



PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES : « EFFICACITÉ DES SOLUTIONS EN PÉRIODE DE CRISE ET PERSPECTIVES À LA VEILLE DES RÉFORMES »

7^{èmes} Assises Nationales de la Prévention des Difficultés des Entreprises
organisées par l'Association Droit & Commerce,
Webconférence du 18 septembre 2020

Direction scientifique : Laura Sautonie-Laguionie, Professeur à l'Université de Bordeaux

MOT D'ACCUEIL

DE MARC RINGLÉ*

Je suis heureux de vous retrouver, même si ce n'est que par écrans interposés, à l'occasion de ces 7^{èmes} Assises Nationales de la Prévention des Difficultés des Entreprises, organisées par notre association Droit et Commerce sous le patronage du ministère de la justice.

D'abord un mot pour présenter Droit et Commerce à ceux qui ne la connaîtraient pas.

L'association Droit & Commerce a été fondée le 12 avril 1975.

Selon ses statuts :

« Elle a pour objet de réunir les professionnels du droit des affaires. Elle facilite l'étude des lois, des règlements et de la jurisprudence concernant l'entreprise, le commerce et l'industrie. Dans cette discipline, elle publie et diffuse les travaux de doctrine et la jurisprudence.

Elle recherche la nature et les développements des liens juridiques nouveaux, nés des mutations du système de production et de distribution des biens. Elle s'efforce de promouvoir au moyen de rapports et de vœux, l'adoption des textes législatifs ou ré-

glementaires, dont la recherche des associés ferait apparaître la nécessité. Elle permet aux professionnels du droit des affaires, en favorisant leur spécialisation, de rendre un meilleur service aux utilisateurs de ce droit ».

Elle rassemble aujourd'hui environ 450 membres de tous horizons géographiques, avocats, magistrats, civils et consulaires, professionnels du chiffre et du droit, experts, chefs d'entreprises, universitaires, et organise au long de l'année des travaux et conférences. Je vous renvoie à consulter le site de notre association pour plus d'information à ce sujet et les modalités d'adhésion.

D&C organise depuis maintenant un certain nombre d'années les Assises nationales de la prévention des difficultés des entreprises. Philippe Peyramaure, président d'honneur de l'association, qui en est le promoteur, vous en expliquera l'origine et les raisons dans quelques instants.

Nous n'imaginions pas l'année dernière lorsque nous avons programmé cette manifestation combien notre sujet serait au cœur de l'actualité.

Nous devons initialement tous nous retrouver dans l'amphi Pey Berland de la faculté de

* Marc Ringlé est ancien Bâtonnier du Barreau de Marseille, Président de l'association « Droit & Commerce ».

Droit de Bordeaux. Le sort (et la Covid) en ont décidé autrement.

Nous avons maintenu notre manifestation via Internet ce qui permet de nous retrouver aujourd'hui très nombreux, mais... à distance.

Je voudrais remercier très chaleureusement le ministère pour son patronage, le Professeur Laura Sautonie-Laguionie, Professeur à l'université de Bordeaux, qui dirige l'IRDAP (institut de recherches en droit des affaires et du patrimoine), et Anne Jourdain, avocat à Bordeaux, pour la préparation scientifique de ce séminaire, ainsi que nos différents partenaires dans cette préparation, le barreau de Bordeaux et son Bâtonnier, Christophe Bayle, Aliénor, l'école des avocats de Bordeaux et sa présidente Anne Cadiot-Feidt, le tribunal de commerce de Bordeaux et son président Jean-Marie Picot, l'IRDAP institut de recherches en droit des affaires et du patrimoine de l'Université de Bordeaux.

Je souhaite remercier également tous les intervenants parmi lesquels je ne citerai que M. Patrick Rossi, sous-directeur du droit économique à la direction des affaires civiles et du Sceau, qui a réussi à mobiliser quelques instants de son temps précieux, particulièrement occupé en cette période complexe.

La période que nous vivons bouleverse les idées reçues et les habitudes ancrées. Elle nous contraint à la modestie face à nos certitudes.

Elle nous impose de nous remettre en cause, de nous adapter, et de nous renouveler. Elle nous oblige aussi à avancer, dans tous les domaines, qu'ils soient matériels ou juridiques.

Les séances comme celles de ce jour sont le moyen de réunir femmes et hommes de bonne volonté et de prendre à bras le corps les difficultés de l'instant.

Nos convictions respectives et nos opinions, parfois diamétralement opposées, sont des forces qui alimentent très utilement les débats que notre association nous permet d'aborder sereinement et dans la concertation. Il y a lieu de s'en féliciter.

Je passe sans plus tarder la parole à Philippe Peyramaure, président d'honneur de Droit & Commerce et initiateur des premières Assises, pour une présentation de l'origine de cette manifestation.

AVANT-PROPOS

DE PHILIPPE PEYRAMAURE*

Si nous avons décidé, il y a maintenant une quinzaine d'années, de créer les ASSISES NATIONALES DE LA PREVENTION, c'est bien entendu que nous avons déjà constaté l'efficacité de cette démarche et que nous pensions qu'elle était une voie d'avenir pour le retournement des entreprises en difficulté.

