

La neutralisation de la cessation des paiements au cœur des mesures d'adaptation temporaire du droit des entreprises en difficulté à l'état d'urgence sanitaire

Par Francine Macorig-Venier, Professeur Université Toulouse Capitole, CDA (EA 780), co-directrice du CREDIF

1. Profondément bouleversée par les mesures d'urgence sanitaires adoptées pour faire face à l'épidémie de Coronavirus, spécialement par la mesure de confinement imposée à la suite de la fermeture des commerces non essentiels, la situation économique en France et dans le monde s'est fortement dégradée. Un nombre considérable d'entreprises, contraintes pour beaucoup à cesser toute activité, a été brutalement exposé à subir les conséquences de cette crise sanitaire. La menace de la survenance de l'état de cessation des paiements a plus particulièrement été redoutée et, à sa suite, les disparitions d'entreprises, auxquelles les procédures judiciaires ouvertes dans cette hypothèse, redressement judiciaire, mais surtout liquidation judiciaire et rétablissement professionnel, risquent fatalement d'aboutir.

Sans surprise, la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a habilité le gouvernement à adopter des mesures variées pour soutenir les entreprises et, dans la mesure du possible, prévenir la survenance de l'état de cessation des paiements afin de tenter d'endiguer le flot des défaillances. Plusieurs ordonnances ont été adoptées à cet effet le 25 mars 2020¹. Le gouvernement a également été habilité à adapter le droit des entreprises en difficulté au contexte particulier de l'urgence sanitaire. C'est l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 qui a procédé à cette adaptation temporaire² et édicté notamment des règles dérogatoires en matière de fixation de l'état de cessation des paiements visant à refouler les procédures liquidatives notamment. Ces règles étaient complétées, ainsi que l'indique le rapport au Président de la République, par des dispositions relatives à l'adaptation des contraintes chronologiques des procédures³ et à l'assouplissement des formalités⁴. La nouvelle ordonnance n° 2020-596 adoptée le 20 mai 2020, complétant cette ordonnance et la modifiant pour partie⁵, ne remet pas en question ces règles dérogatoires, même si elle aboutit à en figer la date d'expiration au 23 août 2020, alors que la durée de l'état d'urgence sanitaire a été prolongée jusqu'au 10 août inclus par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020.

2. Au-delà de l'adaptation des règles de fixation de la date de cessation des paiements, il convient de mentionner les différentes mesures de soutien aux entreprises de nature à prévenir l'état de cessation des paiements, mesures exposées dans une autre contribution de ce dossier⁶. Ces mesures tendent à réduire le passif exigible ou à augmenter l'actif disponible. Dans la première catégorie peuvent être évoquées les reports ou délais de paiement voire

¹ F-X. Lucas, Branle-bas de combat, LEDEN avril 2020, n° 113f2, p. 1.

² P. Roussel Galle, Coronavirus : adaptations temporaires à l'urgence sanitaire du droit des entreprises en difficulté, Dict. Perm. Diff. Entreprises, Veille permanente, 2 avril 2020 ; N. Borga, L'ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises : interrogations à venir !, Gaz. Pal. 7 avril 2020, n° 377e3, p. 19 ; J. Théron, Présentation de l'adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises par l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020, Gaz. Pal. 28 avr. 2020, n° 377y3 p. 88 ; L. Fin-Langer et F. Petit, Adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises - Mesures intéressant le Livre VI du Code de commerce, Act. Proc. Coll. 2020/8, alerte 105.

³ Voir dans ce dossier, J. Théron, Ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises : Aménager le livre VI et prolonger les délais, mais pour combien de temps ?

⁴ Voir dans ce dossier, O. Staes, Incidences de l'article 2 de l'ordonnance 2020-306 sur les délais de procédure du traitement des entreprises en difficulté.

⁵ Selon le Rapport au Président de la République, il s'agit de « consolider les dispositions de l'ordonnance du 27 mars 2020 » et « d'adapter les dispositions du livre VI afin de les rendre plus efficaces pour traiter les difficultés des entreprises en fonction des spécificités liées à la nature exceptionnelle de la crise sanitaire ».

