



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*COVID-19 ET PLANS DE CESSION : LIBÉRALISATION SOUS CONTRÔLE DE LA CESSION  
D'ENTREPRISE*

*(ORD. N° 2020-596 DU 20 MAI 2020 PORTANT ADAPTATION DES RÈGLES RELATIVES  
AUX DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES ET DES EXPLOITATIONS AGRICOLES AUX  
CONSÉQUENCES DE L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19, ART. 7)*

HELENE POUJADE

Référence de publication : **RTD Com. 2020 p.715**

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

*COVID-19 ET PLANS DE CESSION : LIBÉRALISATION SOUS CONTRÔLE DE LA CESSION  
D'ENTREPRISE*

*(ORD. N° 2020-596 DU 20 MAI 2020 PORTANT ADAPTATION DES RÈGLES RELATIVES AUX DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES ET DES EXPLOITATIONS AGRICOLES AUX CONSÉQUENCES DE L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19, ART. 7)*

« Lorsque la cession envisagée est en mesure d'assurer le maintien d'emplois, la requête prévue au deuxième alinéa de l'article L. 642-3 du code de commerce peut être formée par le débiteur ou l'administrateur judiciaire. Les débats ont alors lieu en présence du ministère public. Le tribunal statue par un jugement spécialement motivé, après avoir demandé l'avis des contrôleurs. Le recours formé par le ministère public contre ce jugement est suspensif.

Le délai de convocation prévu à l'article R. 642-7 du code de commerce est réduit à huit jours ».

En marge des mesures destinées à faciliter l'adoption et l'exécution des plans de continuation (1), l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19 apporte un net assouplissement au régime des incompatibilités des candidats à la reprise d'une entreprise en difficulté en autorisant leur rachat par un repreneur qui n'est pas un véritable « tiers » au sens de la loi (2), là où divers griefs d'inconstitutionnalité avaient échoué (3).

Pour moraliser les reprises d'entreprises, éviter les fraudes et garantir une vente au meilleur prix, le législateur des procédures collectives avait en effet introduit en 1994 (4) une disposition visant à déjouer la malice du débiteur tenté d'emprunter fictivement la voie de la cession de l'entreprise afin de se débarrasser du passif qui la grève tout en demeurant à sa tête. Il s'agissait d'interdire au débiteur de reprendre directement ou indirectement les actifs de l'entreprise mise en liquidation judiciaire, sans en payer le passif. Dans ce but, l'article L. 642-3 du code de commerce prévoit à peine de nullité que « [n]i le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis,

directement ou par personne interposée, à présenter une offre. De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens compris dans cette cession, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société ». Et si la matière agricole y apporte quelques spécificités (C. com., art. L. 642-3, al. 2), le tribunal ne saurait cependant y être admis à déroger à ces interdictions à l'endroit de l'exploitant, et ce « au titre de l'un quelconque de ses patrimoines ». Observons d'ailleurs que lorsque la cession se déroule dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et qu'elle concerne, non pas l'entreprise elle-même puisque cela y est proscrit, mais une ou plusieurs activités, la même réserve s'applique (C. com., art. L. 626-1). Une telle sévérité s'explique par les effets que la loi attache au plan de cession. Contrairement au plan de continuation qui organise, parfois de manière exclusive (5), l'apurement de tout ou partie du passif du débiteur - que ce soit par des abandons de créances, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou, plus communément, par l'octroi de délais de paiement - le plan de cession de l'entreprise peut aboutir à ne pas l'honorer.

Autant de raisons qui justifient la controverse qu'éveille l'article 7 de l'ordonnance commentée en ce qu'il prévoit, avec audace, que « [l]orsque la cession envisagée est en mesure d'assurer le maintien d'emplois » cette requête peut être formée par le débiteur ou l'administrateur judiciaire, là où jusqu'à présent seul le parquet pouvait solliciter une telle exception au principe d'interdiction. Tel a d'ailleurs été le choix fait par le fondateur historique, dirigeant et actionnaire majoritaire de la société Orchestra-Prémaman, placée en redressement judiciaire depuis fin avril. Après que cette offre a été retoquée début juin en raison de son insuffisance, elle a finalement été préférée à celle formulée par l'actionnaire minoritaire, le groupe saoudien Al-Othaim, par jugement rendu le 19 juin dernier devant le tribunal de commerce spécialisé de Montpellier. Certes, ce dispositif éminemment dérogatoire est, par essence, transitoire puisqu'il ne s'applique, y compris « aux procédures en cours » (art. 10, III), que pendant la période correspondant à la mise en oeuvre des mesures de police administrative, ainsi que celle suivant de peu, « jusqu'au 31 décembre 2020 inclus » (art. 10, I). Mais les nouvelles perspectives qu'il offre suscitent l'inquiétude. Mieux que le débiteur rétabli (C. com., art. L. 645-1 s.) qui profite d'un effacement des dettes (C. com., art. L.

