



# Newsletter

Janvier - Février 2021



ETERNITY QUESTION 2020 EVA MARC'H

AVOCATS RESTRUCTURING – CONSEIL/CONTENTIEUX DROIT DES AFFAIRES

# **I. Loi ASAP (projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique)**

L. n°2020-1525, 7 décembre 2020, JO 8 décembre

## **1. Adaptation des règles de la commande publique avec les règles du droit des entreprises en difficulté (article 131)**

L'article 131 pérennise la possibilité pour les entreprises bénéficiant d'un plan de redressement judiciaire de participer à une procédure de passation des marchés publics et de contrats de concession. L'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché public « au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ». Il s'agit d'une modification durable et non temporaire du Code de la commande publique. S'applique le régime des contrats en cours en matière de résiliation des marchés publics.

Cet article s'applique aux marchés publics et aux concessions pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de la publication de la loi.

## **2. Prolongation de certaines mesures dérogatoires jusqu'au 31 décembre 2021 (article 124)**

### **2.1. Prolongation de l'application des articles 1 à 6 de l'ord. n°2020-596 par la loi ASAP**

**Article 1** : L'information du président du tribunal compétent par le commissaire au compte dans le cadre d'une procédure d'alerte « dès la première information faite, selon le cas, au président du conseil d'administration ou de surveillance ou au dirigeant ».

- **Avant** : L'article L234-1 et suivants du Code de commerce prévoit que le commissaire aux comptes doit déclencher une procédure d'alerte dès lors qu'il constate des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Il s'agit d'une procédure entre le commissaire aux comptes et l'entreprise avant que la saisine du président du tribunal de commerce ne soit effective
- **Après** : Le commissaire aux comptes peut saisir immédiatement le président du tribunal dès qu'il y a une urgence à adopter des mesures que le dirigeant refuse totalement ou partiellement.

**Article 2** : Permet au débiteur d'une procédure de conciliation de demander la suspension ciblée des poursuites et de demander des délais de grâce.

- **Avant** : L'article L611-7 al.5 du Code de commerce prévoit que le débiteur a la possibilité de demander des délais de grâce lorsqu'il est mis en demeure ou poursuivi par un créancier.
- **Après** : Le débiteur peut solliciter des délais de grâce sans attendre les poursuites. Et il peut solliciter le conciliateur afin qu'il demande au créancier la suspension des créances. Si le créancier ne répond pas, le débiteur peut alors saisir le président du tribunal pour obtenir la suspension des poursuites.

**Article 3** : L'ouverture facilitée de procédures de sauvegarde accélérée par la suppression des seuils

- **Avant** : L'article D628-3 prévoit que les seuils d'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée sont de 20 salariés, 3 000 000 euros de chiffre d'affaires hors taxe et 1 500 000 euros pour le total du bilan
- **Après** : La procédure de sauvegarde accélérée peut être ouverte sans condition de seuils.

Egalement, la possibilité de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à défaut d'arrêté d'un plan dans les 3 mois à compter de l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée.

**Article 4** : Le délai de 15 jours de consultation des créanciers dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement

- **Avant** : L'article L626-5 du Code de commerce prévoit que les créanciers disposent d'un délai d'un mois pour répondre au mandataire sur les propositions de délai et de remise qui leur sont communiqué.
- **Après** : Le délai de consultation peut être réduit à 15 jours sur décision du juge-commissaire saisi par l'administrateur ou le mandataire judiciaire.

**Article 5** : Le privilège de post money

- Avant : L'article L611-11 du Code de commerce prévoit que les créanciers qui font des apports de trésorerie peuvent bénéficier d'un privilège de new money si la conciliation fait l'objet d'une homologation par le tribunal.
- Après : Le privilège de post money a été institué par l'ordonnance en anticipant la transposition de la directive. Ainsi, les créanciers qui apportent de la trésorerie pendant la période d'observation pourront bénéficier de ce privilège (exclusion des apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital). Ils seront payés avant le privilège de new money dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement mais après dans le cadre d'une procédure de liquidation.