⁶ Voir dans ce dossier G. Jazottes, Les aides spécifiques en faveur des TPE

remises des créances sociales et fiscales, le gel des dettes de loyer, d'eau d'électricité, dans la seconde les aides octroyées aux entreprises au titre du fonds de solidarité, élargies dans un second temps aux entreprises en sauvegarde ou redressement judiciaire, les prêts garantis par l'Etat, sans compter le remboursement par l'Etat aux entreprises de l'indemnisation du chômage partiel⁷. Le dispositif semble avoir porté ses fruits, le Président du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires indiquant dans un entretien aux Petites Affiches début avril⁸ que, seulement 5 % des entreprises ayant appelé au Numéro Vert mis en place par le Conseil national avec la Direction générale des entreprises du ministère de l'Économie et des Finances, étaient en cessation des paiements. L'écoulement du temps est néanmoins fortement susceptible d'augmenter cette proportion, si bien que les règles d'adaptation adoptées en matière de cessation des paiements par l'ordonnance du 27 mars 2020 présentent tout leur intérêt pour juguler les disparitions d'entreprises. On peut au demeurant être surpris du cantonnement de ces règles dorénavant à la date butoir du 23 août en dépit de l'allongement de la durée de l'état d'urgence sanitaire.

3. L'ordonnance du 27 mars édicte en la matière des règles dérogatoires. La fixation de l'état de cessation des paiements ainsi prévue constitue assurément la mesure phare⁹ du dispositif d'adaptation. L'ordonnance vise à la neutralisation de la survenance de l'état de cessation des paiements postérieurement au 12 mars 2020, en imposant une appréciation de la situation des entreprises à cette date seule (I). Cette neutralisation est néanmoins relative et comporte des limites qui permettront de prendre en compte une autre date (II). Si le principe est clairement édicté, la formulation des limites apportées suscite des interrogations.

I- La neutralisation en principe de l'état de cessation des paiements postérieur au 12 mars 2020

4. Les règles dérogatoires posées en la matière reposent pour l'essentiel sur l'article 1^{er} de l'ordonnance. Il est complété par l'article 3 concernant les exploitations agricoles soumises aux dispositions du code rural et de la pêche maritime régissant la procédure de règlement amiable. Elles consistent à geler l'appréciation de la situation des entreprises à la date du 12 mars, et ce, pendant toute la durée du délai défini à l'article 1^{er} (A), afin de privilégier les procédures préventives, cette situation emportant par ailleurs d'autres conséquences (B).

A) L'appréciation de la situation des entreprises au 12 mars 2020

5. **La règle posée.** Selon le 1^o du I de l'article 1^{er} de l'ordonnance « l'état de cessation des paiements est apprécié en considération de la situation du débiteur à la date du 12 mars 2020 ». Cette règle s'appliquait, selon la même disposition avant sa modification par l'ordonnance du 20 mai 2020, « jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée ». Le début de l'état d'urgence sanitaire était alors fixé à la date d'entrée en vigueur de cette loi, soit le 24 mars, et sa durée à 2 mois. Était prévue une possibilité d'allongement, par la loi de cette durée, ou, au contraire, sa réduction à tout moment par voie d'ordonnance. Il convenait d'ajouter une durée de 3 mois à la durée de l'état d'urgence sanitaire pour définir la durée d'application des mesures dérogatoire édictées par ce texte. La période de « cristallisation » initialement prévue courait jusqu'au 24 août 2020. L'ordonnance du 20 mai 2020 fige cette date butoir au 23 août inclus.

L'ordonnance du 27 mars 2020 impose ainsi d'apprécier la situation des entreprises et leur éventuel état de cessation des paiements à la date du 12 mars. Cela vaut y compris pour les exploitations agricoles. Sont concernées les procédures ouvertes à compter de la date

⁷ Sur le volet social concernant le droit des entreprises en difficulté, voir dans ce dossier, E. Fabriès,

⁸ C. Basse : Covid-19 : « Nous espérons éviter un afflux de faillites », Propos recueillis par Sophie Tardy-Joubert, LPA 9 avril 2020, n° 152z9, p. 4

⁹ Cf. N. Borga, pécit., n° 4 ; J. Théron, Présentation de l'adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises par l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020, Gaz. Pal. 28 avr. 2020, n° 5.

d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 27 mars et jusqu'au 23 août inclus. Même si l'ordonnance prévoit son application aux procédures en cours, on ne voit guère l'intérêt de l'application de la règle lorsque l'état de cessation des paiements aura été caractérisé et des procédures ouvertes par des décisions définitives entre le 12 et le 28 mars¹⁰. D'un point de vue pratique toutefois, il est à noter que peu de procédures auront été ouvertes pendant cette période, vraisemblablement aucune ou presque à compter du 19 mars, date d'une première circulaire du ministère de la justice considérant que l'ouverture des procédures judiciaires et de la procédure de conciliation ne comptait pas parmi les décisions urgentes susceptibles d'être prises par le tribunaux, tandis qu'elle admettait que puisse être mis en œuvre un mandat ad hoc.

