

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

*AMÉNAGER LE LIVRE VI ET PROLONGER LES DÉLAIS,
MAIS POUR COMBIEN DE TEMPS ?*

JULIEN THÉRON

Référence de publication : Théron, Julien (2020) *Aménager le livre VI et prolonger les délais, mais pour combien de temps ?* Bulletin Joly Entreprises en difficulté (n° 3). p. 57.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

AMÉNAGER LE LIVRE VI ET PROLONGER LES DÉLAIS, MAIS POUR COMBIEN DE TEMPS ?

Dans l'espoir de « neutraliser » les conséquences de la crise sanitaire, l'ordonnance du 27 mars 2020 n° 2020-341 (amendée et complétée par l'ordonnance du 20 mai 2020 n° 2020-596) prévoit un certain nombre de prorogations automatiques (durées de conciliations, plans, périodes d'observation, liquidations judiciaires simplifiées, maintiens d'activité, ou certains délais mentionnés à l'article L. 3253-8 du Code du travail), ou judiciaires (plans, délais imposés aux administrateurs et mandataires, aux liquidateurs judiciaires ou aux commissaires à l'exécution du plan). Si l'objectif de ces mesures paraît clair, leur inscription dans le temps l'est moins.

NDA –Cet article avait été rédigé et remis à l'éditeur bien avant la publication de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises. Je remercie Marie-Hélène Monsérié-Bon et Valérie Boccara de m'avoir laissé la possibilité d'adapter substantiellement mon propos dans un laps de temps aussi court.

1. Le temps de la crise. L'ordonnance du 27 mars 2020 (n° 2020-341, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale) a pour finalité d'endiguer, ou du moins de limiter les conséquences de la crise sans précédent que traversent nos entreprises du fait de l'arrêt – ou du moins du très grand ralentissement – de l'activité économique lié au confinement quasi mondial des populations. Il s'agissait alors non seulement d'organiser le fonctionnement des procédures collectives pour s'adapter aux règles de confinement, mais aussi de tenter de neutraliser « le temps de la crise » pour minimiser l'impact économique sur les entreprises et sur les chances de réussite des procédures amiables ou judiciaires en cours.

2. Réorganiser pendant le temps de crise. Pendant l'état d'urgence et dans la période qui va suivre immédiatement, des mesures doivent être prises pour que juridictions et organes continuent à travailler tout en évitant les contacts et regroupements. Il faut alors supprimer le non-indispensable (non-application du I, de l'article L. 631-5 du Code de commerce par l'article 2, I, 1° de l'ordonnance), favoriser les procédures dématérialisées (art. 2, I, 2°), et prendre acte de la difficulté à communiquer comme en temps normal en acceptant qu'entre le greffe et les organes, ou les organes entre eux, les communications puissent se faire par tout moyen (art. 1er, IV).

3. Neutraliser « le temps » de la crise. Il faut aussi minimiser les effets de cette crise. À cette fin, cette ordonnance tente de « neutraliser » le temps de la crise :

en ne tirant pas les conséquences d'un état de cessation des paiements qui serait apparu en ces temps troubles¹ ;

ou encore en accordant le temps perdu. L'ordonnance prévoit à ce titre un certain nombre de prorogations automatiques (pour les durées de conciliations, les plans, les périodes d'observation, les liquidations judiciaires simplifiées, les maintiens d'activité, ou certains délais mentionnés à l'article L. 3253-8 du Code du travail), ou judiciaires (pour les plans, et les délais imposés aux administrateurs et mandataires, aux liquidateurs judiciaires ou aux commissaires à l'exécution du plan).

4. Mais pour combien de temps ? Si les objectifs de l'ordonnance paraissent ainsi clairs, leur inscription dans le temps l'est moins. Avant sa modification par l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, l'ordonnance du 27 mars 2020 fixait deux périodes de référence :

- une période de référence fixée par le I de l'article 1 : « 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 ». S'inscrivaient alors directement dans cette période : la neutralisation de l'état de cessation des paiements (1°, I, art. 1), la transmission sans délai des créances salariales (2°, I, art. 1), et la faculté d'ouvrir une conciliation moins de 3 mois après l'échec d'une précédente conciliation (II, art. 1). Ces aménagements avaient alors lieu pendant ce temps allant jusqu'à l'expiration du troisième mois après la date de cessation de l'état d'urgence. En revanche, les périodes ou délais prévus par l'article 1 (durée de conciliation, prolongation judiciaire du plan à la demande du commissaire à l'exécution du plan, ou prolongation judiciaire des délais imposés aux organes) étaient ou pouvaient être prolongées « d'une durée équivalente à celle de la période prévue au I » (art. 1, II, al. 1) ;
- une période de référence fixée par le I de l'article 2 : « Jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire ». S'inscrivaient alors directement dans cette période : l'inapplication du I de l'article L. 631-15 du Code de commerce, ou encore les aménagements procéduraux ou relatifs aux communications entre greffe et organes ou entre organes (I, art. 2). En revanche, étaient « prolongés, jusqu'à l'expiration du délai prévu au I, d'une durée équivalente à celle de la période prévue au I », les plans, périodes d'observation, liquidations judiciaires simplifiées, maintiens d'activité ou certains délais de l'article L. 3253-8 du Code du travail (II, art. 2).

