 mars et pendant la période correspondant à l'état d'urgence sanitaire majorée de trois mois, elles connaissent une aggravation de leur situation telle qu'elles seraient alors en cessation des paiements** ».

Cela signifie-t-il qu'aucune procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne sera ouverte après le 12 mars 2020 ?

Non. L'ordonnance prévoit la possibilité pour l'entreprise, postérieurement au 12 mars 2020, de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. On peut ainsi en conclure que seule l'entreprise est fondée à solliciter l'ouverture de ces deux procédures postérieurement au 12 mars 2020, ce qui semble exclure toute assignation d'un créancier, à cette fin, après cette date pendant toute la période de cristallisation de l'appréciation de l'état de cessation des paiements.

Qu'en est-il des assignations ayant été signifiées aux entreprises avant le 12 mars 2020 par des créanciers aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ?

Compte tenu du contexte sanitaire et dans un objectif de protection des entreprises, le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce a précisé que « *le choix a été fait pour les assignations déjà enrôlées de ne pas les étudier* ». Ainsi, en principe, toute assignation signifiée à l'entreprise avant le 12 mars 2020 aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire, ne devrait pas

être suivie d'effet. Monsieur Patrick COUPEAUD, juge consulaire près le Tribunal de commerce de Paris et délégué général au traitement des difficultés des entreprises a néanmoins précisé à l'occasion d'un webinar organisé par le Barreau de Paris relatif à « *La pratique du traitement des difficultés des entreprises devant le tribunal de commerce de Paris* », que certaines demandes pourraient être étudiées en fonction de l'enjeu du dossier, et notamment si le traitement accéléré des droits d'un salarié le nécessitait.

Dans quel cas l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire peut-elle s'imposer après le 12 mars 2020 ?

Si l'entreprise est libre, après le 12 mars 2020, de ne pas solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, et ce alors même qu'un état de cessation des paiements serait caractérisé, elle pourrait néanmoins avoir tout intérêt à solliciter l'ouverture d'une telle procédure lorsqu'elle n'est plus en mesure de faire face au paiement des salaires. En effet, dans ce cas, l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire permettra de faire intervenir l'AGS aux fins de prise en charge de la totalité des salaires impayés, contrairement au dispositif de chômage partiel qui ne permet pas une prise en charge totale des salaires.

A cet égard, il convient de préciser qu'en cas de mise en œuvre du dispositif de chômage partiel préalablement à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, la partie du salaire non prise en charge dans ce cadre ne sera pas couverte par l'intervention de l'AGS.

Par ailleurs, il convient de préciser que si la sanction liée au dépôt de bilan tardif se trouve annihilée par le biais du « gel » temporel de l'état de cessation des paiements, le dirigeant reste tenu d'agir dans l'intérêt de l'entreprise. En effet, et l'ordonnance le précise expressément, il sera possible de revenir sur cette date dans l'hypothèse d'une fraude (et notamment d'une fraude aux créanciers).

L'ouverture des procédures préventives et collectives est-elle facilitée compte tenu des mesures de confinement ?

Oui. Combinées aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020, les dispositions de l'ordonnance du 27 mars 2020 permettent à toute entreprise, et ce jusqu'au 10 août 2020, de saisir la juridiction compétente aux fins d'ouvrir une procédure amiable ou collective par tout moyen, l'entretien ou l'audience pouvant ultérieurement se tenir par visioconférence ou, à défaut, par tout moyen de communication électronique ou téléphonique. Le débiteur peut également formuler ses prétentions par écrit sans se présenter à l'audience.

A cet égard, il convient de préciser qu'à ce jour, la plateforme en ligne tribunaldigital.fr, mise en place dès le mois d'avril 2019, permet aux entreprises de saisir toute juridiction consulaire, et ce aux fins d'ouverture d'une procédure collective.

S'agissant des procédures dites préventives, les greffes des juridictions consulaires ont mis en place une adresse électronique dédiée.

Il résulte de ce qui précède que le pouvoir exécutif a souhaité mettre les entreprises en mesure de faire face à la crise liée à l'épidémie de Covid-19 notamment grâce au « gel » temporel de l'appréciation de la date de cessation des paiements au 12 mars 2020 leur permettant ainsi de recourir à des procédures dites préventives, et ce malgré une aggravation de leur situation.

Cette volonté de protéger les entreprises contre tout risque de faillite semble, à date, porter ses fruits, le Conseil National des Greffes et Tribunaux de commerce ayant recensé sur le mois de mars 2020, l'ouverture de 2.453 procédures collectives contre 3.900 en mars 2019 sur l'ensemble du territoire national. A Paris, entre le 16 mars et le 21 avril 2020, il est dénombré à date 59 demandes d'ouverture de procédures préventives et collectives (très en recul par rapport aux chiffres de l'année précédente). On peut envisager que le nombre de demandes s'accroisse prochainement, et en tout état de cause à la sortie de l'état d'urgence sanitaire, car si les dispositifs

d'aide et de soutien de l'économie doivent être salués, ils ne peuvent et ne pourront répondre à toutes difficultés de l'après crise.