#### **Article 6 : Aménagement des seuils de la liquidation judiciaire simplifiée et de rétablissement professionnel.**

- Avant :
  - o Pour la liquidation judiciaire simplifiée : les articles L641-2 et D641-10 du Code de commerce prévoient que les seuils d'ouverture sont de 750 000 euros du chiffre d'affaires hors taxe et pour le nombre de salariés à 5.
  - o Pour le rétablissement professionnel : les articles L645-1 et R645-1 du Code de commerce prévoit que la procédure de rétablissement professionnel ne peut être ouverte qu'à l'égard des entreprises dont l'actif déclaré a une valeur inférieure à 5000 euros.
- Après : La procédure de liquidation judiciaire simplifiée peut être ouverte sans conditions de seuil. Et la procédure de rétablissement professionnel peut être ouverte à l'égard des entreprises qui possèdent jusqu'à 15000 euros d'actifs

#### **2.2. Les autres mesures applicables jusqu'au 31 décembre 2021**

Restent également applicables jusqu'au 31 décembre 2021 les dispositions suivantes de l'ordonnance n°2020-1443 du 25 novembre 2020 :

- **Article 1 : La possibilité de proroger la durée de la procédure de conciliation, une ou plusieurs fois, à la demande du conciliateur, par décision motivée du président du tribunal, sans que cette durée puisse excéder 10 mois.** Cette disposition n'est applicable que pour les procédures ouvertes à compter du 24 août 2020 (et jusqu'au 31 décembre 2021 inclus donc). Ainsi, si à l'issue d'une période de conciliation de 5 mois, aucun accord n'est adopté, il est possible prolonger la conciliation de nouveau pour 5 mois : la suppression du délai de carence est ainsi également maintenue.
  - o Avant : L'article L611-6 al. 2 du Code de commerce prévoit que la durée de la conciliation est fixée à 5 mois maximum c'est-à-dire 4 mois qui peut être prorogé sans que cela ne dépasse 5 mois.
  - o Après : La durée de la conciliation peut être prorogé une ou plusieurs fois sur demande du conciliateur au président du tribunal, sans que cela ne dépasse 10 mois.
- **Article 2 al. 2 : La transmission par le mandataire judiciaire des relevés de créances salariales à l'AGS, l'avis du représentant des salariés et le visa du juge-commissaire devant être rendus ultérieurement.**
  - o Avant : L'article L625-1 prévoit que le mandataire établit les relevés de créances salariales qui sont soumis au représentant des salariés puis visés par le juge-commissaire et enfin déposés au greffe du tribunal afin de faire l'objet d'une mesure de publicité.
  - o Après : Le mandataire peut directement transmettre les relevés de créances salariales à l'AGS sans l'avis antérieur du représentant des salariés et le visa du juge-commissaire qui peut intervenir a posteriori mais qui devra forcément être transmis.

Restent également applicables :

- **Article 2, I, 3° de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 : La communication par tous moyens dans le cadre des procédures du livre VI du code de commerce** mais ne s'applique pas lorsque les textes imposent d'en prendre connaissance au greffe du tribunal c'est-à-dire pour les documents déposés au greffe pour permettre leur consultation.

- **Ordonnance n°2020-596 du 20 mai 2020** : Permet de solliciter au-delà du 31 décembre 2020 l'allongement de la durée et des délais des plans de sauvegarde et de redressement en cours d'exécution en cas de modification substantielle. La prolongation demandée au tribunal peut être de deux ans maximum c'est-à-dire que les plans de redressement peuvent être d'une durée jusqu'à 12 ans. Il convient de rappeler que cette mesure peut être sollicitée avec l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 (art. 1, III, 2°) qui permet de proroger d'une durée d'un an le plan jusqu'au 23 février 2021.
- **Loi de finances rectificative d'avril 2020** : La possibilité d'obtenir des prêts participatifs en cas de refus de PGE pour les entreprises de moins de 50 salariés connaissant des difficultés financières.