5. Problématique. On le voit, au sein de l'article 1, comme de l'article 2, les durées de prolongation étaient fixées par référence aux périodes définies dans leur I. Il fallait donc déterminer l'étendue de ces périodes pour faire le jour sur la durée des prolongations prévues par l'article 1 ou par l'article 2. La difficulté de l'exercice résidait alors dans le fait que si le terme des périodes de références était aisé à identifier, tel n'était pas le cas de leur point de départ.

Aussi, faute de pouvoir, dans un premier temps, établir avec certitude la durée des périodes de référence (I), la fixation de la durée des prolongations prévues au sein de l'article 1 dans un deuxième temps (II) puis de celles prévues par l'article 2 dans un troisième temps (III) ne pouvait qu'être aléatoire. L'article 9 de l'ordonnance n° 2020-290 du 20 mai 2020 est porteuse de clarifications permettant de rétablir

la sécurité juridique mise à mal par la rédaction maladroite de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020. Pour autant, il reste encore quelques zones d'ombre, tenant notamment à la date d'entrée en vigueur de ces mesures ou encore aux durées de prolongations des plans et à l'incidence de celles-ci.

I – LES PÉRIODES DÉFINIES AU I DES ARTICLES 1 ET 2 DE L'ORDONNANCE DU 27 MARS 2020 : JUSQU'AU 23 AOÛT OU AU 23 JUIN 2020

6. **Terme et point de départ.** Si le terme des périodes définies au I des articles 1 et 2 est facile à identifier (A), leur point de départ est en revanche beaucoup plus complexe à déterminer (B).

A – Le terme de ces périodes

7. **23 juin ou 23 août 2020 inclus.** Initialement, le terme de la période définie au I de l'article 1 était l'expiration du troisième mois après cessation de l'état d'urgence. L'état d'urgence avait été déclaré par la loi du 23 mars 2020² pour une durée de 2 mois à compter de son entrée en vigueur. Cela impliquait une fin le 23 mai à minuit, et donc que la période visée par le I de l'article 1 se terminait le 23 août à minuit. L'état d'urgence ayant été prolongé par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 jusqu'au 10 juillet inclus³, cette période aurait pu s'en trouver allongée jusqu'au 10 octobre si la rédaction du I de l'article 1 de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars était restée en l'état. Considérant sans doute qu'il y aurait là un allongement excessif, l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 est venue consolider la solution initialement posée. La neutralisation de l'état de cessation des paiements (1°, I, art. 1), la transmission sans délai des créances salariales (2°, I, art. 1), et la faculté d'ouvrir une conciliation moins de 3 mois après l'échec d'une précédente conciliation (II, art. 1), ne pourront ainsi avoir lieu que « jusqu'au 23 août inclus »⁴.

Dans le même sens, la période visée au I de l'article 2 s'achève au 23 juin 2020 à minuit. L'inapplication du I de l'article L. 631-15 du Code de commerce, ou encore les aménagements procéduraux ou relatifs aux communications entre greffe et organes ou entre organes ne joueront que jusqu'à cette date.

B – L'incertitude quant au point de départ

8. **La date d'entrée en vigueur en question.** Le point de départ des périodes de références reste difficile à identifier. Il est indiqué « jusqu'au », mais la question se pose de déterminer « à partir de quand ». La réponse est a priori simple : à partir de l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Or, justement, comme Nicolas Borga l'avait très opportunément fait remarquer, l'ordonnance n° 2020-341 ne précise pas sa date

d'entrée en vigueur⁵. Une précision sur ce point aurait été très appréciable dans le cadre de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai, mais vraisemblablement il y a là une question qui n'intéresse guère ses rédacteurs.