A rapprocher : Ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/affaires/commercial/26883/sophie-jonval-et-dieudonne-mpouki-il-faut-veiller-meme-dans-ces-circonstances-a-ne-pas-rompre-les-equilibres> (Interview du 9 avril 2020 Sophie Jonval et Dieudonné Mpouki).

DIRIGEANTS

La notion de fraude, exception au gel de la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements

Ce qu'il faut retenir :

Le Tribunal peut faire abstraction du principe de cristallisation de la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements du débiteur et fixer cette dernière à une date postérieure au 12 mars 2020 dans l'hypothèse d'une fraude aux droits des créanciers.

Pour approfondir :

Conçu selon les termes du Rapport au Président de la République « *dans l'intérêt du débiteur* » afin notamment que ce dernier « *ne s'expose pas à des sanctions personnelles* » pour dépôt de bilan tardif, l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 consacre le principe de cristallisation de l'appréciation de l'état de cessation des paiements du débiteur au 12 mars 2020.

Appliquant l'adage *fraus omnia corrumpit*, l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 prévoit que cette cristallisation ne fait pas obstacle à « *la possibilité de fixer, en cas de fraude, une date de cessation des paiements postérieure* » au 12 mars 2020.

Cette exception permet ainsi au Tribunal de s'attacher à la réalité de la situation financière du débiteur et de refuser l'ouverture d'une procédure préventive ou d'une procédure de sauvegarde au bénéfice de ce dernier, ou encore de prononcer la conversion d'une procédure de sauvegarde en procédure de

redressement ou de liquidation judiciaires, si les conditions de cette dernière procédure sont réunies.

L'ordonnance demeure muette quant à ce que recouvre la notion de fraude. Le Rapport au Président de la République propose une clé de lecture en précisant qu'il « **convient de réserver les possibilités de fraude aux droits des créanciers, tant de la part du débiteur que des autres créanciers** ».

Sont ainsi visés les actes portant atteintes aux droits des créanciers. On songe notamment aux actes listés aux articles L. 632-1 et suivants du Code de commerce relatifs aux nullités de la période suspecte. On pourrait en effet se demander si des débiteurs, en procédure de sauvegarde en application de la fiction juridique consacrée par l'ordonnance du 27 mars 2020 mais en cessation des paiements effective, n'auraient alors pas tendance à abriter certains de leurs actifs au sein d'autres patrimoines, par le biais d'actes à titre gratuit, de vente à vil prix, ou encore de transfert de biens et droits au bénéfice d'une fiducie.

L'ordonnance vise toutefois uniquement comme conséquence de la fraude du débiteur la possibilité pour le Tribunal de fixer une date de cessation des paiements postérieure au 12 mars 2020. Qu'en est-il alors si la date de cessation des paiements du débiteur est constatée à une date antérieure ? Rappelons qu'aux termes de l'article L. 631-4 du Code de commerce, tout débiteur est tenu de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires s'il n'a pas, dans ce délai, sollicité l'ouverture d'une procédure de conciliation, le non-respect de cette obligation constituant une faute de gestion de nature à engager la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce.

Si l'on s'attache à la lettre de l'Ordonnance, la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements demeure le 12 mars 2020. Ainsi un débiteur en état de cessation des paiements au 10 mars 2020 et sollicitant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire le 1^{er} juin devrait être considéré comme en état de cessation des paiements depuis 2 jours à la date du dépôt de sa demande, ce même dans l'hypothèse d'une fraude aux droits des créanciers.

Si l'on en croit les termes du Rapport au Président de la République et de la Circulaire CIC/03/20 du 30 mars 2020, la cristallisation de l'état de cessation des paiements a été cependant conçue pour éviter que le débiteur ne s'expose à des sanctions personnelles, et tout particulièrement celles liées à la faute de gestion relative au dépôt de bilan tardif. Partant de ce postulat

la fraude, vu comme une exception, devrait nécessairement avoir pour conséquence de permettre de sanctionner le débiteur fautif ne méritant pas de bénéficier des dispositions protectrices. Suivant cette interprétation, le Tribunal devrait pouvoir calculer la durée réelle s'étant écoulée entre la date de cessation des paiements et la demande d'ouverture de la procédure collective.

Rappelons toutefois que, à la différence d'une ordonnance, un Rapport au Président de la République et une Circulaire n'ont pas force de loi.

A rapprocher : Ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; Circulaire n°CIV/03/20 du 30 mars 2020 ; Articles L632-1 et suivants du Code de commerce ; Article L.631-4 du Code de commerce ; Article L.651-2 du Code de commerce.

L'impact du dispositif d'urgence sur les cautions professionnelles personnes physiques

Ce qu'il faut retenir :

Le dispositif d'urgence mis en place par le gouvernement pour lutter contre l'épidémie de COVID-19 est discret sur la question de la caution personne physique. Seul l'article 4 de l'Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19 précise que les cautions ne pourront être activées en cas de défaillance du preneur dans le paiement du loyer ou des charges. Dans ces circonstances, la caution personne physique semble être en danger.