### **2.3. Les mesures non prolongées**

Ne sont pas prolongées par la loi ASAP :

- **Article 7 al. 1 de l'ordonnance du 20 mai 2020 2020-596** (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020) : **Permet au dirigeant ou à l'administrateur judiciaire de soumettre directement une requête au tribunal en vue de proposer un projet de reprise au tribunal par le dirigeant lui-même.** Le dirigeant ne peut plus acquérir sa propre entreprise après l'ouverture d'une procédure collective.
  - o **Avant** : L'article L. 642-3 du Code de commerce interdit au débiteur, au dirigeant de droit ou de fait ainsi qu'aux parents ou alliés de ces personnes jusqu'au 2e degré, d'acquérir directement ou indirectement les actifs d'une entreprise en liquidation judiciaire.
  - o **Après** : La reprise d'une entreprise par son dirigeant est possible si cette reprise permet d'éviter des licenciements.
- **Article 7 al. 2 de l'ordonnance du 20 mai 2020** (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020) : **La réduction de 15 à 8 jours le délai de convocation des créances dont le contrat fait l'objet d'une demande de transfert judiciaire par le candidat à la reprise de l'entreprise.**  
Toutefois, l'article 7 de l'ordonnance du 20 mai 2020 prévoit que ces délais peuvent être modifiés par décret.
- **Article 8 de l'ordonnance du 20 mai 2020** (en vigueur jusqu'au 17 juillet 2021 inclus) : **Dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement, la durée de radiation au RCS est ramenée de deux à un an.**
  - o **Avant** : L'article R123-135 du Code de commerce prévoit que la durée de radiation au RCS des événements liés à une procédure collective est de deux ans.
  - o **Après** : Ce délai est ramené à un an.

## **II. Transposition de la directive européenne UE 2019/1023 du 20 juin 2019 par la loi PACTE**

(à transposer avant le 22 mai 2021).

La directive européenne a deux objectifs:

- améliorer l'efficacité des procédures préventives ;
- renforcer les procédures de restructuration.

Ceci passe par deux modifications majeures pour le livre VI du Code de commerce que sont l'introduction des classes de créanciers et la modification des procédures de sauvegarde accélérée et de sauvegarde financière accélérée.

### **1. Les classes de créanciers**

#### **1.1. L'introduction des classes de créanciers**

Il est prévu d'opérer une **modification de la notion de comité des créanciers vers la notion nouvelle des classes de créanciers** (modification de la section 3 du chapitre VI du titre II du livre VI Com).

Pour quelle procédure :

- En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée : obligatoire
- En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde de droit commun ou de redressement judiciaire
  - o facultative pour les PME dont le seuil bilanciel serait fixé à 4 M€ pour le total du bilan et 8 M€ de chiffre d'affaires HT ou 50 salariés,
  - o obligatoire au-delà.

Combien de classes de créanciers : **au minimum 2 classes de créanciers** dont une nantis de sûretés et l'autre non.

Quelles classes de créanciers :

- Distinction entre les créanciers disposant d'un privilège et ceux qui n'en possèdent pas
- Pas de classes de salariés étant donné qu'il ne s'agit pas de créanciers
- Constitution facultative d'une classe de créanciers publics
- Constitution d'une classe de détenteurs de capital en sauvegarde (accélérée ou non) et en redressement si ils sont affectés par le projet de plan

### **2.1. Les possibilités d'application forcée**

L'application forcée interclasse est prévue par l'article 11 de la directive. Elle permet **qu'un plan de restructuration qui n'a pas le soutien de l'ensemble des classes de créanciers soit néanmoins validé par une autorité judiciaire ou administrative**. L'accord du débiteur ne serait pas requis pour les grandes entreprises.

Il pourrait être prévu que le débiteur en sauvegarde ou en redressement puisse s'y opposer. C'est pourquoi il est prévu d'adopter une définition extensive de la notion de débiteur qui prendrait notamment en compte la majorité d'actionnaires ou de détenteurs du capital.