6. Le choix du 12 mars 2020 et du 23 août. C'est à la date du 12 mars, que sur les recommandations du conseil scientifique fraîchement composé, le Président de la République effectuait sa première déclaration annonçant les mesures qui seraient prises au plan sanitaire et en matière économique, dans le souci précisément d'éviter les « faillites ». Dans les jours qui suivirent, était ordonnée la fermeture des commerces non essentiels, concernant la plupart des commerces à l'exception des commerces alimentaires, pharmacies, bars-tabacs. Puis furent adoptées les mesures de confinement. On comprend la volonté des pouvoirs publics de figer au 12 mars la date d'appréciation de la situation des entreprises pour l'application des dispositions du livre VI du code commerce et du livre III du code rural et de la pêche maritime, la situation des entreprises étant vouée à se dégrader à compter de cette date et pendant toute la durée de l'état d'urgence sanitaire et même au-delà.

C'est au demeurant la raison pour laquelle il avait été décidé d'appliquer les règles dérogatoires, non seulement pendant la période d'urgence sanitaire, mais également pendant une période de trois mois suivant la fin de cet état. L'allongement de la fin de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet inclus par la loi du 11 mai 2020 aboutissait à étendre la durée des mesures dérogatoires jusqu'au 10 octobre inclus. En imposant de limiter à la date du 23 août 2020 la durée d'application de ces mesures, en définitive comme si aucune modification n'avait été apportée à l'état d'urgence sanitaire, l'ordonnance du 20 mai 2020 opère en l'espace de quelques jours un singulier et surprenant retour en arrière. En particulier, aucune modulation n'est prévue pour les commerces et autres entreprises soumis plus tardivement que les autres à une mesure administrative de fermeture. Or, il y a fort à parier que bien de ces établissements à la date du 24 août seront en cessation des paiements...

7. Le caractère dérogatoire des règles posées. La cristallisation de l'appréciation de la situation des entreprises au 12 mars conduit à rompre avec les règles classiques relatives à la date d'appréciation de la situation de l'entreprise pour l'ouverture des procédures du livre VI du Code de commerce ou du livre III du code rural et de la pêche maritime. C'est à la date où la juridiction statue sur l'ouverture de la procédure qu'est apprécié l'état de cessation des paiements et, plus largement, que sont vérifiées les conditions d'éligibilité du débiteur à la procédure¹¹.

Cette rupture avec l'approche classique opère en fait un bouleversement des frontières entre les différentes procédures, les apparences étant néanmoins sauvées au prix de cette fiction légale.

B) Les effets de la neutralisation de la survenance de l'état de cessation des paiements après le 12 mars 2020

8. La faveur pour les procédures préventives permettant le sauvetage des entreprises. En imposant d'apprécier l'état de cessation des paiements en considération de

¹⁰ En ce sens, N. Borga, précit., n° 5.

¹¹ Il convient de réserver le cas de la procédure de sauvegarde. Dans l'hypothèse où la cour d'appel est saisie d'une décision d'ouverture de la procédure, elle doit se placer à la date du jugement d'ouverture par le tribunal dont la décision est contestée pour vérifier si à cette date le débiteur éprouvait des difficultés insurmontables (difficultés exclusives de l'état de cessation des paiements) : Cass. Com. 26 juin 2007, n° 06-17821, P et 06-20820, PBRI. Cf. P-M Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, 2019/2020, n° 223.511

la situation de l'entreprise au 12 mars 2020, et ce, pendant toute cette période « de protection » (initialement état d'urgence + 3 mois ; désormais jusqu'au 23 août 2020), les rédacteurs de l'ordonnance du 27 mars ont cherché à en neutraliser la survenance dans cet intervalle de temps dans le but de « ne pas porter préjudice au débiteur », ainsi que le précise le rapport au président de la République. Il s'agit de permettre l'ouverture de procédures qui ne pourraient être ouvertes si l'on prenait en compte la situation réelle de l'entreprise, c'est-à-dire la survenance effective de la cessation des paiements.