Pour approfondir :

Le cautionnement est un contrat unilatéral par lequel « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même » article 2288 du Code civil. Lorsqu'un établissement bancaire accorde un prêt ou une autorisation de découvert en compte courant à une société, il peut exiger du dirigeant qu'il se porte caution. En cas de difficultés financières, la

caution sera tenue d'assurer le règlement des sommes restant dues à concurrence de son engagement.

En droit commun des entreprises en difficulté, le régime de la caution *personne physique* est différent pour chaque type de procédure collective.

- **En sauvegarde**

En application de l'article L.622-28 du Code de commerce, la caution *personne physique* ne peut faire l'objet de mesures d'exécution durant la période d'observation, mais peut être la cible de mesures conservatoires. La caution peut également se prévaloir du plan c'est-à-dire qu'elle ne pourra être actionnée en paiement tant que le débiteur principal règle les échéances du plan (article L.626-11 du Code de commerce). En revanche en cas d'échéances du plan impayés, le créancier peut poursuivre la caution sans avoir à solliciter ou attendre la résolution du plan.

- **En redressement judiciaire**

Les règles sont les mêmes qu'en procédure de sauvegarde s'agissant des mesures d'exécution et des mesures conservatoires. En revanche, la caution ne peut pas se prévaloir du plan de redressement (article L.631-20 du Code de commerce). Le créancier pourra donc exiger le paiement auprès de la caution qui, par un mécanisme subrogatoire, deviendra créancier du débiteur initial et pourra être remboursé suivant les échéances du plan.

- **En liquidation judiciaire**

En application de l'article L.643-1 du Code de commerce, la déchéance du terme de l'engagement survient par l'effet de la liquidation judiciaire. L'échéancier auquel la caution avait initialement consenti est donc anéanti à l'égard du débiteur principal. Cette déchéance du terme n'est pas opposable à la caution qui peut donc toujours se prévaloir de l'échéancier auquel elle a consenti (sauf à ce qu'il soit contractuellement prévu que la déchéance du terme s'impose également à la caution).

En élaborant son dispositif d'urgence, le gouvernement a fait le choix de limiter au maximum l'impact des mesures de gestion de la crise sanitaire sur la matière contractuelle. En droit des entreprises

en difficulté, le dispositif d'exception est issu de l'ordonnance n°2020-341, qui prévoit notamment :

- La cristallisation de l'appréciation de l'état de cessation des paiements au 12 mars 2020 ;
- La prorogation de plein droit des périodes d'observation et des plans de sauvegarde et de redressement ;
- La facilitation de la mise en œuvre des procédures de prévention et en particulier, de la procédure de conciliation (voir article sur *L'adaptation du droit des entreprises en difficulté à la crise sanitaire*).

Ces dispositions ne font pas exception à la philosophie générale du dispositif d'urgence puisqu'elles n'impactent pas non plus la matière contractuelle. Les exceptions sont à rechercher du côté des clauses sanctionnant un retard dans l'exécution qui voient leur régime modifié par les textes spéciaux, en particulier l'article 4 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 qui dispose : « *Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au 1 de l'article 1^{er}.* » Ces dispositions ne permettent pas de justifier une inexécution contractuelle. Elles apportent seulement, *de facto*, un moment de répit pour l'entreprise et son dirigeant dans la mesure où l'éventuelle inexécution contractuelle ne pourra être sanctionnée qu'à partir du 24 juin 2020 (au minimum).

Pour le créancier victime d'une inexécution contractuelle, il n'existe, en l'état actuel du dispositif d'urgence, aucun obstacle à l'activation de la caution dirigeante qui, certes, pourra bénéficier de la même période de répit que le débiteur principal en ce qui concerne la mise en œuvre des sanctions de son inexécution éventuelle.

Le gouvernement a prévu un cas spécifique où la mise en œuvre de la caution ne sera pas possible en cas de défaillance du débiteur principal. En effet, l'article 4 de l'Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19 dispose : « *Les*

personnes mentionnées à l'article 1er ne peuvent encourir de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance, **ou d'activation des garanties ou cautions**, en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à leurs locaux professionnels et commerciaux, nonobstant toute stipulation contractuelle et les dispositions des articles L. 622-14 et L. 641-12 du code de commerce. » Ainsi, si une entreprise éligible au fonds de solidarité est confrontée à un défaut de paiement de loyers ou de charges locatives, la caution éventuelle ne peut pas être activée.