Spontanément on est enclin à considérer que l'ordonnance du 27 mars est applicable dès le 12 mars. Il y aurait là la date de point de départ des périodes définies au I des articles 1 et 2. Mais il est difficile de l'affirmer avec certitude. Il est vrai que les mesures attentatoires au fonctionnement normal des entreprises ont commencé dès le 12 au soir et que c'est à compter de cette date que les graves difficultés que la présente ordonnance souhaite pallier ont commencé. Par ailleurs, la loi du 23 mars 2020⁶ ayant habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances indique, en son article, que les mesures qui y seront contenues pourront « si nécessaire » s'appliquer dès le 12 mars⁷. Il faut également constater que la circulaire interprétative⁸, tout comme le rapport fait au président de la République, prennent soin en introduction de rappeler cette faculté donnée au gouvernement par le législateur de décider d'une entrée en vigueur des ordonnances au 12 mars.

Pour autant, ni la circulaire ni le rapport au président de la République n'indiquent expressément que l'ordonnance s'applique de manière rétroactive. Surtout, aucun article de l'ordonnance ne le spécifie. Or, si rétroactivité il peut y avoir, encore faudrait-il que le texte le précise... Il est difficile de considérer l'ordonnance comme « tacitement » rétroactive.

Faute de précision cela impliquerait que l'ordonnance entre en vigueur au lendemain de sa publication à savoir le 29 mars. Pourtant la circulaire du 30 mars 2020⁹ semble quant à elle viser une autre date. Ne se référant qu'à l'état d'urgence, la date d'entrée en vigueur serait alors rétroactive au 24 mars 2020. Une telle possibilité doit pourtant être exclue dans la mesure où le législateur n'autorise le gouvernement à rétroagir qu'au 12 mars et non au 24 mars. Il n'existe donc que deux possibilités : soit l'entrée en vigueur – et par conséquent le point de départ du délai prévu au I des articles 1 et 2 – est le 12 mars ; soit elle est au 29 mars.

S'il peut paraître surprenant d'être en incapacité de déterminer si la présente ordonnance est ou non rétroactive, cela n'est que de peu d'incidence quant aux mesures directement régies par le I de l'article 1 et le I de l'article 2.

9. Une incertitude sans incidence pour les mesures régies par le I de l'article 1. Le I de l'article 1 régit deux situations : la neutralisation de l'état de la cessation des paiements et la transmission sans délai des créances salariales.

Neutralisation de l'état de la cessation des paiements. Le I régit d'abord la neutralisation de l'état de cessation des paiements. La question de l'entrée en vigueur de l'ordonnance importe peu ici. Ce qui compte c'est de savoir que « l'état de cessation des paiements est apprécié en considération de la situation du débiteur à la date du 12 mars 2020 ». On ne pourra refuser une sauvegarde ou une mesure amiable ou imposer un redressement ou une liquidation judiciaire à un débiteur en raison d'un état de cessation des paiements survenu après le 12 mars. Il importe de souligner que cette date du 12 mars ne peut être considérée comme une date d'entrée en vigueur de l'ordonnance. Ce 1° du I indique aux tribunaux qui seront saisis qu'ils ne pourront constater et tirer des conséquences d'un état de cessation des paiements qui serait apparu entre le 12 mars et le 23 août 2020 inclus. Il y aurait, en revanche, application rétroactive si

cette directive s'imposait aux tribunaux ayant statué avant l'édiction de la présente ordonnance. Ce que ne précise pas le texte. On le comprend, cela serait dépourvu de tout intérêt dans la mesure où il s'agirait de régir ici une hypothèse vraisemblablement purement théorique. Le directeur des affaires civiles et du Sceau avait en effet fait paraître le 19 mars une dépêche au sein de laquelle il indiquait qu'il n'était pas opportun d'ouvrir de nouvelles procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Il est donc peu vraisemblable qu'entre le 12 mars et le 29 mars une liquidation ou un redressement ait été ouvert sur assignation d'un créancier ou à la demande du ministère public pour constater un état de cessation des paiements postérieur au 12 mars.

Transmission sans délai des créances salariales. Le 2° du I de l'article 1 permet au mandataire de transmettre sans délai le relevé des créances salariales. Là aussi, une application rétroactive n'aurait pas grand intérêt. Il s'agit essentiellement de régir une période à venir.

10. Une rétroactivité sans intérêt pour les mesures régies par le I de l'article 2. Le I de l'article 2 neutralise l'application du I de l'article L. 631-15 du Code de commerce (1°), incite à la dématérialisation de la procédure, en invitant le débiteur à solliciter sa non-comparution devant le tribunal de commerce (art. 2, I, 2°), ou encore, tire les conséquences des difficultés liées au confinement en indiquant que les échanges entre greffe et organes ou entre organes se feront par tout moyen. Ici encore, il n'y avait pas lieu d'imposer une rétroactivité. Il ne s'agit que de régir la situation à venir, sauf à vouloir régulariser a posteriori des modalités d'échanges qui n'auraient pas été conformes aux textes.