Cela a largement été confirmé depuis : aujourd'hui les techniques de sauvetage des entreprises en amont des procédures collectives sont privilégiées par le plus grand nombre d'opérateurs.

Lors de la création de ces Assises, nous nous étions fixé un double objectif, encore présent aujourd'hui dans nos réflexions :

- En premier lieu, une mission de sensibilisation. Alors que le Règlement Amiable avait été créé une vingtaine d'années auparavant, certains acteurs connaissaient encore mal ce domaine ou répugnaient à l'utiliser.

Ce constat était partagé avec la Conférence Générale des tribunaux de commerce dont le président d'alors, Jacques Raibaut, nous avait encouragé.

- En second lieu, une mission de suivi pour accompagner les réflexions sur l'évolution des textes et les pratiques de ces procédures amiables, et ainsi participer à leur amélioration.

Comme dans tous les domaines du droit, les évolutions, si elles se font de manière continue, souffrent de dispersion et d'absence de lignes directrices. Il était opportun d'éviter, autant que possible, cet écueil car dans le domaine des entreprises en difficulté, jusqu'alors traité prioritairement dans le cadre des approches judiciaires, l'enjeu d'une adaptation culturelle était évident même s'il n'était pas toujours reconnu.

Or la voie du consensualisme est consubstantielle au traitement préventif. C'est dire que la contractualisation de la démarche rend indispensable le suivi à la fois des évolutions conceptuelles, mais aussi des pratiques de terrain qui peuvent varier sur l'ensemble du territoire.

Une telle ambition entre dans la vocation de DROIT & COMMERCE.

C'est au regard de cette ambition que nous avons retenu le format d'assises nationales devant se dérouler sur l'ensemble de notre pays. Nous privilégions également des tables rondes faisant intervenir l'ensemble des spécialistes et acteurs de cette matière : ministère de la justice, universitaires, juges, fonctionnaires, mandataires de justice, créanciers, et bien entendu les chefs d'entreprises et leurs conseils.

La période actuelle, qui se situe au début d'une crise que beaucoup d'observateurs annoncent particulièrement sévère, sera difficile, voire fatale, pour certaines entreprises.

Pour les aider à la franchir, nous devons être capables de leur donner des outils adaptés afin de maintenir le plus grand nombre possible d'entre-elles en état de fonctionner.

Dès lors l'enjeu n'est pas simplement théorique, et je ne doute pas que la pertinence de nos débats participera à cet accompagnement essentiel pour la vie économique de notre pays.

* Philippe Peyramaure est Président d'honneur de Droit & Commerce.

COMMENT AGIR AUJOURD'HUI POUR LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES ?

PAR ANNE JOURDAIN ET LAURA SAUTONIE-LAGUIONIE*

La pratique comme le législateur ont créé des instruments pour accompagner les entreprises en difficulté. Il s'agit, dans le cadre de ce colloque, de prévenir ces difficultés, ce qui nous conduira à n'évoquer que les solutions amiables, celles qui permettent d'éviter l'ouverture d'une procédure collective et l'arsenal judiciaire qui l'accompagne. L'imaginaire collectif a plutôt d'ordinaire en tête le duo : redressement / liquidation judiciaire. Même la procédure de sauvegarde, créée pourtant il y a désormais 15 ans, reste peu connue. À la différence de ces procédures collectives, les procédures préventives permettent d'opérer le sauvetage d'une entreprise dans un cadre amiable et confidentiel. Voyons en quelques chiffres comment s'opère la répartition amiable/judiciaire. L'année 2019 a compté un peu moins de 48 000 procédures collectives (dont plus de 31 000 liquidations directes) et un peu moins de 3 300 procédures amiables. Alors naturellement, lorsque l'on voit que les procédures amiables représentent seulement 6 % de l'ensemble des procédures, on peut s'interroger sur l'intérêt même de ces dispositifs, qu'une première lecture pourrait faire apparaître comme marginaux.

En réalité, ces statistiques doivent s'accompagner d'autres données, celles sur l'efficacité de ces différentes procédures : quelles sont celles qui donnent le plus de chances à l'entreprise en difficulté de trouver un accord, un plan avec ses créanciers pour redresser sa situation ? Les derniers chiffres connus pour les procédures amiables sont de 2018 et indiquent que le mandat ad hoc permet d'aboutir à un accord dans 70 % des cas, tandis que ce chiffre est de 47,6 % pour la conciliation. En revanche,

en redressement judiciaire, un plan de continuation n'est trouvé que dans 27 % des cas... Les effets vertueux de la prévention sont indiscutables : les procédures amiables ont de bien meilleures chances d'aboutir que les procédures collectives. Certes, parmi celles-ci, il faut faire une place à la sauvegarde, dont les résultats sont bons, puisqu'un plan de sauvegarde est adopté dans 67 % des cas. Mais cette procédure souffre du même mal que les mesures préventives : elle n'est pas suffisamment mise en œuvre, et représente moins de 2 % des procédures ouvertes chaque année. Et puis il faut ajouter que désormais, le nombre d'emplois qui sont en jeu sont plus importants dans les 6 % des procédures amiables que dans les 94 % des procédures collectives : cela s'explique par le fait que ce sont essentiellement les plus grosses entreprises qui ont recours aux solutions amiables.

