

Stratégie judiciaire et adaptation des praticiens

Antoine DIESBECQ

*Avocat au barreau de Paris – RACINE,
Administrateur de l'association Droit et Commerce*

La crise économique résultant directement de la pandémie de la Covid-19 a engendré de redoutables conséquences dans l'économie, immédiates comme à court et moyen terme, financières et sociales.

On peut même évoquer sa dimension morale, tant les enjeux et priorités de la vie des entreprises ont été bouleversés.

Les praticiens des procédures collectives pourtant rompus aux traitements des difficultés des entreprises n'ont pas échappé à ces conséquences, tant dans leur exercice propre, eux-mêmes touchés en qualité de chefs d'entreprise, que dans leurs relations aux entreprises dont ils sont les conseils.

Le cadre juridique complexe et sophistiqué dans lequel s'insèrent la conciliation et le mandat *ad hoc* a lui-même subi des transformations, sinon des déformations résultant des ordonnances successivement édictées par le gouvernement, telle l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant « adaptation » notamment des règles relatives aux difficultés des entreprises.

Tout aussi explicitement, l'ordonnance du 20 mai 2020 porte « adaptation » des règles relatives aux difficultés des entreprises aux conséquences de l'épidémie de Covid-19.

L'enjeu était bien de doter l'arsenal législatif d'armes à la hauteur des circonstances, de compléter la boîte à outils du matériel nécessaire pour y faire face. Il revenait aux praticiens de s'en emparer sans attendre et de se familiariser avec ces innovations dans des délais extrêmement contraints.

Certains spécialistes réunis au sein de l'Association pour le retournement des entreprises (ARE), à l'initiative de sa présidente maître Virginie Verfaillie, ont tissé un « fil d'actualité » dans lequel ils ont au quotidien partagé leurs lectures sinon leurs interprétations des textes nouveaux, leur

confrontation quotidienne aux réalités de chacun des dossiers, leur pratique des tribunaux, des administrations et des établissements financiers.

Délaissant tout esprit de concurrence, ces praticiens n'ont eu de cesse que d'apporter aux entreprises en difficulté les meilleurs conseils, et à tout le moins les plus actuels, au plus près de la meilleure pratique.

L'incidence de ces bouleversements sur la prévention des difficultés des entreprises a été remarquablement abordée et traitée par Madame le Professeur Laura Sautonie-Laguionie, et c'est à la stratégie du traitement judiciaire des difficultés que ces quelques lignes seront consacrées.

L'on doit d'ailleurs à l'ingéniosité et à la plasticité de la pratique des juridictions consulaires de pouvoir prétendre disposer d'une expérience en la matière.

Si l'activité judiciaire des tribunaux de commerce avait été arrêtée, il n'y aurait eu en effet aucune stratégie à imaginer et à mettre en place, faute d'interlocuteurs et par suite, rien de bien utile à partager sur un tel sujet.

Dans un esprit de confiance réciproque, les praticiens et les juridictions, assistées par leur Greffe, à qui je souhaite rendre ici un hommage appuyé, ont pu par téléphone ou courriel mettre en place les procédures adaptées aux circonstances, assurer des audiences indispensables pour traiter certaines situations, rendre des décisions qui s'imposaient pour faire échapper les entreprises en difficulté et leurs salariés à la fatalité d'un déni de justice.

Quel en fut alors l'impact pour les praticiens dans l'élaboration et la mise en œuvre de la stratégie du traitement judiciaire des difficultés ?

Il faut en premier lieu évoquer les conséquences de la cristallisation de la date de cessation des paiements pour la période du 12 mars au 23 août 2020 à la première de ces deux dates.

L'on évoquera en deuxième lieu le choix à opérer entre la prise en charge des salaires par l'AGS et la mise au chômage partiel du personnel.

En troisième lieu, on verra que les conditions d'éligibilité au PGE ont pu avoir sur la décision de solliciter l'ouverture d'une procédure collective, une incidence aussi importante que les conditions économiques elles-mêmes.

En quatrième lieu, une ordonnance a favorisé les solutions de reprise de l'entreprise par le débiteur lui-même, emportant à son bénéfice poursuite d'activité et effacement des dettes.

Enfin on tentera de relever le défi que lance la question du traitement de la dette excédentaire née de la poursuite d'activité pendant la période d'urgence sanitaire au regard de la pauvreté des moyens existants.

I – LA CRISTALLISATION DE LA DATE DE CESSATION DES PAIEMENTS

L'article 1 de l'ordonnance n° 2020-241 du 27 mars 2020 fige la date de cessation des paiements au 12 mars 2020, pour une durée prenant fin le 23 août 2020 en application de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020.