La règle de priorité absolue, inspirée du droit américain, prévoit que sauf paiement intégral des créanciers ou accord de chaque classe de créanciers, les actionnaires n'ont pas vocation à être désintéressés. Egalement, cela signifie **le respect des règles de priorité convenues avant l'ouverture de la procédure collective**.

Il pourrait être prévu que la possibilité pour le tribunal de déroger à cette règle mais ce, de manière encadrée. Et, il pourrait être prévu la faculté pour le tribunal d'imposer un plan en cas d'échec du vote des classes de créancier sous conditions :

- impossibilité de saisir le tribunal aux fins d'imposer un plan en cas d'échec de l'adoption du plan en sauvegarde,
- maintien de la possibilité pour le tribunal d'imposer un plan alternatif et des délais de remboursement uniquement en redressement judiciaire.

## **2. De la sauvegarde accélérée**

### **2.1. Refonte de la sauvegarde accélérée**

Il est prévu la **fusion de la sauvegarde accélérée et de la sauvegarde financière accélérée**. La procédure serait ouverte à toutes les sociétés quelle que soit leur taille du fait de la suppression des seuils.

Le **maintien d'une procédure de conciliation obligatoire préalable** à la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée est prévu.

### **2.2. Modification des délais**

Le projet de loi prévoit de retenir **une période d'observation limitée à 12 mois en sauvegarde de droit commun** et de maintenir la durée actuelle en redressement judiciaire.

Il est également prévu de retenir une durée des plans de 10 ans maximum en redressement judiciaire et **de 8 ans maximum pour la sauvegarde de droit commun**.

### III. Jurisprudence

#### Droit civil

**Cass. com. 18 novembre 2020, Société civile des Mousquetaires, n°19-13.405 FS-D : Les effets légaux d'un contrat étant régis par la loi en vigueur à la date où ils se produisent, l'article 1843-3 du Code civil est applicable aux expertises ordonnées à compter de son entrée en vigueur.**

L'article 1843-4 du Code civil qui prévoit le recours à un expert en cas de cession imposée des droits sociaux du cédant. Concernant son application dans le temps, il n'est applicable qu'aux expertises ordonnées à compter du 3 août 2014 (date d'entrée en vigueur de l'article). Ainsi, pour les expertises ordonnées à partir de cette date, l'expert est tenu de prendre en compte, lorsqu'elles existent les dispositions statutaires et contractuelles qui permettent de déterminer le prix des parts.

#### Droit pénal

**Crim. 25 novembre 2020 FPBI n°19-85.205 :**

- **L'élément intentionnel du délit de banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité irrégulière suppose pour être constitué la seule conscience de son auteur de se soustraire à ces obligations comptables légales.**

Concernant la qualification de l'élément intentionnel du délit de banqueroute, il suppose la conscience de l'auteur de se soustraire aux obligations légales. Ainsi, lorsque l'élément intentionnel semble constituer par l'absence de comptabilité ou par l'existence d'une comptabilité manifestement irrégulière, le seul fait que l'auteur sache qu'il ne respecte pas les obligations comptables légales permet de qualifier l'élément intentionnel du délit de banqueroute.

- **La banqueroute peut être prononcée pour des faits commis avant ou après la cessation des paiements.**

La date de cessation des paiements est une condition préalable et nécessaire pour exercer des poursuites pour banqueroute. Toutefois, elle est indifférente pour qualifier des cas de banqueroute fondés sur des détournements postérieurs ou antérieurs à la date de cessation des paiements. Seulement, si aucune cessation des paiements n'est retenue, il s'agit d'un abus de biens sociaux et non un délit de banqueroute.

#### Droit des sûretés

**Cass. com. 25 novembre 2020 FSP n°19-11.525 : Le constituant d'une sûreté réelle, même s'il a souscrit cette sûreté dans le but de garantir la dette d'un tiers, ne s'engage pas à satisfaire à l'obligation à la dette de ce tiers.**

Souscrire une sûreté réelle n'implique pas d'engagement personnel du constituant à satisfaire à l'obligation d'autrui. Ainsi, le bénéficiaire ne peut agir en paiement contre le constituant. La Cour de cassation en déduit que le bénéficiaire de cette sûreté n'est pas le créancier du constituant et que le constituant de la sûreté réelle ne subit pas l'interdiction des poursuites en cas d'ouverture d'une procédure collective.