II – LES PROLONGATIONS ENVISAGÉES PAR L'ARTICLE 1 DE L'ORDONNANCE DU 27 MARS 2020

11. Importance de la question de l'entrée en vigueur. Si la question de la rétroactivité de l'application de l'ordonnance est indifférente pour ce qui est des mesures prévues au I de l'article 1, elle est importante quant aux prolongations prévues aux II, III et IV. Sa résolution conditionnait la durée des prolongations en cause avant que l'ordonnance n° 2020-596 ne vienne apporter des précisions (A) et conditionne toujours la détermination du domaine des mesures concernées (B).

A – Levée des incertitudes quant à la durée des prolongations

12. Terme et point de départ. La rédaction initiale de l'ordonnance n° 2020-341 conduisait à une hésitation quant au terme de ces périodes (1), mais aussi quant à leur durée (2).

13. Terme de la période = terme des prolongations ? Au regard de l'architecture de l'ordonnance n° 2020-341, il apparaît que tout avait été construit autour de la durée de neutralisation de la cessation des paiements. En effet, la première vocation du I de l'article 1 – faisant référence à l'expiration du troisième mois après la cessation de l'état d'urgence – est relative à la cessation des paiements. C'est ensuite – jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2020-596 – cette durée qui servait de référence pour la prorogation de la conciliation (art. 1, II), pour l'allongement judiciaire du plan (art. 1, III), et pour les délais pouvant être accordés aux organes (art. 1, IV).

Aussi, selon une première analyse, on aurait pu considérer que les prolongations ont lieu pendant cette période c'est-à-dire jusqu'à l'expiration de 3 mois (art. 1) après cessation de l'état d'urgence sanitaire¹⁰ (soit jusqu'au 23 août inclus). Ainsi, une période de conciliation qui se serait terminée pendant l'état d'urgence aurait automatiquement été prorogée jusqu'au 23 août (art. 1, II). Ou encore le président du tribunal pouvait prolonger un plan sur requête du commissaire à l'exécution du plan (art. 1, III 1°) ou accorder aux organes des délais pour accomplir leurs diligences (art. 1, IV) jusqu'à cette même date, mais pas au-delà.

14. Une hypothèse rejetée. Plusieurs obstacles se dressaient contre cette interprétation. D'abord, cette solution était peu opportune. Cela impliquait que seules les durées qui ont vocation à expirer pendant l'état d'urgence ou dans les 3 mois (art. 1) qui suivent étaient concernées. Il ne s'agissait que de proroger les durées et délais qui s'éteignaient avant ces dates. Cela eût été parfaitement inéquitable. Une période de conciliation qui se serait terminée un mois avant la fin de l'état d'urgence sanitaire aurait été prorogée de plus de 3 mois alors que celle qui aurait duré 5 mois et qui se serait terminée quelques jours après le 23 août ne l'aurait pas été. Ce, alors que le professionnel aura sans doute été dans l'incapacité, au moins pendant l'état d'urgence, de mener correctement ses négociations. Ne pas faire bénéficier les entreprises en cause de cette prorogation revenait à priver l'entreprise d'un moyen de se redresser. Si l'on veut « effacer » la période de l'état d'urgence sanitaire, rattraper le temps perdu, il faut que tous les délais en cours puissent bénéficier d'une prolongation.

Ensuite, sur un plan juridique, l'exégèse convainquait du fait que l'ordonnance ne se contentait pas de proroger les délais jusqu'à l'expiration du troisième mois qui suit la fin de l'état d'urgence. Il n'était en effet pas indiqué que ces délais étaient prolongés jusqu'à l'expiration de la période prévue au I, mais prolongés « d'une durée équivalente à celle de la période prévue au I ». En d'autres termes, il fallait regarder la durée de cette période et prolonger d'autant tous les délais concernés.

L'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 suit cette logique en énonçant, on ne peut plus clairement, que la prolongation prévue au II, au 1° du III et au IV de l'article 1 est de 5 mois.

15. Conciliation. L'ordonnance n° 2020-341 dans sa version initiale conduisait à une hésitation quant à la durée de la prolongation. Il était indiqué que la durée de prolongation de la conciliation était « équivalente à celle de la période prévue au I ». On aurait alors pu considérer qu'il fallait distinguer selon que la conciliation était en cours au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance ou a été ouverte après.