« Il s'agit d'éviter que l'aggravation de la situation du débiteur ou de l'exploitant, à compter du 12 mars 2020, ne lui porte préjudice »¹.

La loi fait obligation au chef d'entreprise de prendre des mesures efficaces, dans des délais qui commencent à courir à compter de la date de cessation des paiements.

Ainsi doit-il avant la survenance de cessation des paiements saisir le tribunal d'une demande de sauvegarde, à moins qu'il ne puisse traiter les difficultés sous l'égide d'un mandataire *ad hoc*.

La survenance de l'état de cessation de paiements postérieurement au 12 mars 2020 et jusqu'au 23 août ne le prive pas du bénéfice de ces mesures puisque la loi permet de reporter à la seconde de ces dates celle de la cessation des paiements. Il suffit donc au demandeur d'établir que le passif exigible était inférieur à l'actif disponible au 12 mars 2020.

Si l'entreprise était déjà en état de cessation de paiements antérieurement au 12 mars, depuis moins de 45 jours, le délai avant l'expiration duquel le chef d'entreprise doit solliciter la désignation d'un conciliateur ou procéder à la déclaration de cessation de paiement se trouve suspendu jusqu'au 23 août.

Dans l'hypothèse d'un état de cessation des paiements au 11 mars 2020, il disposera donc de 44 jours à compter du 23 août pour saisir le président ou le tribunal.

Le délai dans lequel le débiteur devra solliciter la désignation d'un conciliateur commencera à courir le 23 août pour prendre fin le 7 octobre 2020.

Le temps qui passe réduit considérablement la marge de manœuvre en fermant les opportunités et en rétablissant l'obligation de déclaration de cessation des paiements qui est assortie de sanctions.

Le cadre est fixé, mais pour autant la stratégie doit être adaptée aux circonstances.

En effet, et en premier lieu, l'ordonnance du 27 mars 2020 laisse au débiteur la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, ou encore le bénéfice d'un rétablissement professionnel.

1. Circ. n° CIV/03/20, 30 mars 2020, II, 1, a.

L'ordonnance réserve également la possibilité au tribunal ultérieurement saisi, de fixer « en cas de fraude » une date de cessation de paiements postérieure au 12 mars 2020.

Aussi il appartient prioritairement au chef d'entreprise et à ses conseils d'apprécier la situation *in concreto* pour éviter de poursuivre une activité déficitaire ne pouvant conduire qu'à la cessation des paiements ou alors que cet état s'est trouvé avéré.

Les ordonnances ne doivent pas être interprétées comme créant un effet d'aubaine exonératoire de toute responsabilité et au contraire la plus grande vigilance est de rigueur.

De manière générale les sanctions prévues par les articles L. 151-3 et suivant du Code du commerce seront encourues dès lors que les faits seront caractérisés sans que le chef d'entreprise puisse s'abriter derrière ce que l'on serait tenté d'appeler une absence virtuelle de cessation des paiements.

Ainsi l'assouplissement permet-il incontestablement de faire le choix d'une procédure de conciliation pendant toute la durée de la période protégée, soit jusqu'au 23 août, en vue de rechercher un accord et à défaut de saisir le tribunal d'une demande de sauvegarde, avant cette date ou au bénéfice le cas échéant :

- soit d'un accord de suspension de l'exigibilité d'une ou plusieurs créances,
- soit une suspension judiciaire des poursuites², obtenues pendant la procédure de conciliation.

En revanche, si l'entreprise est dans l'incapacité de procéder à l'avance à des salaires pour solliciter ensuite le bénéfice du chômage partiel en cas d'arrêt de son activité, seule une mesure de redressement judiciaire permettra de faire appel à l'assurance de garantie des salaires.

II – LE TRAITEMENT DES SALAIRES

Bien souvent le choix entre la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement judiciaire d'une part, et le choix de la date de saisine du tribunal en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire d'autre part, sont guidés par la date d'échéance des salaires.

L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire en fin ou en tout début de mois permet la prise en charge des salaires par le fonds national de garantie des salaires. L'ordonnance du 27 mars 2020 prévoit

2. Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020, art. 2.

d'ailleurs à cet égard que les relevés des créances résultant d'un contrat de travail sont transmis « sans délai » par le mandataire aux institutions de garanties (art. L. 3253-14 du Code du travail).

Les formalités prévues aux articles L. 625-1 et L. 625-2 du Code du commerce doivent être respectées, sans cependant « avoir pour effet l'allongement du délai de cette transmission ».