L'absence de toute référence à la caution dans l'article 4 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020, dont la portée est plus générale ne nous semble pas anodine et le silence du dispositif d'urgence pourrait justifier une augmentation rapide des cas d'activation des cautions dirigeantes, et ce même pour les défaillances du débiteur principale intervenues pendant la période d'urgence sanitaire. A noter que dans la pratique, l'ensemble des banques acceptent le report jusqu'à six mois des échéances des crédits bancaires et incidemment, la caution bénéficierait alors de cette non-exigibilité temporaire des échéances. De plus, les audiences de contentieux général n'ayant pas encore reprises devant les tribunaux de commerce, il est encore trop tôt pour apprécier l'augmentation des activations de caution de cautions *personne physique*.

Enfin, si la caution *personne physique* ne bénéficie d'aucune protection particulière dans le dispositif d'urgence (à l'exception de l'article 4 de l'Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020), tel n'est pas le cas des banques, protégées dans leur relation avec les cautions. En effet, l'article L.313-22 du Code monétaire et financier dispose notamment que « *Les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la*

caution, ainsi que le terme de cet engagement ». Or, cette année, le 31 mars tombe en pleine crise sanitaire. Les banques, extrêmement mobilisées par le gouvernement dans la mise en œuvre du dispositif d'urgence, notamment pour l'octroi du Prêt Garantie par l'Etat, bénéficient du mécanisme prévu à l'article 2 du l'ordonnance n°2020-306 qui précise que « *Tout[e] notification ou publication prescrit[e] par la loi [...] qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.* ».

A rapprocher :

Ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 ; Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 ; Article L.313-22 du Code monétaire et financier ; Article L.622-28 du Code de commerce ; Article L.643-1 du Code de commerce.

L'impact du covid-19 sur les sanctions encourues par le dirigeant

Ce qu'il faut retenir :

Par une Ordonnance 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 (ci-après l'« Ordonnance »), le Gouvernement a adopté des mesures temporaires visant notamment à modifier le droit des entreprises en difficulté. Ce dispositif inédit et dérogoire au droit commun, a notamment pour conséquence une simplification et un assouplissement des obligations légales pesant sur le dirigeant.

Ce dernier devra cependant être vigilant et veiller à prendre les mesures adéquates afin de faire face à cette mise à l'arrêt forcée, faute de quoi, la mise en œuvre de sa responsabilité pourrait toujours être engagée.

Pour approfondir :

En France, près de 4.000 dirigeants sont sanctionnés chaque année dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire.

En matière de procédure collective plusieurs types de responsabilités pèsent sur le dirigeant, lesquelles peuvent être civiles non pécuniaires (faillite personnelle et interdiction de gérer), civiles pécuniaires (responsabilité pour insuffisance d'actif), et pénales (banqueroute).

Les mesures gouvernementales prises dans le cadre de la crise sanitaire actuelle n'ayant à notre sens pas d'incidence sur les fautes susceptibles d'entraîner une condamnation du dirigeant sur le fondement des dispositions de la faillite personnelle, de l'interdiction de gérer et de la banqueroute – dont les fautes sont limitativement énumérées par les articles L. 653-1 et suivants du Code de commerce - notre propos se limitera à la responsabilité pour insuffisance d'actif des articles L. 652-1 et suivants du Code de commerce.

Un dirigeant peut voir sa responsabilité engagée sur ce fondement dans l'hypothèse où il a commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la procédure de liquidation judiciaire.

Parmi les fautes régulièrement relevées par la Jurisprudence et sur lesquelles les mesures gouvernementales sont susceptibles d'avoir une incidence, nous pouvons citer (i) le retard dans la déclaration de cessation des paiements, et (ii) l'absence de dépôt des comptes annuels.

- **Les conséquences du gel de l'appréciation de l'état de cessation des paiements sur la responsabilité des dirigeants**

L'une des mesures phare de cette Ordonnance est sans doute celle qui vise à geler l'appréciation de l'état de cessation des paiements au 12 mars 2020. Ainsi, jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois suivant le terme de l'état d'urgence sanitaire (i.e. jusqu'au 10 octobre), la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements des entreprises et des exploitations agricoles est gelée au 12 mars 2020.

En principe, lorsqu'une entreprise se retrouve en état de cessation des paiements le représentant légal a l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure

de redressement ou de liquidation judiciaire dans un délai de 45 jours. Le non-respect de cette obligation est une faute de gestion pouvant engager la responsabilité du dirigeant.

Le Rapport au Président de la République indique que « *la fixation au 12 mars 2020 de la date de l'appréciation de l'état de cessation des paiements ne peut être conçue que dans l'intérêt du débiteur, ce qui évite, en outre, qu'il ne s'expose à des sanctions personnelles pour avoir déclaré tardivement cet état* ».

Ainsi, durant cette période, le dirigeant ne saurait voir sa responsabilité personnelle engagée en cas de dépôt de bilan tardif.

Attention toutefois, le débiteur qui agirait en fraude des droits des créanciers pourrait voir sa responsabilité engagée, l'ordonnance précisant qu'il est dans cette hypothèse fait exception au principe de gel de la date d'appréciation de cessation des paiements.

- **Les aménagements en matière de dépôts des comptes**

Pour rappel, les comptes annuels et les comptes consolidés, doivent sauf exceptions être déposés au Registre de Commerce et des Sociétés et faire l'objet d'une publication.