Si la conciliation était en cours, la durée de l'allongement aurait dépendu de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance¹¹. Dans l'hypothèse où l'ordonnance entrerait en vigueur le 29 mars, alors la durée de la prolongation aurait été équivalente à celle allant du 29 mars jusqu'à la fin de l'état d'urgence + 3 mois (soit 4 mois et 27 jours).

Si la conciliation était ouverte après entrée en vigueur de l'ordonnance, alors la conciliation aurait été augmentée d'une période équivalente à celle prévue au I, c'est-à-dire de la durée de la période allant de son ouverture « jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois après la date de cessation de l'état d'urgence ». En d'autres termes, le temps qui va courir entre l'ouverture de la conciliation et l'expiration de cette période n'aurait pas été pris en compte.

De la sorte, toutes les conciliations n'auraient pas été augmentées de la même durée. Une conciliation ouverte par exemple le 24 juillet n'aurait été augmentée que d'un mois alors que celle qui était en cours au moment de l'entrée en vigueur aurait été augmentée d'environ 5 mois. Cela paraissait judicieux. Les conciliations n'auraient ainsi été augmentées que de la durée correspondant à la période de crise sanitaire dont elles ont pâti.

L'ordonnance n° 2020-596 a pourtant fait le choix de la simplicité : toutes les conciliations en cours sont augmentées d'une durée de 5 mois. Ainsi, aussi critiquable que cela puisse paraître, une conciliation ouverte quelques jours avant la fin de la période protégée peut être augmentée de la même durée que celle en cours le 24 mars... Par ailleurs, il importe de souligner que l'ordonnance indique que la durée de conciliation est prolongée de plein droit. Cela implique que toutes les procédures de conciliation en cours¹² sont prolongées à leur terme de cette durée sans qu'il soit besoin d'une décision judiciaire.

16. Plan. Le III de l'article 1 de l'ordonnance du 27 mars¹³ modifiée par l'ordonnance du 20 mai 14 prévoit plusieurs modalités de rallongement judiciaire du plan.

Tout d'abord, le président du tribunal peut, s'il est saisi avant le 24 août :

- prolonger le plan dans la limite d'une durée de 5 mois ;
- prolonger le plan jusqu'à un an à compter de sa décision, s'il est saisi par le ministère public.

Ensuite, pendant un délai de 6 mois courant à compter du 24 août (donc jusqu'au 23 février inclus), le tribunal pourra être saisi par le ministère public ou le commissaire à l'exécution pour prolonger le plan jusqu'à un an.

Enfin, le gouvernement a estimé que la gravité de la crise sanitaire et la durée de l'état d'urgence imposaient d'aller au-delà¹⁵. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance du 20 mai 2020 indique (article 5) que jusqu'au 31 décembre 2020¹⁶, « sur requête du ministère public ou du commissaire à l'exécution du

plan, le tribunal peut prolonger la durée du plan arrêté en application des dispositions de l'article L. 626-12 ou de l'article L. 631-19 du Code de commerce pour une durée maximale de deux ans, s'ajoutant, le cas échéant à la ou aux prolongations prévues au III de l'article 1 et au II de l'article 2 de l'ordonnance du 27 mars... ».

La circulaire du 30 mars 2020¹⁷ indique que les prolongations de l'ordonnance du 27 mars peuvent être cumulatives. Pourtant, à l'évidence, les prolongations prononcées par le président ne sont pas cumulatives. Que ce soit à la demande du commissaire à l'exécution du plan ou du ministère public, il doit être saisi avant le 24 août, et prononcera une prolongation de 5 mois dans le premier cas et d'un an dans le second. Les deux prolongations, si elles venaient à être prononcées, se superposeraient nécessairement. En revanche, il est tout à fait possible qu'après prolongement par le président du tribunal la situation de l'entreprise en plan s'aggrave et nécessite un nouveau délai, qui sera cette fois décidé par le tribunal dans les 6 mois. Enfin, puisque cela est précisé dans l'ordonnance du 20 mai 2020, il sera possible pour le tribunal de prononcer une prolongation supplémentaire pouvant aller jusqu'à 2 ans.

Plusieurs remarques doivent être faites. D'abord, comme le rappelle le rapport au président de la République de l'ordonnance du 27 mars 2020, ces mesures ne sont pas exclusives des mesures de modifications du plan sur le fondement de l'article L. 626-26. Ensuite, il faut se demander si les plans pourront en conséquence aller au-delà de 10 ans¹⁸. L'ordonnance du 20 mai 2020¹⁹ indique que « la durée maximale du plan arrêté par le tribunal (...) est portée, en cas de modification substantielle, à douze ans... ». On est alors tenté de considérer que les plans ne pourront aller au-delà de 10 ans avec la seule application des prolongations issues des ordonnances commentées. En revanche, si le besoin devait exister d'aller au-delà (et dans la limite de 12 ans), il faudra alors solliciter une modification substantielle du plan.