Le législateur cherche ainsi à favoriser les ouvertures de procédures préventives à l'initiative du débiteur, spécialement la procédure de sauvegarde, mais également la procédure de conciliation ou la procédure de règlement amiable, ces procédures étant par hypothèse plus favorables au débiteur car elles lui permettent d'organiser et de mettre lui-même en œuvre le sauvetage de son entreprise. A l'évidence, la volonté du législateur est de ne pas exposer le débiteur à des procédures qui sont susceptibles d'aboutir, contre son gré, à la perte de son entreprise, fût-ce au profit d'un repreneur, voire, plus vraisemblablement compte tenu du contexte, à la sa disparition pure et simple.

Pour les procédures ouvertes à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance (24 mars) et jusqu'au 23 août inclus, c'est à la date du 12 mars que la juridiction devra se placer. L'absence de cessation des paiements à cette date-là permettra, à la demande du débiteur, d'ouvrir une procédure de sauvegarde, peu important la survenance de cet état ultérieurement. De même, peu importe que le débiteur soit effectivement en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours au moment où le Président du tribunal a à connaître de la demande d'ouverture d'une procédure de conciliation, dès lors que tel n'était pas le cas le 12 mars. S'agissant des exploitants agricoles relevant du Code rural et de la pêche maritime, il est prévu de manière semblable par l'article 3 de l'ordonnance du 27 mars 2020 que « le juge ne peut refuser de désigner un conciliateur au motif que la situation du débiteur s'est aggravée postérieurement au 12 mars 2020, et ce également jusqu'au 23 août 2020¹². Rappelons que, contrairement à la procédure de conciliation issue de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, et en dépit des rapprochements opérés avec celles-ci, le règlement amiable régi par les dispositions des articles L. 351-7 à L. 351-8 du Code rural et de la pêche maritime, ne peut être ouvert en cas de cessation des paiements de l'exploitant agricole. Enfin, le recours au mandat ad hoc, dont la doctrine majoritaire considère, sinon qu'il est exclusif de l'état de cessation des paiements¹³, du moins déconseillé en cette hypothèse¹⁴, est également envisageable.

Toutefois, parmi ces procédures, seule la procédure de sauvegarde devrait être d'un vrai secours en ce qu'elle suspend les poursuites des créanciers. La possibilité pour le Président du tribunal en matière de règlement amiable de suspendre les poursuites de l'ensemble des créanciers constitue également un atout pour l'application de cette procédure. Faute de suspension collective des poursuites en cas de procédure de conciliation ou de désignation d'un mandataire ad hoc, il y a fort à parier que les débiteurs s'orienteront moins vers ces procédures. Le législateur n'a pas à en effet réalisé l'adaptation plus grande des règles applicables qu'appelaient de ses vœux une certaine doctrine¹⁵. L'ordonnance du 20 mai 2020 s'est toutefois efforcée de « renforcer l'efficacité de la procédure de conciliation »¹⁶, en permettant notamment d'anticiper les mesures de suspension individuelle des poursuites¹⁷. Désormais, une telle suspension pourra être ordonnée à la demande du conciliateur à l'égard de tout créancier qui n'accepte pas la demande de suspension de l'exigibilité de sa créance

¹² Initialement jusqu'à l'expiration d'un délai de 3 mois suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire.

¹³ Par exemple : C. Saint-Alary Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat, 11^e éd. n° 333. Contra L. Fin-Langer, précit.

¹⁴ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, 10^e éd., 2014, n° 98 ; A. Jacquemont, N. Borga, Th. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd. 2019, n°82.

¹⁵ F-X Lucas, précit.

¹⁶ Rapport au Président de la République.

¹⁷ Il est à observer qu'en vertu de l'article 10 I de l'ordonnance les dispositions en la matière s'appliqueront jusqu'au 31 décembre 2021 inclus. Elles sont par ailleurs applicables aux procédures encours à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance (Art. 10 III)

pendant la durée de la procédure à l'expiration du délai imparti par le conciliateur¹⁸. Le débiteur pourra également demander au juge ayant ouvert la procédure la suspension de l'exigibilité de la sa créance en application de l'article 1343-5 du code civil avant même d'être poursuivi ou même seulement mis en demeure par le créancier¹⁹. Pour autant aucune suspension collective des poursuites n'est possible, les rédacteurs de l'ordonnance ayant souhaité préserver la confidentialité de la procédure, incompatible avec une telle mesure.