Le non-respect de cette obligation est pénalement sanctionné (amende de 1 500 euros, et de 3 000 euros en cas de récidive) et susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant.

Sur le plan civil, le Président du Tribunal de commerce peut, à la demande de tout intéressé ou du ministère public ou encore, de sa propre initiative, statuer par ordonnance de référé et enjoindre sous astreinte au dirigeant de la société concernée de procéder, dans le mois suivant la notification de l'ordonnance, au dépôt des comptes au Registre du Commerce et des Sociétés.

Concernant ces obligations comptables, l'Ordonnance n° 2020-318 du 25 mars 2020 prise en application de la loi d'urgence adoptée dans le contexte de l'épidémie de covid-19 fixe de nouvelles règles quant à

l'établissement, l'approbation et la publication des comptes des sociétés commerciales.

Deux types de mesures viennent assouplir les règles applicables en la matière. A l'exception des sociétés pourvues d'un commissaire aux comptes, l'Ordonnance proroge de trois mois les délais prévus par les textes et les statuts pour l'approbation des comptes, ainsi que la convocation de l'assemblée générale pour l'approbation de ces comptes.

Ces deux dispositifs visent donc à protéger le dirigeant dans l'exercice d'une gestion vertueuse de sa société en période de crise.

Sans qu'elle ne soit abordée expressément, les « Ordonnances Covid », traitent incidemment de la question de la responsabilité du dirigeant durant la pandémie.

Bien que navigant à vue, le chef d'entreprise devra tenir le cap, en se servant de l'arsenal juridique mis à sa disposition.

Par ces dispositifs exceptionnels, les dirigeants sont protégés et soutenus afin de limiter l'impact de l'épidémie à leur égard. Dans le même sens, on notera que l'ouverture de procédures dites préventives ayant l'avantage de se dérouler sous l'égide d'un mandataire de justice, permettront aux dirigeants de ne pas surmonter seuls leurs difficultés. Enfin, concernant la chambre des sanctions du Tribunal de commerce de Paris, elle a pour l'heure suspendu l'ensemble de ses travaux.

Le temps des comptes viendra après la crise.

A rapprocher : Ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; Circulaire n°CIV/03/20 du 30 mars 2020 ; Ordonnance n° 2020-318 du 25 mars 2020 ; Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 ; Articles L.653-1 et suivants du Code de commerce ; Articles L. 652-1 et suivants du Code de commerce.

CRÉANCIERS

De quelques exemples de l'impact de l'état d'urgence sanitaire sur les délais et droits des créanciers

Ce qu'il faut retenir :

Si le créancier est protégé par les mesures gouvernementales instaurées pour tenir compte des conséquences de la crise sanitaire sur le respect de certains légaux propres au droit des entreprises en difficulté, leurs droits contractuels s'effacent devant la nécessité de préserver l'économie et la pérennité des entreprises durement impactées.

Pour approfondir :

L'ordonnance n°2020-306 du 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, a pour objet d'adapter certains délais aux conséquences résultant de l'épidémie du covid-19.

Cette ordonnance, en ses articles 2 et 4, exerce une influence sur le droit des entreprises en difficulté et, particulièrement, sur la situation des créanciers de la procédure collective, que l'adaptation des délais leur bénéficient ou qu'ils s'imposent à eux.

En effet, aux termes de l'article 2 de ladite ordonnance, « *tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.*

Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit.

Le présent article n'est pas applicable aux délais de réflexion, de rétractation ou de renonciation prévus par la loi ou le règlement, ni aux délais prévus pour le

remboursement de sommes d'argent en cas d'exercice de ces droits ».

Si l'on avait pu émettre un doute sur l'application de cette disposition aux actes, recours ou déclarations spécifiques à la matière du droit des entreprises dans l'attente de la parution d'une ordonnance portant adaptation des règles de traitement des entreprises en difficultés (l'article 1^{er} 5^o de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 la rendant applicable à tous délais ou mesures sauf disposition spéciale contraire), l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 et sa Circulaire de présentation n°CIV/03/20 du 30 mars 2020 ont levé toute incertitude.

Ainsi, et par exemple bénéficieront de cette disposition s'ils expirent ou ont expiré entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 (dite « période juridiquement protégée »),

- (i.) le délai légal de déclaration de créances (C.com. L. 622-24 et R. 622-24) ; dans ce cas le créancier pourra valablement déclarer sa créance dans les deux mois du terme de la période juridiquement protégée, soit jusqu'au 23 août 2020 ;
- (ii.) le délai légal de revendication (C. com L.624-9) ; dans ce cas, le créancier pourra valablement revendiquer ses biens dans les deux mois du terme de la période juridiquement protégée (et non trois mois, l'article 2 précité fixant une « limite de deux mois »), soit jusqu'au 23 août 2020 ;
- (iii.) le délai de saisine du juge-commissaire en cas de défaut d'acquiescement à la demande de revendication (C. com. R. 624-13) ; dans ce cas, le créancier pourra saisir le juge dans le mois (« délai légalement imparti pour agir ») suivant le terme de la période juridiquement protégée, soit avant le 23 juillet 2020.