Enfin, on pouvait se demander quel est le véritable intérêt de telles modifications de la durée du plan. Au sens strict du terme, augmenter la durée du plan ne permet pas de suspendre le paiement du dividende. Cela devrait relever de l'ordonnance délai²⁰. On pouvait alors se demander s'il ne s'agissait pas de réduire le montant des dividendes en les lissant sur une plus longue période. On imaginait alors la difficulté pratique pour les professionnels que de recalculer tous les dividendes... Il n'était pas certain que cela corresponde à l'intention des rédacteurs du texte. Pourquoi ne pas « suspendre » l'exécution du plan et retarder le paiement des dividendes de la durée de la prolongation²¹ ? L'ordonnance n° 2020-596 est censée apporter un éclaircissement. Il y est indiqué²² : « Lorsque le plan fait l'objet d'une prolongation (...) le président du tribunal ou le tribunal, selon les cas, adapte les délais des paiements initialement fixés par le tribunal à la durée du plan qu'il prolonge ou a prolongée... ». Puisqu'il ne s'agit d'adapter que « les délais des paiements initialement fixés », il semble donc que seul les termes (délais) des dividendes et non leur montant (qui devrait rester tel « qu'initialement fixé ») subissent l'influence de ces prolongations. Il appartiendrait alors à la juridiction statuant sur la prolongation (président du tribunal ou tribunal) de tirer les conséquences pratiques de l'allongement en précisant les nouveaux termes des dividendes. Pourtant le rapport fait au président de la République indique de manière beaucoup plus large que « le juge pourra adapter les modalités d'apurement du passif (...) et même prévoir, le cas échéant, des délais de paiements prenant en compte, également, les besoins individuels des créanciers, par application des dispositions de

l'article 1343-5 du Code civil ». On pourrait ainsi comprendre qu'il est possible pour la juridiction compétente de lisser le montant des dividendes et en outre la possibilité d'octroi de délais. Sans doute une circulaire interprétative viendra préciser cela. Mais outre le fait qu'un tel texte n'a aucune juridicité, il est vraiment fâcheux que l'ordonnance du 20 mai 2020 venant clarifier l'ordonnance du 27 mars 2020 soit aussi sujette à interprétation. Ordonnance, rapport au président, circulaires interprétatives, puis jurisprudence, praticiens et juges doivent être bien las des conséquences pratiques de toutes ces imprécisions...

17. Prolongation des délais imposés aux organes. Le choix a été fait de soumettre à autorisation judiciaire le prolongement des délais qui sont imposés aux administrateurs, mandataires, liquidateurs, et commissaires à l'exécution du plan. Le président du tribunal pourra être saisi à cet effet jusqu'au 23 août inclus. Ces délais pourront alors être augmentés d'une durée de 5 mois²³. Ici encore, cette durée dépend donc du point de départ de cette période et de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

3 – Incertitude quant aux mesures concernées

18. Hypothèses. L'article 1 de l'ordonnance du 27 mars prévoit la prolongation des conciliations en cours (II, art. 1), des plans en cours (III, art. 2), mais aussi des délais qui sont imposés aux administrateurs, mandataires et liquidateurs judiciaires et commissaires à l'exécution du plan pour l'accomplissement de certaines missions. Or, selon que la date d'entrée en vigueur est le 12 mars ou le 29 mars, les conséquences ne sont pas du tout les mêmes.

19. Prolongation de la durée de conciliation. De manière à favoriser les accords amiables qui étaient peut-être en voie d'aboutir, mais aussi pour prendre en considération les difficultés dues à l'arrêt de l'activité, l'ordonnance²⁴ proroge la durée de la conciliation d'une « durée de 5 mois ». Si l'ordonnance ne s'applique qu'à compter du 29 mars 2020, alors cela signifie que les conciliations qui étaient sur le point d'aboutir mi-mars et qui ont sans doute subi de plein fouet la crise ne sont pas prolongées. Pour autant, si tel était le cas, rappelons que l'alinéa 2 du II permet de demander l'ouverture d'une nouvelle procédure de conciliation sans avoir à attendre 3 mois. Un tel détour serait évidemment inutile si l'ordonnance s'appliquait dès le 12 mars. Dans ce cas toute procédure en cours au 12 mars serait d'office prolongée. Si l'ordonnance ne prévoit pas cette rétroactivité expressément, rappelons néanmoins que cela correspondrait à la ratio legis qui consiste à rationaliser au maximum le travail du tribunal en ce temps de crise. Cela éviterait alors une saisine du président du tribunal et une ordonnance de ce dernier.