Le représentant des salariés est ici implicitement mais fermement invité à accélérer le processus de vérification des créances salariales qu'il doit mettre en œuvre.

Les mesures de chômage partiel et l'assouplissement extrême de ses conditions de mise en œuvre pour les employeurs constituent une alternative crédible pour financer le paiement des salaires à cette différence que l'entreprise devra les avancer et en solliciter le remboursement. Cela suppose que sa trésorerie le permette.

La différence temporelle entre les avances effectuées par les institutions de garantie précitées et les remboursements effectués par la DIRECCTE est modérée, alors que d'un point de vue financier elle est très importante et emporte des conséquences juridiques considérables.

Ajoutons que les reports et parfois les exonérations de charges prévus par les dispositions transitoires sont de nature à alléger très sensiblement les besoins de trésorerie de l'entreprise aussi sûrement que le ferait une suspension générale des poursuites découlant d'un jugement de redressement judiciaire pour les créanciers publics concernés.

En outre, les entreprises en redressement judiciaire sont privées du bénéfice d'un certain nombre d'aides d'État.

Il ressort notamment de l'arrêté du 23 mars 2020³ que la garantie de l'État est accordée pour un certain nombre de prêts consentis « sans autres garanties ou sûretés » à compter du 16 mars 2020 à des entreprises remplissant des conditions visées à l'article 3.

L'article 3 accorde le bénéfice de cette garantie aux prêts consentis aux entreprises ayant une activité économique à l'exclusion :

- des sociétés civiles immobilières ;
- des établissements de crédit ou des sociétés de financements ;
- des entreprises qui font « l'objet de l'une des procédures prévues aux titres II, III, et IV du livre VI du Code du commerce ».

Ainsi les sociétés faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire sont exclues du bénéfice de ces aides directes.

3. Arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'État aux établissements de crédit et sociétés de financement en application de l'article 4 de la loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020.

Au contraire, le choix d'une procédure de conciliation permettra d'accompagner le retournement d'une entreprise en difficulté sous l'égide d'un conciliateur dans un cadre judiciaire allégé, mais susceptible de maintenir ou de restaurer une confiance propice à l'octroi de nouveaux concours.

Ainsi la décision de procéder à la déclaration de cessation des paiements qui est lourde de conséquences, tant l'ouverture d'une procédure impacte profondément la poursuite de l'activité, doit-elle être précédée d'une réflexion intégrant l'ensemble des dispositifs provisoires mis en place pour tenter de limiter les destructions d'entreprises viables.

III – DES SOLUTIONS PERMETTANT LA POURSUITE DE L'ACTIVITÉ FACILITÉES

L'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 a apporté un certain nombre d'assouplissements de nature à favoriser la présentation et l'adoption de plans de sauvegarde ou de redressement⁴.

En premier lieu l'administrateur ou le mandataire judiciaire peut solliciter du juge-commissaire qu'il ramène le délai de réponse de 30 jours imparti au créancier pour répondre aux propositions de remises ou de délais formulées lors de l'élaboration du projet plan de sauvegarde ou de continuation.

En outre, cette consultation pourra se faire par tous moyens « permettant au mandataire judiciaire d'établir avec certitude la date de leur réception ».

Enfin, les propositions de règlement des dettes peuvent être établies « sur la base d'une attestation de l'expert-comptable ou du commissaire aux comptes, et par conséquent sans qu'il soit besoin d'attendre l'issue du délai de déclaration de créances ».

En deuxième lieu, l'article 2 prévoit un élargissement de l'articulation entre la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde en neutralisant les conditions de seuils mentionnées au 4^e alinéa de l'article L. 628-1 du Code de commerce.

Le passage de la procédure de sauvegarde vers les procédures de redressement et de liquidation judiciaire est également facilité.

Le 2^e alinéa de l'article 3 dispose qu'à défaut de plan arrêté dans les trois mois du jugement d'ouverture, l'ordonnance confère non seulement au débiteur, mais également à l'administrateur, au mandataire judiciaire et

4. G. Berthelot, « Présentation générale des aménagements temporaires du droit des entreprises en difficulté », Gaz. Pal. 13 juill. 2020, p. 58.

au ministère public la faculté de demander au tribunal d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon que les conditions de l'une ou de l'autre sont réunies.

L'ordonnance précise que l'ouverture d'une telle procédure met fin à la procédure de sauvegarde accélérée.

En troisième lieu, l'article 7 de l'ordonnance pour faciliter la reprise de l'activité en plan de cession prévoit que le débiteur lui-même, ou l'administrateur, et non seulement le procureur de la République peuvent saisir le tribunal de la requête prévue au 2^e alinéa de l'article L. 642-3 du Code de commerce.