Partant de ce constat, il nous semble que ce qu'il faut améliorer, ce n'est pas tant l'efficacité des procédures préventives : elles sont déjà efficaces – mais leur effectivité : il faut inciter, vulgariser, communiquer sur ces procédures afin qu'elles soient davantage utilisées. Il faut agir pour que plus d'entreprises y aient recours et spécialement les PME et TPE.

Tant le calendrier législatif que la crise sanitaire font de la période que nous vivons un moment décisif pour s'intéresser à la prévention des difficultés des entreprises. Le moment est décisif, car aujourd'hui, chacun cherche plus que jamais à accompagner les entreprises pour les aider à faire face à la crise sanitaire, qui est venue souvent aggraver les difficultés préexistantes. Alors, naturellement, pour les situations les plus graves, c'est bien vers une procédure collective qu'il faut se tourner. Mais pour beaucoup d'entreprises, il est encore temps de se tourner vers les solutions amiables afin de profiter des meilleures chances de trouver un accord avec leurs partenaires.

* Anne Jourdain est avocat au Barreau de Bordeaux, Laura Sautonie-Laguionie, est Professeur à l'Université de Bordeaux. Le style oral, adopté lors du colloque, a été pour l'essentiel conservé.

À cela s'ajoute que la crise sanitaire a conduit le gouvernement à prendre plusieurs textes dérogatoires, spécifiques, destinés à préserver le tissu économique le temps du confinement et durant les semaines qui ont suivi. Il importe d'en dresser le bilan afin de savoir si ces mesures conjoncturelles ont suffisamment d'intérêt pour être reprises de façon pérenne. Et il ne faut pas oublier que les outils actuels sont le plus souvent nés de la pratique, entérinée par la suite par le législateur. Il est donc important de recueillir l'avis d'experts, techniciens comme praticiens, pour voir quelles nouvelles propositions pourraient émerger pour rendre encore plus efficaces les procédures préventives, et ce sera l'objet des échanges qui suivront. Ces réflexions sont d'autant plus importantes que le droit français va connaître d'importantes réformes dans les prochains mois :

- Avant même la crise de la COVID 19, il était prévu de modifier le droit français afin de transposer la directive du 20 juin 2019¹, dont l'un des axes est précisément d'imposer à tous les États membres de prévoir des procédures de restructuration préventive, amiable et judiciaire. Cette transposition doit intervenir d'ici juillet 2021. Il est également prévu de réformer le droit des sûretés², ce qui naturellement concerne notamment les octrois de crédit et partant les financements des entreprises.

- La crise de la COVID a mis encore plus en lumière l'importance d'agir au soutien des entreprises : les solutions juridiques participent pleinement de la relance de l'économie, il ne faut pas le négliger. Et le Garde des Sceaux, M. Dupont-Moretti, a décidé de créer une mission flash afin de mieux détecter les difficultés des entreprises, spécialement les TPE et les PME, afin de mieux les accompagner et ce par les procédures préventives. Des recommandations doivent être formulées par cette mission d'ici décembre. La matière est donc en profond mouvement. Pour l'appréhender, il est possible de rappeler le cadre existant, et d'envisager les évolutions souhaitables afin de faire des mesures de prévention un véritable outil pour la relance.

1 - Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019, relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes.

2 - V. Loi Pacte du 22 mai 2019.

I. Le cadre existant

A. Les outils de prévention de droit commun

Il existe, dans la législation actuelle, trois principaux outils de prévention, d'importance inégale : le mécanisme dit de l'alerte confié au président du tribunal compétent et au commissaire aux comptes lorsqu'il a été nommé, le mandat ad hoc et enfin la conciliation.

• L'alerte

Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, le président du tribunal compétent peut convoquer (article L. 611-2 Code de commerce) le chef de l'entreprise concernée pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

Cet entretien est confidentiel et le président ne peut pas contraindre l'entreprise à prendre des mesures propres à mettre un terme aux difficultés rencontrées.

La loi prévoit un second mécanisme d'alerte donnée par le commissaire aux comptes (lorsqu'il en a été désigné un) au dirigeant quand, dans le cadre de l'exercice de sa mission, le commissaire aux comptes relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article L. 612-3 code de commerce) de l'entreprise.

À défaut de réponse du dirigeant ou bien si la réponse ne permet pas au commissaire aux comptes d'être assuré de la continuité de l'exploitation, ce dernier invite alors le dirigeant à faire délibérer l'organe collégial sur les faits relevés et en avise par lettre le président du tribunal compétent.

Cette procédure d'alerte ne s'applique pas lorsqu'est déjà engagée une procédure de conciliation.

• Mandat *ad hoc* (articles L. 611-3 et R. 611-18 code de commerce)

À la demande du débiteur, le président du tribunal compétent peut désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Cette mission est déterminée sur la base des difficultés exposées par le chef d'entreprise dans la requête déposée au greffe du tribunal.