645-11), voici un débiteur, entrepreneur individuel ou dirigeant social d'une personne morale débitrice, qui, alors qu'il était aux commandes lors de la déclaration de la cessation des paiements, sera, sauf rares exceptions, délesté du poids du passif tout en conservant son entreprise. Après la sauvegarde, les créanciers sont ici sacrifiés sur l'autel du rebond !

C'est dire si les considérations relatives à la morale des affaires se font plus pressantes. Le droit des entreprises en difficulté n'a pas, en effet, à être un terrain de jeu pour faire des bonnes affaires à vil prix au détriment des créanciers. En témoigne notamment le corps de règles qui accompagne la mise en place du prepack-cession au regard des diverses dérogations qu'il apporte à la publicité des offres de reprises. Cet avertissement général qui s'adresse à tout candidat à la reprise, mérite d'être rappelé au chef d'entreprise lui-même, à tout le moins pour cette période transitoire, sans que les arguments tirés de la parfaite connaissance de l'entreprise et de ses employés, comme de la confiance significative et historique des partenaires, acteurs et actionnaires, estompent une telle prudence. Pour autant, on ne saurait taire que la reprise d'une entreprise sous procédure collective n'est déjà pas une opération d'acquisition comme les autres et peu y sont aguerris. Assurément, les circonstances actuelles ajoutent à ces difficultés. Elles obligent à être réactifs et à faire preuve de davantage de pragmatisme. Pour autant, la libéralisation de la cession d'entreprise n'exclut pas le contrôle, en sorte que le texte dérogoire met en place deux types de garanties.

En premier lieu, substantiellement, il convient de répondre à la préoccupation suivante : dans quelle mesure est-il légitime de permettre au débiteur d'être candidat à sa propre reprise ? Le dispositif commenté met en avant le critère social. Ce faisant, il subordonne son application à la circonstance que « la cession envisagée [soit] en mesure d'assurer le maintien d'emplois ». Cela n'est guère original dès lors que, davantage que tout autre, cette considération préside déjà à l'examen de toute offre de reprise (C. com., art. L. 642-1). Il est en effet traditionnellement acquis que la cession de l'entreprise « a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif ». Mais ici, l'enjeu est plus prégnant. Le rapport au président de la République prend d'ailleurs soin de l'illustrer en évoquant des dirigeants de la personne morale en liquidation judiciaire « en mesure de préserver les emplois en reprenant l'entreprise dans le cadre d'un plan de cession ». Ce d'autant que

ce texte scelle le caractère subsidiaire de l'opération de cession visé à l'article L. 631-22 du code de commerce en énonçant que si « [l]es difficultés économiques actuelles que connaissent les entreprises justifient que la cession des entreprises en difficulté soit facilitée », ce n'est qu'après avoir démontré « qu'elles sont viables » et qu'à la condition que le débiteur ne soit « pas en mesure d'assurer lui-même la poursuite de l'activité dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement ». Ceci permet en outre d'écartier le débat tenant au contexte dans lequel est présentée cette requête, qu'elle intervienne en liquidation comme en redressement judiciaires, à l'instar du dossier Orchestra-Prémaman. Quoique le rapport ne le précise pas, l'assouplissement vaut en effet pour ces deux procédures dès lors que l'article L. 631-13, en renvoyant aux « dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV », vise la liquidation judiciaire.