Quoiqu'il en soit, le choix de ces procédures par le débiteur alors que l'entreprise était effectivement en état de cessation des paiements ne le mettra véritablement à l'abri que si la situation de l'entreprise s'est améliorée significativement à l'expiration de la période de protection. Comme cela a été souligné²⁰, il s'agit là d'un pari risqué.

9. Autres conséquences des règles posées. Logiquement, aucune sanction personnelle ne pourra être appliquée au débiteur, au chef d'entreprise qui n'aura pas déclaré son état de cessation des paiements dans les 45 jours de sa survenance ainsi que la loi (Art. L. 631-4 C. Com.) lui en fait l'obligation, à moins que dans ce délai il ait demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. Il échappera ainsi par principe à toute condamnation à une interdiction de gérer sur le fondement de l'article L. 653-8 al. 3 du code de commerce. Bien qu'aucune disposition expresse de l'ordonnance ne le précise, la solution s'impose comme l'indique le Rapport au Président de la République. Il ne pourra davantage lui être reproché à ce titre une faute de gestion à l'origine de l'insuffisance d'actif pour obtenir sa condamnation à combler le passif.

Par ailleurs, les conversions des procédures de sauvegarde ouvertes pendant toute la période considérée en redressement ou liquidation judiciaire (pendant cette période) devraient demeurer exceptionnelles. Aucune conversion de la procédure de sauvegarde ainsi ouverte en procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne devrait pouvoir être opérée sur le fondement d'une erreur d'appréciation de la situation de l'entreprise à l'ouverture de la procédure, hypothèse de conversion prévue par l'article L. 621-12 du code de commerce, sauf peut-être à l'initiative du débiteur²¹. De même, la conversion de la procédure de sauvegarde en procédure de redressement pour cause de survenance de l'état de cessation des paiements pendant la procédure fondée sur l'article L. 622-10 al. 2 du code de commerce est à écarter, sous réserve ici encore qu'elle n'émane du débiteur²².

Il apparaît en effet qu'il existe des limites à la neutralisation de l'existence de la cessation des paiements à la date du 12 mars ou de sa survenance jusqu'à l'expiration de la période de protection.

- II- Les limites à la neutralisation de l'état de cessation des paiements après le 12 mars (ou le gel relatif de la situation des entreprises au 12 mars)

10. Il résulte de l'article 1^{er} 1^o de l'ordonnance du 27 mars 2020 que la neutralisation de l'état de cessation des paiements survenu pendant la période de protection, s'achevant dorénavant le 23 août, n'est pas absolue. Plusieurs limites à cette neutralisation découlent de ce texte. Leur existence ne surprend pas car la mesure est essentiellement conçue comme une mesure de faveur pour le débiteur, à laquelle il lui est loisible de renoncer et dont, à l'inverse, il paraît naturel de le priver en cas de fraude.

Les limites énoncées sont au nombre de 3, même si, pour 2 d'entre elles, un certain recoupement est évoqué par le rapport au Président de la République et la Circulaire du 30 mars 2020 rectifiée. La compréhension de ces dispositions n'est au demeurant pas aisée. Il est possible toutefois de considérer que ces limites sont de deux sortes : l'une résultant de la

¹⁸ Art. 3 II Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020.

¹⁹ Art. 3 III Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020.

²⁰ L. Fin-Langer et F. Petit, précit.

²¹ Cf. infra n° 13.

²² Cf. infra n° 13.

possibilité pour le débiteur de se prévaloir de l'état de cessation des paiements (A) et, les autres, de la possibilité de lui opposer cet état (B).

- A) La possibilité pour le débiteur de se prévaloir de l'état de cessation des paiements survenu après le 12 mars

11. L'ouverture de procédures de redressement ou liquidations judiciaires et de rétablissement professionnel sur demande du débiteur. Les dispositions de l'ordonnance réservent expressément « la possibilité pour le débiteur de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou le bénéfice du rétablissement professionnel ».

Seul le débiteur peut être à l'origine de l'ouverture de ces procédures, ce qui constitue une dérogation remarquable aux règles déterminant les titulaires de l'action aux fins d'ouverture des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires.