• Conciliation

Cette procédure (articles L. 611-4 et suivants du Code de commerce) est ouverte au chef

d'entreprise qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et qui ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

Comme le prévoient les textes, la conciliation peut avoir plusieurs objectifs :

Cet outil (article L. 611-7 code de commerce) vise à permettre la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur, ses principaux créanciers et le cas échéant ses contractants habituels, et ainsi à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il s'agit dans ce cas de prévenir ou de mettre fin à la cessation des paiements.

Cette procédure peut également être utilisée pour préparer la phase judiciaire du traitement des difficultés de l'entreprise et ainsi gagner du temps. Deux mécanismes sont prévus par la loi : le prepack-cession (article L. 611-7 code de commerce) et la sauvegarde accélérée (articles L. 628-1 et suivants du Code de commerce).

L'article L. 611-7 précité prévoit que « *Le conciliateur [...] peut être chargé, à la demande du débiteur, et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre le cas échéant dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* ». Il est donc nécessaire de réunir deux conditions : le débiteur doit demander l'organisation d'une cession partielle ou totale et l'avis préalable des créanciers participants doit être recueilli.

Le fait que l'offre de reprise ait pu être préparée en amont au cours de la conciliation peut permettre de gagner du temps.

Une fois la procédure collective subséquente ouverte, le tribunal, appliquant les dispositions prévues par l'article L. 642-2, I, alinéa 2 code de commerce, peut en effet tenir compte des démarches effectuées par le conciliateur, et décider de ne pas prévoir de nouveau délai pour la réception des offres et permettre alors que le plan de cession soit arrêté sans délai.

La procédure de sauvegarde accélérée est ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise. Le projet de plan doit être susceptible de recueillir, de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira un effet, un soutien suffisamment large pour permettre son adoption dans le délai de trois mois (sauvegarde accélérée)

ou d'un mois (sauvegarde financière accélérée).

La bonne connaissance des avantages et des inconvénients du mandat ad hoc et de la conciliation est utile au praticien qui devra choisir l'outil de prévention le plus adapté aux difficultés de l'entreprise.

Le mandat ad hoc présente plusieurs avantages dont en premier lieu la souplesse d'utilisation. La réglementation très restreinte en la matière permet de demander l'ouverture d'un mandat ad hoc en cas de difficultés de nature diverse. La loi ne prévoit aucune limitation quant à la durée du mandat ad hoc si bien que les praticiens trouvent un intérêt, lorsque les circonstances le permettent, à solliciter dans un premier temps l'ouverture d'un mandat ad hoc puis, lorsqu'un accord se dessine, à demander l'ouverture d'une conciliation. Le mandat ad hoc est en outre une procédure confidentielle qui présente un taux de réussite important.

Cet outil de prévention ne peut en revanche être demandé lorsque l'entreprise en difficulté est en cessation des paiements. L'accord amiable conclu dans son cadre produit les effets d'un contrat ordinaire. Le mandat ad hoc en l'état des textes n'est pas non plus un instrument destiné à anticiper et préparer la phase judiciaire subséquente de traitement des difficultés de l'entreprise. Cet outil reste enfin sous utilisé par les petites et moyennes entreprises.

La conciliation présente l'avantage de pouvoir être demandée par une entreprise en cessation des paiements, à condition de l'être depuis moins de quarante-cinq jours. Elle crée un cadre de négociation amiable au sein duquel le législateur confie au conciliateur un rôle actif en pouvant être force de proposition (article L. 611-7 du Code de commerce). L'accord amiable conclu dans le cadre de la conciliation produit des effets attractifs : sont interrompues ou interdites les actions en justice et les poursuites destinées à obtenir le paiement des créances qui sont l'objet de l'accord de conciliation (article L. 611-10-1 du code de commerce) ; l'homologation de l'accord fait naître un privilège pour tout nouvel apport en trésorerie fait à l'entreprise et destiné à assurer la poursuite de l'activité ou sa pérennité ; cette même homologation rend impossible tout report de la date de cessation des paiements à une date antérieure à la décision d'homologation (article L. 631-8 du code de commerce).

La conciliation est également une procédure confidentielle. Certes l'homologation de l'accord génère une publicité ; elle demeure toutefois

restreinte (article R. 611-40 du code de commerce).

Cette procédure peut également être utilisée pour préparer la phase judiciaire du traitement des difficultés de l'entreprise et ainsi gagner du temps.

Elle enregistre enfin un taux de réussite certain.

La durée de cette procédure est limitée à quatre mois, prorogable d'un mois, soit cinq mois maximum. L'ouverture de la conciliation ne produit aucune suspension des poursuites individuelles initiées par les créanciers. Aucun accord ne peut être imposé à un créancier appelé à la conciliation. Si le dirigeant connaît les conditions d'intervention et de rémunération du conciliateur et des différents conseils dont il s'entoure pour mener à bien la conciliation, l'évaluation du budget peut toutefois s'avérer délicate.

Cet outil, tout comme le mandat ad hoc, est à ce jour trop peu utilisé par les petites et moyennes entreprises.

B. Les aménagements pendant la crise sanitaire

Il importe immédiatement de saluer la réactivité de notre législateur pendant la crise sanitaire, afin de tenter d'apporter une aide aux entreprises victimes des conséquences du confinement, dans un premier temps, et de la crise économique qui s'en est suivie. Naturellement on peut toujours trouver que les textes sont perfectibles ou les solutions proposées insuffisantes, mais si l'on regarde la situation d'autres États européens, la France apparaît parmi ceux qui ont réagi le plus vite.