Les délais échus avant le 12 mars 2020 ne seront pas reportés, de même que les délais commençant à courir au terme de la période juridiquement protégée, ne seront ni suspendus ni prorogés.

Si ces dispositions sont donc favorables aux créanciers, l'article 4 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 (dans sa version en vigueur au 15 avril 2020) impose, quant à lui, des règles en faveur du débiteur

dont la mise en œuvre peut conduire, au-delà de la suspension des clauses contractuelles sanctionnant l'inexécution du contrat, à la suspension du contrat lui-même pendant la période juridiquement protégée :

« Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1^{er}.

Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets est reportée d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée.

La date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses prennent effet, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation, autre que de sommes d'argent, dans un délai déterminé expirant après la période définie au I de l'article 1^{er}, est reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la fin de cette période.

Le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus pendant la période définie au I de l'article 1^{er} ».

Prenons pour exemple une échéance d'emprunt exigible au 20 mars 2020 et non payée ; la non-exécution de cette obligation tombant dans la période juridiquement protégée (entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus) la déchéance du terme ne peut être prononcée.

De fait, l'ordonnance instaure un *standstill* de plein droit jusqu'au 23 juin 2020 inclus *a minima*, majoré de la durée écoulée entre le 12 mars 2020 et la date à laquelle l'obligation était exigible.

A rapprocher : Ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 ; Circulaire CIV/01/20 du 26 mars 2020 ; Ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 ; Circulaire CIV/03/20 du 30 mars 2020.

L'impact de la crise sanitaire sur les covenants bancaires

Ce qu'il faut retenir :

Les mesures exceptionnelles prises par le Gouvernement ayant un impact très limité sur la force obligatoire des contrats, et en l'absence de dispositif sectoriel organisant la matière contractuelle, priorité doit être donnée à la négociation entre l'entreprise et son banquier dans l'hypothèse d'un risque de bris de covenant. La crise sanitaire actuelle pourrait d'ailleurs être la cause d'un élargissement, notamment à la matière bancaire, de l'obligation de renégociation, applicable à l'heure actuelle uniquement aux contrats de distribution (Arrêt HUARD - Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547 ; Arrêt HOLDER - Com, 15 mars 2017, 15-16.406).

Pour approfondir :

En élaborant son dispositif d'urgence, le gouvernement a fait le choix de limiter au maximum l'impact des mesures de gestion de la crise sanitaire sur la matière contractuelle. Seules les clauses sanctionnant un retard dans l'exécution voient leur régime modifié par les textes spéciaux, en particulier par l'article 4 de l'ordonnance n°2020 -306 du 25 mars 2020.

Il n'existe donc aucune disposition *ad hoc* venant modifier les régimes juridiques des contrats secteur par secteur. Dans ces conditions, il est nécessaire de se replier vers le droit commun afin d'identifier les instruments juridiques mobilisables par les banquiers ou les emprunteurs pour s'organiser face aux potentiels bris de covenants que la crise pourrait engendrer.

Pour rappel, les covenants bancaires, ou clauses de sauvegarde, sont des clauses insérées dans les contrats de prêt visant à garantir les droits du prêteur et à prévenir les impayés. Elles définissent différents engagements à la charge de l'emprunteur, de faire, de ne pas faire ou de demander l'autorisation préalable.

Le non-respect de l'un de ces covenants permet au prêteur de demander le remboursement de l'intégralité du montant de l'emprunt restant dû, la mise en œuvre de cette sanction pouvant provoquer la cessation des paiements et l'ouverture d'une procédure collective.

A très court terme, le bris d'un covenant bancaire n'imposera pas nécessairement au débiteur de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, l'article 1. I de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 précisant que l'état de cessation des paiements de tout débiteur en difficulté est apprécié, ce jusqu'au 10 octobre 2020, en considération de la situation financière du débiteur au 12 mars 2020.

Procédure collective ou non, l'exigibilité immédiate des montants dus au titre du prêt aura des conséquences financières désastreuses pour l'emprunteur, qu'il convient par conséquent de prévenir. L'article 4 de l'ordonnance n°2020 -306 du 25 mars 2020 précité peut permettre, en pratique, à l'emprunteur défaillant d'obtenir un premier répit. Il dispose que « *les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1er.* »

Or, les covenants bancaires, en ce qu'ils peuvent provoquer l'exigibilité de l'intégralité du montant de l'emprunt, constituent une clause de déchéance. Les bris de covenant survenus pendant la période protégée (à savoir entre le 12 mars et le 23 juin 2020 inclus) voient donc leurs effets suspendus, mais uniquement pour une période limitée, qui devra être exploitée par l'emprunteur et la banque afin de tenter de trouver une solution amiable.