Aux termes de ce texte, le tribunal, lorsqu'il est saisi d'une telle demande, peut autoriser le débiteur, le dirigeant de droit ou de fait de la personne morale, les parents ou alliés jusqu'au 2^e degré inclusivement de ces dirigeants du débiteur personne physique, les personnes ayant ou ayant eu les qualités de contrôleur au cours de la procédure.

Dans un tel cas, en l'absence de poursuite d'activité, la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif sera prononcée dans l'immense majorité des cas, privant les créanciers de tout espoir de règlement.

Quelques exemples de reprise de l'entreprise via un plan de cession par le dirigeant également actionnaire majoritaire ont montré que cette solution d'effacement des dettes n'est pas accueillie favorablement par les créanciers qui ont le sentiment d'enrichir injustement leur débiteur dont ils ne peuvent humainement dissocier les personnes physiques qui ont été leurs interlocuteurs⁵.

On peut supposer cependant que les tribunaux sauront faire un usage équilibré de ces dispositions pour en réserver l'application essentiellement lorsqu'il n'existe pas d'alternative sérieuse à l'offre de cession présentée par le dirigeant ou l'actionnaire d'une part, et que d'autre part celle-ci présente toutes les garanties nécessaires pour assurer la pérennité de l'entreprise, le maintien de l'activité et des employés attachés, à défaut de règlement du passif.

IV – LE TRAITEMENT DU PASSIF EXCÉDENTAIRE

Enfin, il faut évoquer le défi que constitue le remboursement d'un passif excédentaire lié aux conséquences de la pandémie qui est venu s'ajouter au passif né de l'exploitation antérieure.

5. Orchestra Prémaman et Alinéa.

Les entreprises dont l'activité a été affectée dans des proportions diverses par les mesures exceptionnelles prises pour lutter contre la pandémie de Covid-19 ont pu bénéficier de deux types de mesures :

- des mesures d'économies telles que le chômage partiel ou l'exonération de charges ;
- des mesures de soutien non génératrices d'économie, mais soulageant leur trésorerie :
 - report des loyers, report d'exigibilité des charges fiscales et sociales,
 - prêts garantis par l'État à hauteur de 107 milliards début août 2020 pour 550 000 entreprises,
 - autres prêts, atout, prêt tourisme et différents prêts accordés en application des mesures sectorielles.

Ajoutons que parallèlement, nombre d'entreprises ont poursuivi une activité déficitaire et généré des pertes non financées, comme en témoigne le ralentissement spectaculaire des ouvertures de procédures collectives

Cette situation est le résultat notamment de :

- l'effet de sidération découlant de l'arrêt de l'activité dans la période d'urgence sanitaire ;
- l'augmentation des délais pour prendre un certain nombre de mesures et notamment la sanctuarisation de la date de cessation des paiements au 12 mars 2020 jusqu'au 23 août 2020.

Le niveau d'endettement des sociétés françaises n'a cessé de croître depuis 20 ans, selon une courbe régulière qui s'est brutalement redressée depuis le mois de mars 2020.

Au 30 juin 2020, la dette brute des entreprises françaises a atteint un niveau record de 1 846 2 milliards d'euros, dont 63 % correspondent à des crédits bancaires, répartis en deux tiers pour les investissements, un tiers pour la trésorerie.

À fin août 2020, le montant total des PGE accordés à 540 000 entreprises s'élevait à 110 milliards d'euros auquel s'ajoutent 13,8 milliards d'euros de report de charges fiscales et 15,8 milliards d'euros de report de charges sociales.

Or, 96 % des PGE ont été accordés à des entreprises de moins de 250 salariés, dont 55 % à des entreprises de moins de 20 salariés.

Parallèlement, les prévisions d'activité de la Commission européenne font apparaître que la croissance attendue pour l'exercice 2021 n'effacera pas, tant s'en faut, la contraction de l'activité économique constatée en 2020.

Il en est résulté pour ce demi-million de PME la création d'un endettement que je qualifie d'« excédentaire » au regard d'une la capacité de remboursement parfois déjà parvenue à saturation.

L'enjeu des restructurations en cours et à venir dans un plan de sauvegarde ou de continuation qui porte donc les dettes nées de l'exploitation courante antérieure au 12 mars 2020 augmentées de l'endettement ainsi qualifié « excédentaire », n'est-il pas un objectif hors de portée ?