Une première ordonnance a en effet été adoptée le 27 mars 2020 – soit deux semaines après le confinement. Ce texte a permis de figer la date d'appréciation de cessation des paiements au 12 mars 2020. Cette mesure importante a permis notamment de suspendre le délai de cessation des paiements + 45 jours, qui oblige un dirigeant à demander l'ouverture d'un redressement judiciaire³ ou qui écarte une entreprise de la procédure de conciliation⁴. Une entreprise en cessation des paiements du fait de la crise sanitaire pouvait donc malgré tout accéder aux outils de prévention, dès lors qu'au 12

mars elle n'était pas en cessation des paiements ou ne l'était pas depuis 45 jours.

Ce texte a aussi permis de prolonger le délai de la conciliation : tandis que ce délai est de 4 mois (+ 1 mois d'éventuelle prorogation)⁵, l'ordonnance a permis d'éviter que des conciliations ne prennent fin de plein droit, alors que pendant le confinement il était difficile d'avancer sur des négociations ou de les mettre en place. Le délai de carence de 3 mois qui, d'ordinaire, doit exister entre deux procédures de conciliation a été également supprimé. Enfin, cette ordonnance a permis la dématérialisation des procédures afin que les juridictions commerciales continuent de fonctionner malgré le confinement.

L'ordonnance du 20 mai 2020 a pour sa part fixé au 24 août la date à laquelle il est redevenu possible d'apprécier la situation de cessation des paiements d'une entreprise et la date à laquelle la prolongation de plein droit des conciliations a pris fin⁶.

Cette ordonnance renforce aussi les mesures de prévention des difficultés des entreprises. Elle permet au commissaire aux comptes d'agir plus rapidement dans le cadre de la procédure d'alerte, en informant le président du tribunal compétent. Mais ce sont surtout les aménagements de la conciliation qui retiennent l'attention. L'ordonnance permet en effet au Président du tribunal, saisi par le débiteur, d'ordonner des mesures produisant sensiblement les mêmes effets que l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un créancier qui « n'accepte pas, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de sa créance pendant la durée de la procédure » (art. 2). Le débiteur peut ainsi demander d'interrompre ou d'interdire toute action en paiement, toute voie d'exécution, ou toute résolution d'un contrat pour défaut de paiement. C'est donc une suspension individuelle des poursuites qui a été introduite par cette ordonnance, dans un dispositif simplifié et rapide, car le Président statue par ordonnance sur requête. Il importe de souligner que les poursuites ne sont suspendues que jusqu'à la fin de la mission du conciliateur. L'ordonnance a par ailleurs facilité le recours aux délais de grâce du droit commun, qui peu-

3 - Art. L. 631-1. C. com.

4 - Art. L. 611-4. C. com.

5 - Art. L. 611-6 C. com.

6 - V. depuis le colloque, Ord. n° 2020-1443 du 25 nov. 2020, qui autorise la prorogation des conciliations jusqu'à 10 mois (art. 1^{er}).

vent être demandés avant toute mise en demeure ou poursuite dès lors qu'un créancier n'aura pas accepté de suspendre l'exigibilité de sa créance.

Parmi les autres mesures qui intéressent la prévention des difficultés des entreprises, le législateur a ouvert l'accès à la sauvegarde accélérée en supprimant les seuils qui, d'ordinaire, ferment ce dispositif aux TPE.

Ces différentes mesures dérogatoires de l'ordonnance du 20 mai devaient durer soit jusqu'au 31 décembre 2020, soit jusqu'au 17 juillet 2021, date limite pour la transposition de la directive européenne. Mais la loi sur l'accélération et la simplification de l'action publique devrait prolonger ces mesures jusqu'au 31 décembre 2021.

Ces adaptations du droit positif vont très vite être complétées par de nouvelles réformes, dont il importe de voir vers quelles solutions elles pourraient tendre.

II. Les évolutions souhaitables

A. Par la transposition de la directive du 20 juin 2019

Les réglementations spéciales COVID sont aujourd'hui à mettre en perspective avec les réformes à venir du droit français, qui étaient prévues avant la crise. Outre la réforme des sûretés, prévue par la loi PACTE, c'est la transposition de la directive européenne du 20 juin 2019 qu'il faut bien avoir à l'esprit.

Cette directive est le premier texte européen qui tend à l'adoption d'un droit commun aux différents États membres en matière d'insolvabilité. En principe, chaque État doit transposer ce texte dans son droit interne d'ici à juillet 2021. Ce texte est important pour la prévention des difficultés des entreprises car l'un des objectifs du législateur européen est précisément que, dans chaque État, il soit possible pour un débiteur d'accéder à une procédure dite de restructuration préventive. Ainsi, dès lors qu'apparaît une « *probabilité d'insolvabilité* », une procédure doit permettre au débiteur d'obtenir un plan de restructuration. À la différence de la France, plusieurs États européens ne connaissent pas de procédure préventive. Certes, ce n'est pas le cas de la France qui connaît non seulement des procédures amiables – mandat ad hoc et conciliation – mais aussi d'une procédure judiciaire, la sauvegarde, toutes applicables à un stade précoce des difficultés.