Les trois procédures visées supposent toutes l'existence de l'état de cessation des paiements et sa démonstration par le débiteur, ce qui, à l'évidence, ne devrait guère soulever de difficultés dans bien des cas. La liquidation judiciaire nécessitera qu'il établisse en outre l'impossibilité pour lui de redresser l'entreprise. L'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel suppose l'établissement d'autres conditions encore, parmi lesquelles des actifs dont la valeur est inférieure à un certain seuil. Ce seuil était pour les procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 20 mai 2020 le seuil « de droit commun », seuil fixé à 5000€. Pour les procédures ouvertes depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance, il a été relevé à 15000€. Il est à noter que la mesure s'appliquera aux procédures ouvertes jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance transposant la directive européenne du 20 juin 2019 et au plus tard le 17 juillet 2021 inclus²³.

En ouvrant ainsi, de manière facultative au débiteur la possibilité de demander l'ouverture de ces procédures dans les conditions qui leur sont normalement applicables, le législateur a entendu permettre aux débiteurs, découragés par la dégradation sans précédent de la situation économique, de préférer l'application de procédures qui correspondent à la situation réelle de l'entreprise, leur permettant ainsi, s'ils le souhaitent, de cesser leur « aventure entrepreneuriale » et d'éviter un acharnement thérapeutique inutile. Rappelons que, selon les cas, ils bénéficieront de la règle de la paralysie des poursuites frappant les créanciers non désintéressés ou insuffisamment à la clôture de la procédure (liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif) ou de l'effacement des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure s'agissant de la procédure de rétablissement professionnel²⁴. Dans cette optique, il est permis de s'interroger sur l'intérêt de recourir au redressement judiciaire pour le débiteur plutôt finalement qu'à la procédure de sauvegarde. Il s'agit peut-être de se ménager encore, comme dans la sauvegarde, et à la différence de la liquidation une « sortie par le haut » avec un plan d'apurement du passif, tout en ménageant une possibilité de reprise par un tiers ?

12. Un autre intérêt évoqué par le Rapport au Président de la République est la possibilité de faire prendre en charge les salaires par l'AGS, et ce, dans les limites prévues par les textes dont le rapport précise qu'elles demeurent inchangées.

13. Dans le prolongement de cette limite, il semble que l'on pourrait admettre la demande du débiteur de conversion de la procédure de sauvegarde initialement ouverte en redressement ou liquidation judiciaire pendant cette période, au moins en application des dispositions de l'article L. 622-10 al. 2 du code de commerce. D'un point de vue pratique, une conversion fondée sur l'article L. 621-12, qui suppose la découverte d'une erreur d'appréciation sur la situation de l'entreprise à la date de l'ouverture de la sauvegarde paraît

²³ Art. 10 II Ord. 20 mai 2020.

²⁴ Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 20 mai 2020 met en évidence la volonté des pouvoirs publics de « faciliter et accélérer le traitement des entreprises en situation irrémédiablement compromise ».

peu probable, la sauvegarde ayant été ouverte par hypothèse en considération de la situation de l'entreprise à une date antérieure à son ouverture.

14. S'agissant de la date à laquelle sera constaté l'état de cessation des paiements par le tribunal, ce devrait être classiquement celle du jugement d'ouverture. Quant à la fixation de cette date, il nous paraît qu'il convient d'exclure une appréciation au 12 mars comme l'énonce le principe posé au début du 1^{er} du I de l'article 1^{er}. Nous sommes ici dans le cadre d'une limite à l'application de cette règle dérogatoire. Retenir le 12 mars comme date de cessation des paiements emporterait application systématique d'une période suspecte et la règle édictée en faveur du débiteur se retournerait en définitive contre lui. En revanche, une fixation de cette date avant le jugement d'ouverture devrait être possible dans les conditions du droit commun.

B) La possibilité d'opposer au débiteur une cessation des paiements survenue depuis le 12 mars

15. Dans deux autres hypothèses, à s'en tenir à la rédaction de l'article 1^{er} 1^o qui les sépare distinctement, la date de cessation des paiements intervenue à une autre date que celle du 12 mars 2020 pourra être prise en compte et être opposée au débiteur, soit, semble-t-il, pour reporter cette date en amont de cette date, soit, surtout, pour la fixer en aval, en application du « droit commun » ou spécialement en cas de fraude.