20. Prolongation du plan. Le III de l'article 1 prévoit des modalités de prolongation judiciaire des plans. Ici encore, si l'ordonnance ne s'applique qu'aux plans en cours au 29 mars, cela signifie que tous les plans en cours au 12 mars, mais qui auraient pris fin avant le 29 mars ne bénéficieront pas de cette mesure. Il faut reconnaître que cette question est sans doute théorique. Il est peu probable qu'un plan qui serait arrivé à échéance entre le 12 et le 29 mars ait besoin d'un prolongement en raison de la crise du Covid-19.

21. Prolongation des délais imposés aux organes. Il est vraisemblable qu'en cette période d'état d'urgence et dans les 3 mois qui suivront, administrateur, mandataire, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan ont et auront des difficultés à respecter certains délais auxquels ils sont tenus. Il peut s'agir par exemple – et de manière non exhaustive – du dépôt de l'état des créances, ou du délai dans lequel les actifs peuvent être cédés de gré à gré en liquidation judiciaire simplifiée. C'est la raison pour laquelle le IV de l'article 1 prévoit que ces délais peuvent être prolongés par le président du tribunal saisi sur requête d'une « durée équivalente à celle de la période prévue au I ». Ici encore la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance est importante. S'il s'agit du 29 mars, cela implique que les délais échus entre le 12 mars et le 29 mars ne sont pas prolongés. Cela peut paraître bien inéquitable, tant il semble par exemple impossible qu'un liquidateur ait pu procéder à des cessions de gré à gré dans cet intervalle.

Il est alors permis d'espérer que les tribunaux sauront reconnaître au sein de cette ordonnance une rétroactivité tacite.

III – LES PROLONGATIONS ENVISAGÉES PAR L'ARTICLE 2 DE L'ORDONNANCE DU 27 MARS 2020

22. Texte. Aux termes du II de l'article 2 de l'ordonnance du 27 mars 2020²⁵ tel que modifié par l'ordonnance du 20 mai 2020²⁶, « sont prolongés, jusqu'à l'expiration du délai prévu au I, d'une durée de 3 mois » : les durées relatives à la période d'observation, au plan, au maintien de l'activité, la durée de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée ainsi que la durée prévue par l'article L. 661-9 du même code ou encore les délais mentionnés aux b, c et d du 2° de l'article L. 3253-8 du Code du travail, ainsi que les durées mentionnées au 5° du même article²⁷.

Après avoir présenté la durée de ces prolongations (A), il conviendra de faire un point sur la prolongation automatique du plan (B).

A – « Sont prolongés jusqu'à l'expiration du délai prévu au I, d'une durée de 3 mois »

23. Pas de suspension. On peut noter que les rédacteurs ne se sont pas contentés d'indiquer que les délais prolongés étaient augmentés « d'une durée de 3 mois ». Il a été ajouté : « Jusqu'à l'expiration du délai prévu au I » (c'est-à-dire jusqu'au 23 juin).

Cela signifie que toutes les périodes d'observation, plans, liquidations judiciaires simplifiées, maintiens d'activité en cours sont donc augmentées de cette durée : 3 mois. Toutes ces périodes en cours au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 27 mars ou nées après mais avant le 23 juin seront augmentées de cette durée. Le gouvernement a ainsi choisi la voie de la simplicité alors qu'il aurait peut-être été plus judicieux de distinguer selon que la période soit en cours ou non au jour de l'entrée en vigueur.

Seules les premières auraient pu bénéficier d'un allongement de 3 mois, alors que les périodes naissant après l'entrée en vigueur n'auraient été augmentées que de la durée allant de leur naissance jusqu'au 23 juin. C'est d'ailleurs ce que semblait impliquer la circulaire interprétative du 30 mars 2020²⁸. Il y est en effet indiqué que « le décompte du temps procédural est suspendu pour les durées mentionnées au 1° du II de l'article 2 ». Or, la suspension au sens de l'article 2230 du Code civil implique que le cours de ces durées s'arrête au début de la période prévue au I et reprend un mois après sa cessation. Ainsi par exemple, pour une période d'observation commençant à courir le 12 mai 2020, le temps écoulé jusqu'au 23 juin inclus n'aurait pas été comptabilisé. La période d'observation n'était pas automatiquement augmentée de 3 mois, mais d'un mois et 11 jours (durée s'écoulant entre le 12 mai et le 23 juin).