Est-ce à dire que la transposition de la directive n'aura aucune conséquence en droit français ? Tout au contraire. Il va s'ensuivre des modifications importantes, comme le prévoit la loi Pacte qui a habilité le gouvernement à légiférer par ordonnance et notamment à modifier la procédure de sauvegarde et au besoin le redressement judiciaire. Ces modifications auront nécessairement des répercussions sur la procédure de conciliation : d'abord, au titre de son articulation avec la sauvegarde accélérée ; ensuite sur certaines des règles qui lui sont applicables. Ainsi, la directive prévoit un délai de 4 mois pendant lequel le débiteur devrait bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles le temps de négocier son plan de restructuration, même si des dérogations sont possibles⁷. Certes, la suspension généralisée des poursuites existe en sauvegarde, mais l'on voit aussi que la crise sanitaire a été l'occasion d'introduire en droit français un dispositif particulier et individuel de suspension des poursuites, qui pourrait être repris. Autre exemple encore, la directive impose aux États membres de mettre en place un encadrement des rémunérations des praticiens de l'insolvabilité, notamment pour que soit maîtrisé le coût des procédures⁸. Le législateur français s'emparera-t-il de cette disposition pour encadrer les rémunérations des conciliateurs et mandataires ad hoc ? Enfin, la directive, de façon originale, prévoit que « *lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité* » les dirigeants doivent prendre en compte les intérêts des parties affectées, et sont tenus de « *prendre des mesures pour éviter l'insolvabilité* » et d'« *éviter tout comportement intentionnel ou toute négligence grave menaçant la viabilité de l'entreprise* » (art. 19). C'est ici le moyen d'introduire une responsabilisation des dirigeants d'entreprise dans le recours aux mécanismes de prévention, dont il faudra voir la place que le droit français lui accordera.

Il n'est pas possible de détailler ici tous les enjeux de la réforme qui naîtra de la transposition de la directive, mais il importe de retenir qu'elle offre au législateur français l'occasion d'adapter encore une fois son droit pour progresser encore dans l'anticipation du traitement des difficultés des entreprises.

7 - V. Directive du 20 juin 2019, art. 6.

8 - V. Directive du 20 juin 2019, article 27.

B. Par des réformes complémentaires

Dans ce contexte de mouvement permanent et imminent de la matière, nous voudrions également souligner que des marges de progression existent et qu'il faut s'en saisir. On perçoit bien que la crise sanitaire a d'abord permis au législateur d'expérimenter des dispositifs nouveaux, avec l'« avantage » qu'offre le caractère temporaire des réformes opérées par les ordonnances. À cela s'ajoute que la gravité de la crise offre aussi une belle occasion d'accélérer les réformes en faisant preuve de plus d'audace : en allant plus vite, plus loin, et ce, à deux égards.

Il importe tout d'abord d'améliorer l'information des entreprises. L'accès à l'information permettrait de combattre les réticences de certains dirigeants qui voient trop souvent la conciliation comme le premier pas vers l'ouverture d'une procédure collective. Il est donc nécessaire de porter à la connaissance des dirigeants les différents vecteurs d'information en matière de prévention, comme par exemple les Centres d'Information sur la Prévention des difficultés des entreprises (CIP), les associations ou bien encore les cellules de prévention existant au sein des tribunaux compétents.

L'information doit aussi être donnée au sujet du coût de la prévention afin que celui-ci puisse être anticipé et que sa prise en charge ne soit pas un obstacle dissuadant le dirigeant, au moment où l'entreprise en a besoin, de recourir à la prévention. L'anticipation du coût conduit à se demander si sa prise en charge ne pourrait pas être généralisée, soit via le mécanisme d'une assurance obligatoire, soit dans le cadre des dispositifs de relance en direction des très petites entreprises.

L'information doit enfin être diffusée par les hommes du chiffre, experts-comptables notamment, qui par leur proximité avec le chef d'entreprise, peuvent inciter ces derniers à recourir aux mécanismes de la prévention.

Ensuite, il importe d'améliorer l'efficacité de la conciliation. S'il faut redire que, d'ores et déjà, la conciliation fonctionne bien et offre de très bons résultats, il est sans doute possible d'aller encore plus loin : le législateur va devoir choisir de conserver ou non les dispositions spéciales COVID, et puis s'appropriier les règles générales de la directive. On peut ainsi se demander s'il faut pérenniser la possible suspension individuelle des poursuites décidée par le Président du tribunal ? Certains se félici-