**Cass. com. 7 octobre 2020 FPB n°19-13.560 : un créancier auquel une DNI est inopposable est toutefois bloqué par la règle de l'arrêt des poursuites.**

Le débiteur avait rédigé une DNI pour sa résidence principale après avoir souscrit un prêt avec une banque. La DNI est ainsi inopposable à la banque qui a sollicité l'inscription d'une hypothèque sur le bien. La Cour de cassation constate que le créancier doit être en mesure d'obtenir un titre exécutoire mais, toutefois, cela ne doit pas lui permettre d'obtenir paiement en raison de la règle de l'arrêt des poursuites et des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure collective.

#### Droit des entreprises en difficulté

**Cass. com. 9 décembre 2020, n°18-24.730 FPB : La responsabilité du dirigeant poursuivi en paiement pour insuffisance d'actif est la même qu'il soit rémunéré ou non.**

L'article 1992 du Code civil retient une responsabilité moindre pour celui qui exerce au titre d'un mandat gratuit. En l'espèce, un dirigeant qui exerçait sa fonction sans rémunération réclame l'application de cette disposition. Toutefois, la Cour de cassation affirme que l'article 1992 n'est pas applicable à la situation d'un dirigeant d'une personne morale en liquidation judiciaire.

**Cass. com. 21 octobre 2020, n°19-14.894 : Une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif peut être reprise pour permettre au liquidateur d'exercer une action en cours contre le dirigeant.**

Une liquidation judiciaire avait été clôturée pour insuffisance d'actif. La Cour de cassation permet la reprise de la liquidation judiciaire pour permettre au liquidateur judiciaire d'exercer les voies d'exécution. Cette action consiste à poursuivre l'exécution forcée de la condamnation pour insuffisance d'actif du dirigeant de la société liquidée. Cette action ne pouvait être mise en œuvre avant la clôture puisque le bien dont le dirigeant détenait des parts a été vendu après le jugement de clôture.

**Com. 20 janvier 2021 FPI n°19-13.359 : L'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission des créances s'impose aux associés qui ne peuvent former de tierce opposition.**

Une SCI est placée en liquidation judiciaire. La banque a régulièrement déclaré sa créance qui est admise par le juge-commissaire. Les associés font tierce opposition de cette créance. La Cour de cassation juge cette tierce-opposition irrecevable en ce que les associés se sont affranchis des canaux de la procédure collective en ne contestant pas la créance dans le délai imparti.

En effet, les parties peuvent contester les créances au moment de la vérification des créances. Ainsi, elles peuvent présenter une réclamation au juge-commissaire. L'admission des créances constitue une véritable décision de justice et acquiert force de chose jugée. Ainsi, une fois la créance admise au passif, le tiers ne peut plus la contester.

**Cass. com. 23 septembre 2020 n°18-23.221 et n°19-12.542 : L'article L650-1 du Code de commerce ne s'applique pas aux ruptures de crédits.**

L'article 650-1 du Code de commerce subordonne la responsabilité des créanciers qui ont consenti des concours à une entreprise placée en procédure collective en cas de fraude, d'une immixtion caractérisée ou de garanties disproportionnées. La Cour de cassation précise que cette disposition ne s'applique qu'en cas d'octroi de crédit et non en cas de rupture de crédit, même s'il est abusif.



©CGLAW GUYOMARC'H

N° SIRET : 38253696900076

48 rue Paul Valéry 75116 Paris France

Tel : 01.71.19.74.32 – Fax : 01.71.19.74.34 – Mob : 06.11.61.24.38

<http://cglaw.fr>

[contact@cglaw.fr](mailto:contact@cglaw.fr) -

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit, sans consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du CPI.