En choisissant d'augmenter automatiquement toutes ces périodes de 3 mois, on en arrive au résultat qu'une période d'observation en cours au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, ayant subi de plein fouet un confinement complet pendant 2 mois, aura le même traitement qu'une période d'observation débutant le 22 juin alors que l'activité aura repris. On peut être surpris que le gouvernement, d'un côté, ne fasse pas le choix de recourir au mécanisme maîtrisé de la suspension du Code civil au prétexte de la simplicité, et d'un autre, brandisse un mécanisme extrêmement complexe pour ce qui est de l'allongement de la durée des plans...

B – Prolongation automatique du plan

24. Articulation. Aux termes du 1°, II, de l'article 2, il apparaît ainsi que le plan est prolongé automatiquement. La circulaire interprétative du 30 mars 2020²⁹ indique que ce prolongement est compatible avec les mesures judiciaires. On peut alors se demander comment ces différentes mesures s'articulent³⁰. Faute de précision contraire dans l'ordonnance, il semble que les prolongations décidées par le président ou le tribunal viennent s'ajouter.

Imaginons un plan en cours devant se terminer le 15 février 2021. En application du II, article 2 de l'ordonnance du 27 mars 2020, il est automatiquement augmenté de 3 mois. Le terme du plan est alors le 15 mai 2021. Le commissaire à l'exécution du plan peut en outre jusqu'au 23 août inclus – en vertu du III de l'article 1 de l'ordonnance du 27 mars 2020 – demander à prolonger le plan pour une durée maximale de 5 mois. La durée d'allongement prononcée dans ce cadre par le président du tribunal commence à courir au jour de la décision judiciaire³¹. Pour simplifier l'exemple, imaginons que le président du tribunal accorde le 23 août 2020 un allongement maximum (5 mois), le plan aura ainsi été prolongé de 8 mois (3+ 5). Par ailleurs, comme les durées sont cumulatives, le tribunal pourra être sollicité jusqu'au 23 février 2021 inclus (art. 1, III, 2° de l'ordonnance du 27 mars 2020) pour un allongement d'un an supplémentaire. Dans l'hypothèse où le tribunal accorderait cette prolongation maximale d'un an par une décision du 23 février alors le plan aura été prolongé d'un an et 8 mois. Enfin, n'oublions pas que l'ordonnance du 20 mai 2020³² octroie en outre la possibilité d'augmenter cette durée de deux ans...

NOTES DE BAS DE PAGE

¹ Voir l'étude par Macorig-Venier F., BJE mai 2020, n° 117s8.

² L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

³ L. n° 2020-546, 11 mai 2020, art. 1.

⁴ Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, art. 9.

⁵ Borga N., « L'ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises : interrogations à venir ! », Gaz. Pal. 7 avr. 2020, n° 377e3, p. 19.

⁶ L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

⁷ Il est à souligner que la question de la rétroactivité ou non-rétroactivité de l'ordonnance en cause a été opportunément posée par Borga N., « L'ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises : interrogations à venir ! », Gaz. Pal. 7 avr. 2020, n° 377e3, p. 19.

⁸ Circ. CIV/03/20.

⁹ Circ. CIV/03/20.

¹⁰ Lucas F.-X., « La conciliation au temps du Coronavirus », LEDEN mai 2020, n° 113h2, p. 1.

¹¹ Supra n° 8.

¹² Au 12 mars ou au 29 mars selon la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance. Infra n° 19.

¹³ Ord. n° 2020-341, 27 mars 2020.

¹⁴ Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020.

¹⁵ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19, n° 5.

¹⁶ Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, art. 10, I.

¹⁷ Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, art. 10, I.

¹⁸ Sur ce point v. Borga N., « L'ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises : interrogations à venir ! », Gaz. Pal. 7 avr. 2020, n° 377e3, p. 19.

¹⁹ Art. 5, II.

²⁰ L. n° 2020-306, 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.

²¹ Sur ces aspects, v. Borga N. et Couturier G., « L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prolongation des délais échus et le droit des entreprises en difficulté », à paraître Rev. proc. coll. juin 2020.

²² Art. 5, I, al. 2.

²³ Ici, le texte (art. 1, IV de l'ordonnance n° 2020-341) indique une durée de 5 mois et non pas dans la limite d'une durée de 5 mois.

²⁴ Modifiée par l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, art. 9.

²⁵ Modifiée par l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, art. 9.

²⁶ Modifiée par l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, art. 9.

²⁷ Pour les aspects de droit social, voir l'étude de Fabriès-Lecea E. au sein de ce dossier : BJE mai 2020, n° 117w6.

²⁸ Circ. CIV/03/20.

²⁹ Circ. CIV/03/20.

³⁰ Supra, n° 20.

³¹ Circ. CIV/03/20, p. 9.

³² Art. 5.