tent de ce levier nouveau⁹, tandis que d'autres y voient une remise en cause du caractère amiable de la conciliation et une menace pour le climat de confiance à instaurer entre les protagonistes¹⁰. L'une des critiques récurrentes de la conciliation tient à sa durée limitée en principe à 4 mois. Pour certains c'est trop court, et la pratique couple de ce fait souvent mandat ad hoc et conciliation. Pour d'autres, cette durée est nécessaire pour éviter d'hypothéquer la procédure collective qui devrait s'ouvrir si la conciliation est un échec. On peut alors se demander s'il ne faudrait pas dissocier le régime de la conciliation selon que le débiteur est ou n'est pas en cessation des paiements¹¹. S'il n'est pas en cessation des paiements, il serait moins risqué d'accorder un délai plus long au conciliateur pour mener à bien les négociations, tout en rappelant qu'il lui incombe de mettre fin à sa mission s'il constate que les négociations ne pourront pas aboutir¹². De même encore, le législateur a supprimé les seuils de la sauvegarde accélérée¹³. Faut-il que cette suppression devienne pérenne ? On peut le penser compte tenu de l'intérêt du couplage conciliation / sauvegarde, mais on peut aussi souligner que cette procédure est rarement mise en œuvre. La menace de passer en sauvegarde accélérée est un bon levier dans les négociations, certes, mais est-ce la solution la plus adaptée aux TPE et PME, que l'on a déjà du mal à attirer en conciliation ?

Enfin, ne faut-il pas aller plus loin aujourd'hui et penser la prévention des difficultés par deux approches renouvelées : d'une part, sous l'angle des sûretés consenties et des financements octroyés ? L'exemple des PGE a montré que les solutions juridiques ne peuvent être pensées seules et qu'il faut les articuler avec les dispositifs financiers. D'autre part, faut-il en rester à une approche incitative pour les chefs d'entreprise ou bien, à l'instar de la directive qui instaure un devoir de diligence dans le recours aux outils de prévention, ne faut-il pas soit

9 - V. Th. Montéran, F Griveau et M. Langet, *L'apport du coronavirus à la conciliation*, in Fusions acquisitions magazine, sept. Oct. 2020. – Adde les propositions des participants à la table ronde, V. infra.

10 - V. infra A. Diesbecq, D. Robine, J. Théron, *Pour une prévention plus attractive et plus efficace*.

11 - V. L. Sautonie-Laguionie, *Pour une dualité de la procédure de conciliation*, in Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens, Joly Editions, 2017, p. 231 s.

12 - V. art. L. 611-7 C. com.

13 - V. ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020, art. 3.

valoriser les dirigeants qui ont recours à une procédure préventive, en cas de procédure collective subséquente ; soit créer une responsabilité pour les dirigeants qui ne recourent pas aux outils de prévention – ici comme ailleurs en prenant soin de réserver un sort particulier aux TPE ?

En définitive, c'est au législateur français qu'il appartiendra de choisir s'il souhaite ou non faire évoluer les outils de prévention des difficultés, en gardant à l'esprit que ce sont de formidables outils qui peuvent aider à la gestion de la crise économique actuelle.

LE RÉSULTAT DES MESURES D'URGENCE ET LES PERSPECTIVES

PAR PATRICK ROSSI*

Les mesures dites de confinement (de restrictions des déplacements) mises en œuvre le 17 mars ont conduit les services de la chancellerie, d'une part, à constater, dans un premier temps, les difficultés rencontrées par les juridictions pour remplir leur rôle et, d'autre part, à prendre en compte les préoccupations des agents.

Il s'est d'abord agi de définir les priorités pour la mise en place des « plans de continuation d'activité » (PCA), et d'adapter ces priorités à l'évolution constante et rapide de la situation par la suite. Un léger décalage dans le temps a conduit à la diffusion d'une dépêche de la garde des sceaux, spécifique, pour préciser la situation des tribunaux de commerce.

Des échanges ont été très rapidement organisés, à distance et dans l'urgence, avec quelques acteurs institutionnels des procédures collectives, dont les juges consulaires, le CNAJMJ, le CNGTC et aussi l'AGS, qui ont permis d'identifier les points pour lesquels une adaptation des procédures du livre VI du code de commerce apparaissait nécessaire et compatible avec cette situation de paralysie.

La première ordonnance a été publiée le 27 mars. Il faut avoir à l'esprit qu'avant cette date de publication, il s'écoule un temps minimal qui comprend les validations internes (avec des services alors non présents dans les bureaux, sauf quelques exceptions, et des difficultés de communication initiales très pénalisantes), les échanges interministériels (faits à distance), la procédure devant le Conseil d'État avec une étape devant un rapporteur puis un passage en section un peu plus tard. Tout cela encore au téléphone principalement. Il faut aussi avoir à l'esprit que la loi du 23 mars, votée pendant ce travail de préparation de l'ordonnance, n'a pas fixé le terme de l'état d'urgence sanitaire ni celui, bien sûr, des mesures de police mises en œuvre. Ceci n'a pas

facilité la rédaction et la définition claire des périodes concernées.

Ajoutons à ce contexte angoissant et de très forte tension pour ceux qui pouvaient agir, des déclarations politiques au plus haut niveau de l'État que l'on ne pouvait ignorer.

Cette première ordonnance est donc essentiellement **conservatoire**. Des imprécisions rédactionnelles ont été la conséquence des difficultés de communication évoquées, entre autres. Mais je tiens à souligner que les acteurs mentionnés ci-dessus ont pu avoir connaissance des projets et réagir (certes dans de très courts délais).