L'article 1104 alinéa 2 du Code civil rappelle que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Confrontée à des contrats de distribution instituant une relation de dépendance entre professionnels, la Cour de cassation a consacré, dans l'arrêt HUARD, une obligation de renégociation fondée sur ce devoir de bonne foi (Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547). Elle a jugé plus récemment que : « *après avoir relevé que le plan de développement convenu ne pouvait être réalisé qu'avec la collaboration étroite et loyale des parties et que l'ouverture de nouveaux magasins sous franchise restait nécessairement associée à la réussite des exploitations, le franchiseur, ayant le pouvoir de*

vérifier les conditions d'implantation à cette fin et de refuser un projet, s'il ne répondait pas à cet objectif, la cour d'appel, sans obliger le franchiseur à renégocier le protocole, a pu retenir que la loyauté imposait de négocier, si le protocole d'accord s'avérait difficilement réalisable, et de proposer des conditions acceptables » (Arrêt HOLDER - Com, 15 mars 2017, 15-16.406). Cette obligation de renégociation, bien qu'elle soit difficile à saisir précisément (qu'est-ce qu'une proposition de « conditions acceptables » ?) existe bel et bien. On peut d'ailleurs supposer que la Jurisprudence verra dans la crise sanitaire, le fait générateur de cette obligation et qu'elle en profitera pour préciser ses contours et élargir son champ d'application au-delà des contrats de distribution.

En l'état de la Jurisprudence actuelle, la renégociation n'est pas imposée en matière bancaire, mais elle est toutefois courante en pratique. La renégociation d'un covenant se matérialise par la conclusion d'un waiver. Lorsqu'une entreprise ne pourra pas respecter un covenant, elle négocie une absolue avec ses banques, souvent en contrepartie d'une commission et d'une hausse des marges sur les crédits dont le risque s'est accru.

En l'absence de disposition issue du droit spécial issu de la Loi d'urgence sanitaire venant impacter la matière bancaire, le débiteur n'aura donc d'autres choix que de solliciter de son banquier une renégociation des termes du contrat en cas de risque de bris de covenant. Cette renégociation doit permettre de résoudre des situations complexes, non traitées par les dispositions spéciales, comme celle qui résulterait de la dégradation du ratio endettement/capitaux propres en raison de la souscription à un prêt garanti par l'Etat, rendu indispensable au regard de la situation de l'entreprise, mais qui provoquerait la rupture d'un covenant souscrit dans le cadre d'un autre emprunt ; cette rupture pouvant provoquant une exigibilité intégral de cet emprunt antérieur.

Plus que jamais, le lien doit être entretenu par l'entreprise avec ses partenaires bancaires afin de maintenir et renforcer leur relation de confiance. Pour l'heure, peu de bris de covenant ont été constatés et les situations de risque restent concentrées sur les secteurs et les entreprises déjà en difficulté (Les Echos, 9 mars 2020), mais il est probable que cette situation se détériore dans les semaines et mois à venir. Dans cette hypothèse, l'ouverture d'une procédure de conciliation ou d'un mandat *ad hoc* permettrait l'organisation d'un environnement favorable à la renégociation.

A rapprocher : Ordonnance n°2020 -306 du 25 mars 2020 ; Ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 ; Article 1104 du Code civil ; Cass. Com. 3 nov. 1992, n°90-18.547 ; Cass. Com, 15 mars 2017, n°15-16.406.

SOCIAL

Activité partielle vs prise en charge AGS

Ce qu'il faut retenir :

La crise sanitaire actuelle a incité les pouvoirs publics à adopter des mesures de soutien, afin de prévenir notamment les conséquences sociales qu'une telle situation pourrait entraîner. Le gouvernement français a ainsi privilégié la prise en charge des salaires par la généralisation du dispositif de chômage partiel ou total appelé « activité partielle ».

Parallèlement, le régime de garantie des salaires (AGS) relatif aux entreprises en difficulté a également évolué, afin d'adapter ses modalités d'intervention.

Pour approfondir :

Pour pallier les difficultés liées à la crise sanitaire actuelle, des dispositions particulières ont été mises en place par le gouvernement pour soutenir les entreprises et préserver le paiement des salaires, via notamment, l'activité partielle.

Des dispositions ont également été intégrées afin de donner aux mandataires-liquidateurs judiciaires, les moyens d'exercer leur mission, notamment à l'égard de l'Assurance de Garantie des Salaires (AGS), et ce malgré le contexte actuel, toujours dans un souci de faciliter le règlement des salaires.

- **Les mesures de soutien via l'activité partielle**

Conformément au décret n° 2020-325 du 25 mars 2020, les entreprises peuvent solliciter une « allocation d'activité partielle » pour un ou plusieurs de

leurs employés dans l'impossibilité de travailler, si elles se trouvent dans l'un des cas suivants :

- Être concernées par les arrêtés prévoyant une fermeture ;
- Être confrontées à une baisse d'activité ou à des difficultés d'approvisionnement ;
- Être dans l'impossibilité de mettre en place les mesures de prévention nécessaires à la protection de la santé de l'ensemble de ses salariés (télétravail, geste barrière, etc.).