16. La possibilité d'application des règles du report de la date de cessation des paiements.

L'appréciation de l'état de cessation des paiements en considération de la situation de l'entreprise à la date du 12 mars 2020 est effectuée, selon l'article 1^{er} I 1^o de l'ordonnance « sans préjudice des dispositions des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 631-8 du code de commerce ». Ces dispositions régissent l'action en report de la date de cessation des paiements.

Il semble qu'il faille comprendre cette disposition comme permettant d'apprécier l'existence de la cessation des paiements en considération de la situation du débiteur avant cette date du 12 mars 2020. Ainsi, si une procédure de redressement ou liquidation judiciaires avaient été ouvertes à cette date en raison de l'existence de l'état de cessation des paiements ce jour-là, cela n'empêchera pas, le cas échéant, la fixation de la date de cessation des paiements à une date antérieure, dans le respect des règles posées par l'article L. 631-8 relatives tant à la fixation de cette date qu'aux titulaires de l'action. Le jeu des nullités de la période suspecte sera ainsi possible en amont du 12 mars 2020.

Par ailleurs, si la cessation de paiement survenue à cette date ou ultérieurement est invoquée par le débiteur et une procédure de redressement judiciaire ou liquidation judiciaire ouverte à sa demande pendant la période considérée avec une constatation de la date de cessation des paiements au jour de l'ouverture ou un peu en amont, rien ne devrait empêcher non plus, le cas échéant, l'application des règles relatives au report de cette date. Le débiteur qui aura fait le choix du redressement ou de la liquidation judiciaire ne paraît pas pouvoir y échapper. La seule chose qui ne saurait lui être reprochée, c'est une déclaration tardive de l'état de cessation des paiements. Sous cette réserve, le « droit commun » devrait s'appliquer.

Il apparaît qu'il le sera également en cas de fraude même si une procédure de sauvegarde a été ouverte.

17. La possibilité de fixer la date de cessation des paiements à une date postérieure au 12 mars en cas de fraude. La « possibilité de fixer en cas de fraude, une date de cessation des paiements postérieure » s'entend, semble-t-il, d'une date postérieure au 12 mars 2020 et, par hypothèse, antérieure au 24 août. A cette date, les mesures temporaires dérogatoires cesseront en effet. Il s'agit ici de prendre en compte la survenance effective de l'état de cessation des paiements pendant la période considérée, contrairement au principe posé.

Cette fixation de la date de cessation des paiements après le 12 mars 2020 suppose la démonstration de la fraude. Selon le rapport au Président de la République, la fraude, qui

est une fraude aux droit des créanciers, peut émaner du débiteur et/ou de ses autres créanciers. On peut imaginer que le débiteur ait fait disparaître certains actifs afin qu'ils échappent aux conséquences de la procédure ou privilégié certains créanciers au détriment des autres. Il pourrait également avoir obtenu l'application de certaines aides en maquillant sa situation véritable.

La détermination des conséquences de la fixation possible de la date de cessation des paiements après le 12 mars 2020 n'est pas précisée et suscite des interrogations. Pourrait-on refuser l'ouverture d'une sauvegarde ? Ces dispositions paraissent le permettre²⁵. Pourrait-on aller plus loin et permettre l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation sur assignation d'un créancier ou requête du ministère public ?

Pour une procédure de sauvegarde ouverte, par exemple le 15 avril, en fonction de la situation au 12 mars (absence de cessation des paiements), pourrait-on fixer finalement une date de cessation des paiements postérieure à la date du 12 mars (le 30 mars par exemple) et permettre une conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement ou liquidation judiciaires, cette fois à la demande des organes de la procédure. Ou bien encore, sans passer par ce « détour », serait-il envisageable d'admettre qu'une procédure de sauvegarde puisse comporter une période suspecte.... Une telle solution serait inédite et véritablement très dérogoire. Elle n'est certes pas expressément prévue, mais, en définitive, s'inscrirait dans l'esprit de ce régime dérogoire.

On le voit, les interrogations ne manquent pas quant à l'interprétation de ces dispositions que l'urgence a conduit à rédiger à la hâte et qu'une nouvelle ordonnance n'a pas permis de résoudre. Puisse cette situation d'urgence ne pas se prolonger encore, ce qui éviterait à ces questions d'émerger et signifierait surtout que le combat contre le virus porte ses fruits.

²⁵ En ce sens, L. Fin-Langer et F. Petit, précit..