Comment apprécier objectivement la rentabilité future de l'activité de l'entreprise au regard de son arrêt total ou partiel pendant plusieurs mois d'une part, et d'autre part, des charges qui n'ont pas eu à être supportées, ni même comptabilisées du fait notamment des mesures de chômage partiel et d'exonération, sans même évoquer le bouleversement en profondeur de certains secteurs comme le tourisme ou l'aéronautique ?

Les dispositions transitoires facilitant l'exécution des plans en cours en prévoyant la possibilité d'un rééchelonnement des échéances dans des conditions simplifiées⁶ seront-elles pérennisées ou tout au moins reconduites provisoirement pour bénéficier au plan arrêté ultérieurement au titre de procédures ouvertes après le 24 août 2020 ?

La création d'un privilège de *post money* ne devrait pas suffire à convaincre les investisseurs de financer une activité dédiée au remboursement d'une dette excessivement lourde, ni *a fortiori* de couvrir le remboursement lui-même, sauf le cas échéant en contrepartie de remises substantielles.

Un allongement de la durée des plans n'améliorera ni la rentabilité ni les fonds propres de l'entreprise.

En l'absence d'outils nouveaux, l'on atteint sans doute l'une des limites à la faculté d'adaptation des praticiens et de résilience des entreprises.

L'État, au travers des déclarations des ministres, a clairement précisé qu'il n'était pas question d'envisager un abandon pur et simple des créances nées de cette période, et Bercy réfléchirait à un dispositif permettant de renforcer les fonds propres par « des instruments de quasi-fonds propres, soit sous forme d'obligations convertibles, soit sous forme de droits participatifs »⁷, et la mise à jour de l'arrêté du 23 mars 2020 le confirme.

Sous réserve des contraintes que les règles communautaires pourraient imposer, en considération des critères de nécessité et de proportionnalité des aides que cela pourrait constituer, il sera certainement nécessaire que l'État envisage un traitement spécifique de cette dette excédentaire au-delà des mesures de renforcement des fonds propres précitées tels que la conversion sous une forme à déterminer et à des conditions restrictives, les PGE

6. G. Berthelot et B. Ferrari, « Les mesures favorables aux plans de sauvegarde et de redressement issues des ordonnances *Covid-19* » ; Gaz. Pal. 13 juill. 2020, p. 76.

7. A. Ruello, « Bercy au secours de la trésorerie des TPE-PME », Les Échos 18 juill. 2020.

et autres emprunts apparentés en quasi-fonds propres, via leur rachat par des fonds participatifs.

L'association Droit et Commerce a proposé la création d'une procédure de sauvetage participatif⁸ qui, en substance, permettrait au tribunal d'ordonner la « conversion » des créances en titres participatifs lorsqu'il apparaîtrait que la poursuite de l'activité est possible, qu'elle est rentable, et qu'en revanche, en l'état, les résultats escomptés ne permettent pas d'espérer régler outre le passif courant, le passif « excédentaire », né de la période de pandémie, ou pendant celle-ci.

En toute hypothèse, le remboursement de cette dette, à le supposer possible, constituera en outre un concurrent sérieux sinon un obstacle infranchissable au financement des besoins futurs d'investissement notamment, ou tout simplement au règlement des dettes contractées antérieurement au 12 mars 2020.

Ces quelques lignes n'ont pas l'ambition de proposer une liste exhaustive des mesures provisoires éditées par le Gouvernement en vue d'accompagner les entreprises confrontées à un arrêt brutal de leur activité d'abord, puis à une augmentation de leur passif.

Outre les mesures d'accompagnement financier, de nombreux délais ont été prorogés ou suspendus, et les clauses de résiliation ou de résolution ont été neutralisées dans bien des cas.

L'allongement de la durée des procédures de conciliation, comme celui des périodes d'observation ou encore des plans de sauvegarde ou de redressement, a également bénéficié à toutes les entreprises se trouvant dans de telles situations.

Les quelques exemples ci-dessus espèrent démontrer que les praticiens des entreprises en difficulté ont su pendant cette période et sauront pour le futur relever les défis qui leur sont lancés, adapter leur façon de raisonner et les stratégies qui en découlent en utilisant le plus efficacement les outils législatifs ou réglementaires mis à la disposition des entreprises.

C'est leur rôle et c'est aussi leur fierté d'être ainsi acteurs du retournement d'entreprises viables mais confrontées à des difficultés d'une ampleur exceptionnelle, auxquelles il faut opposer imagination et créativité, dans le respect des règles, afin de ne pas négliger le respect du droit des tiers.

8. P. Peyramaure et A. Diesbecq, « Pour limiter la multiplication des liquidations judiciaires : une procédure de sauvetage participatif », *Gaz. Pal.* 28 juill. 2020, n° 28.