Au titre de l'activité partielle, l'employeur doit verser une indemnité équivalente à au moins 70% de la rémunération antérieure brute des salariés.

L'indemnité ainsi versée par l'employeur sera intégralement remboursée par l'Etat, pour les salaires jusqu'à 6.927 euros bruts mensuels.

L'autorisation d'activité partielle peut être accordée par la DIRECCTE pour une durée maximum de 12 mois.

Conformément à l'article R.5122-16 du Code de commerce, le recours à l'activité partielle est possible dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire.

Il est à prévoir que compte tenu du coût supporté par l'Etat, dans le cadre de ce dispositif qui a été largement sollicité par les entreprises, depuis le début de la crise sanitaire, de nombreux contrôles a posteriori vont être initiés par l'administration, dans les prochains mois. Or, la fraude à l'activité partielle est une infraction pénale qui est sanctionnée par, outre le remboursement des aides indument perçues, deux ans d'emprisonnement et 30.000 € d'amende.

● **Conditions d'intervention de l'AGS, dans le cadre d'une procédure collective**

Les modalités de prise en charge des salaires par l'Assurance de Garantie des Salaires (AGS), dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, ont été simplifiées pour accélérer leur prise en charge.

Cette prise en charge par l'AGS n'a cependant pas été étendue à la procédure de sauvegarde, et ce bien que cela aurait pu se justifier, compte tenu du contexte

exceptionnel et des nombreux avantages attachés à la procédure de sauvegarde.

Il est ici rappelé que conformément aux dispositions de l'article L3253-8 et suivants du Code du travail les principales créances garanties par l'AGS, peuvent se résumer comme suit :

1° Les sommes dues aux salariés antérieurement à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire,

2° Les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant :

- a) Pendant la période d'observation ;
- b) Dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession ;
- c) Dans les quinze jours, ou vingt et un jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré, suivant le jugement de liquidation judiciaire ;
- d) Pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire et dans les quinze jours, ou vingt et un jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré, suivant la fin de ce maintien de l'activité ;

Dans le cadre de la crise sanitaire actuelle, de nouvelles modalités d'intervention spécifiques et exceptionnelles ont été définies et sont applicables depuis le 16 mars 2020, et notamment :

- l'AGS garantit aux salariés d'entreprises en difficulté impactées, un paiement dans les 72 heures de la réception des relevés de créances salariales établis par les mandataires judiciaires. Ce délai de règlement étant en période normale compris entre 5 et 10 jours.
- les délais pour procéder aux licenciements des salariés dans le cadre d'une procédure collective sont prolongés jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire (soit jusqu'au 10 août 2020), allongeant en conséquence les périodes de référence de garantie de l'AGS sur cette même période.
- en cas de prononcé d'une liquidation judiciaire, le Régime AGS pourra garantir les créances salariales dues au titre des salaires

courants (ou du montant des sommes restant à la charge de l'employeur dans le cadre des mesures décidées de chômage partiel) qui pourraient dépasser au regard de ce contexte exceptionnel, le plafond des 45 jours, au titre :

- o de la période d'observation (avec prononcé d'une liquidation judiciaire),
- o de la période suivant la liquidation judiciaire ou
- o de la fin du maintien provisoire d'activité

Cependant, la garantie de l'AGS au titre des créances de salaires sera maintenue à un plafond en montant de 45 jours.

Enfin, il convient de préciser que si la société, antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective, a effectué une demande d'activité partielle, l'AGS garantit les salaires antérieurs à l'ouverture pour la partie qui incombe à l'employeur ; l'AGS garantit également la quote-part allant de 70% à 100 % en cas d'accord d'entreprise, de branche ou selon la convention collective.

Aussi, au regard de l'ensemble de ces mesures qui ont été dernièrement renforcées, il apparaît très clairement que cette prise en charge des salaires par différents organismes tiers constitue un véritable levier visant à préserver la trésorerie et doit être précisément intégrée dans les prévisionnels de trésorerie quand il s'agit d'apprécier l'opportunité ou non d'ouvrir une procédure collective pour faire face aux difficultés rencontrées.

A rapprocher : Décret n°2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle ; Ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; Circulaire n° CIV/03/20 du 30 mars 2020.

ACTUALITÉ RESTRUCTURING SIMON ASSOCIÉS

COVID-19

Simon Associés se mobilise au service des entreprises pendant la crise sanitaire.
Consultez notre site internet dédié :

www.simonassocies-covid19.com

ÉQUIPES

« Emmanuel Draï – un deal maker muscle le restructuring de Simon Associés »

Source : Maydaymag.fr

[Lire l'article](#)

DISTINCTIONS

Simon Associés est classé N°1 en Restructuring pour la 5^{ème} fois en 6 ans
Classement Palmarès du Droit 2020 - Le Monde du Droit

[En savoir plus](#)