En second lieu, afin que le dispositif ne soit pas dévoyé, des garde-fous procéduraux ont également été dressés. Conformément au rapport susvisé « [l]e tribunal et le ministère public veilleront à ce que le plan de cession ne soit pas seulement l'occasion, pour le débiteur, d'effacer ses dettes et de réduire ses effectifs en présentant lui-même, ou par personne interposée, une offre de reprise ». Or, dans l'accomplissement de cette tâche, si le rôle du ministère public est prépondérant, celui de la justice consulaire est tout aussi précieux. D'une part, le ministère public est confirmé dans son rôle de gardien de l'intérêt public, parfaitement « conscient de l'ensemble des intérêts en présence »<sup>(6)</sup>. Afin qu'il soit mis en mesure d'exercer un contrôle de cette opération, il est ainsi prévu que l'audience statuant sur une telle offre se tienne en sa « présence », outre le fait que son recours contre ce jugement « est suspensif » conformément à ce que prévoit déjà l'article L. 661-1, II du code de commerce. Espérons que, comme à chaque fois qu'il y est convié, le ministère public joue son rôle à plein et qu'ainsi puisse être notamment déjouée toute tentative de reprise de la part de dirigeants ayant commis des fautes de gestion (7). D'autre part, le tribunal devra refuser de céder aux sirènes de la précipitation. Pour ce faire, il est prévu que le tribunal statue « par un jugement spécialement motivé, après avoir demandé l'avis des contrôleurs ». L'expression est déjà connue du Livre VI du code de commerce. Ses occurrences sont nombreuses, qu'il s'agisse notamment de céder une ou plusieurs activités en sauvegarde (C. com., art. L. 626-1), comme de déroger aux cas d'incompatibilité lorsque l'offre porte sur la reprise d'une exploitation agricole (C. com., art. L. 642-3, al. 2). La formule oblige la juridiction à analyser minutieusement la moralité de l'opération

pour tenter d'en déjouer une quelconque instrumentalisation. Il s'agira pour les juges de rechercher si l'offre présentée par le débiteur est la seule à préserver des emplois ou est celle qui y contribue le plus ou le mieux. Dans ce cadre dérogatoire, lorsque le tribunal est appelé à se prononcer sur la cession des contrats (C. com., art. L. 642-7) ou à constater le transfert d'une sûreté (C. com., art. L. 642-12), le délai de convocation du ou des cocontractants comme du ou des titulaires de la sûreté de « quinze jours au moins avant la date d'audience » prévu à l'article R. 642-7 du code de commerce est réduit « à huit jours ». En outre, ce délai peut être modifié par décret (Ord., art. 10, V). Le formalisme de cette convocation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par le greffier sur les indications de l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, ou du liquidateur n'est en revanche pas modifié.

Gageons que ce dispositif d'exception, empreint de pragmatisme économique, ne soit pas détourné de sa finalité par un débiteur peu scrupuleux même si l'on en convient, les conséquences de cette crise sanitaire conduisent à bouleverser une règle traditionnelle des procédures collectives en optant pour un assouplissement qu'une partie de la doctrine appelait déjà de ses vœux (8) tant et si bien qu'il devient dès lors légitime de s'interroger sur la pérennité de cette solution...

(1) M.-H. Monsérié-Bon et H. Poujade, Les plans après l'ordonnance du 20 mai 2020, BJE juill. 2020, n° 117y7, p. 76 ; 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, n° 382v9, p. 76 ; H. Poujade, Covid-19 et plans de continuation : vade-mecum de la prolongation de la durée des plans, RTD com. 2020. 270

(2) C. Vincent, Les articles 6 et 7 de l'ordonnance du 20 mai 2020 : le choix du rebond au détriment des créanciers, BJE juill. 2020, n° 117z5, p. 81.

(3) Sur les décisions de non-renvoi au Conseil constitutionnel, v. not. sur le grief tiré de l'atteinte portée au droit de propriété : Com. 18 févr. 2014, n° 13-40.071, D. 2014. 478 ; sur les griefs tenant

à l'atteinte disproportionnée au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, à la liberté d'entreprendre, à la liberté contractuelle, v. Com. 7 juill. 2016, n° 14-50.066, Dr. soc. nov. 2016, J.-P. Legros.

(4) Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

(5) Com. 4 mai 2017, n° 15-25.046, D. 2017. 974, obs. A. Lienhard ; ibid. 1941, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2017. 385, obs. P. Roussel Galle ; RTD com. 2018. 202, obs. C. Saint-Alary-Houin ; BJE 2017. 258, n° 114x9, obs. H. Poujade.

(6) C. Delattre, Les avis du ministère public, RPC 2014. 27, n° 5.

(7) J.-L. Vallens, Crise sanitaire : une modification temporaire des règles applicables aux procédures collectives, RTD com. 2020. 249, spéc. V.

(8) G. Dedessus Le Moustier, Covid-19 et cession de l'entreprise en liquidation judiciaire, facilitant le maintien des emplois, LEDEN 6/2020. 113k7, p. 5 ; F. Pérochon, Entreprises en difficulté, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 1213 ; F.-X. Lucas, Manuel de droit de la faillite, PUF, 2018, n° 348, p. 357.