D'autre part, l'objectif était aussi de donner aux juridictions des outils sécurisant les procédures. On attendait des acteurs et praticiens qu'ils utilisent ces outils de la façon la plus adaptée à la situation exceptionnelle qui était vécue. On comptait sur une mobilisation forte pour une mise en œuvre pragmatique.

L'essentiel des imprécisions a été corrigé par la seconde ordonnance du 20 mai, et, dans la mesure où elles pouvaient le faire, les deux circulaires. Je sais qu'il existe encore quelques controverses, et que la lecture faite par certains acteurs ne correspond pas strictement à celle que nous avons pu exposer dans l'une ou l'autre des circulaires précitées. Si nécessaire, il appartiendra aux juridictions de trancher.

Le travail de rédaction de la seconde ordonnance a été mené avec le même souci de consultation, un peu plus de temps, mais une plus forte « interministérialité » que pour la première.

Pour la première ordonnance, donc, les objectifs ont été :

- d'éviter un engorgement des juridictions, et aussi des études d'AJ/MJ, une asphyxie des greffes, en effectif réduit ou même fermés, et d'éviter une mise en danger des personnels, juges ou greffiers et autres agents.
- de figer la situation à une date où les effets des mesures de police sanitaire n'avaient pas encore pu produire d'effets sur la trésorerie

* Patrick Rossi est sous-directeur du Droit économique, DACS, ministère de la justice.

des entreprises ; la date du 12 mars a été retenue puisque la loi du 23 mars permettait de remonter jusqu'à cette date¹.

- de faciliter le recours à des procédures amiables, où l'on craignait moins, sans doute, des effets domino brutaux.
- de simplifier les règles de procédure avec le souci d'éviter les risques de contamination.
- de permettre une adaptation des délais, mais ceci sans aucune visibilité sur la durée des mesures de police mises en œuvre.

Je précise qu'il avait été envisagé, un moment, de créer une procédure de crise tout à fait dérogoire, plus ou moins inspirée de ce qui avait été mis en œuvre, en France, après la première guerre mondiale, avec un rôle renforcé du juge².

Pour la seconde ordonnance, les objectifs ont été évidemment différents, puisque les restrictions étaient levées ou devaient l'être, et que les juridictions pouvaient de nouveau fonctionner.

Ils ont été, s'agissant de la prévention :

- de favoriser le recours à la conciliation et la détection précoce des difficultés des entreprises, partant de l'idée que les difficultés de trésorerie propres à la crise pouvaient être ainsi plus facilement traitées en amont, sans les effets négatifs d'une procédure collective.
- de renforcer les pouvoirs de contrainte du juge, tout en conservant la confidentialité de la procédure de conciliation, et en évitant de donner un caractère collectif à la procédure.
- d'ouvrir les conditions d'éligibilité à la procédure de sauvegarde accélérée, qui apparaît comme étroitement liée à la conciliation (le préalable de la conciliation est nécessaire, les conditions de fond sont alignées sur les critères de la conciliation, et la menace de cette procédure de sauvegarde accélérée est généralement présentée comme un outil de négociation).
- d'éviter que le nouveau privilège dit de « post-money » ne prime le privilège de

« new money » et le traitement des créances salariales.

Plusieurs pistes avaient été proposées que nous n'avons pas retenues dans leur version d'origine.

Parmi celles-ci, il avait été proposé de permettre au juge de la conciliation de prononcer une suspension générale des poursuites, mais sans publicité. Les acteurs portant cette demande souhaitaient éviter que le juge ne soit destinataire d'une multitude d'assignations en demandes de délais de grâce, éviter que ces demandes ne viennent perturber les négociations en créant des tensions entre débiteur et créanciers pendant leur déroulement, permettre à ces négociations d'avancer malgré les défauts de paiement que l'absence de trésorerie des entreprises faisait craindre.

Le choix qui a été fait est celui d'une procédure sur requête, mais avec possibilité d'un référé-rétractation, avec bien sûr la faculté pour le juge d'exiger des précisions au requérant avant de statuer, et ceci même hors toute audience. Cette individualisation (qui n'est pas incompatible avec des demandes formées à l'encontre de plusieurs créanciers « récalcitrants ») doit permettre au juge de prendre en compte les fragilités potentielles du créancier. La durée de la suspension ordonnée est limitée dans le temps.

C'est la même préoccupation qui a conduit à la rédaction du second alinéa du I de l'article 5 de l'ordonnance du 20 mai.

Je pense aussi intéressant d'indiquer qu'il nous avait été proposé (par d'autres) de permettre au conciliateur de saisir le président de demandes de délais de grâce. Nous estimons que le conciliateur ne doit pas apparaître comme une partie à la procédure. Même si le conciliateur du titre I du livre VI n'est pas dans une situation de neutralité identique à celle d'un conciliateur du code de procédure civile, sa crédibilité nous semble pourtant dépendre d'un minimum de recul et d'un minimum de neutralité.

Enfin, il nous avait été demandé d'ouvrir encore plus largement les conditions de demandes de délais de grâce. La formule retenue est plus généreuse que celle introduite en 2014, déjà plus large que celle qui était prévue, mais quand même un peu restrictive, étant précisé que le refus mentionné au III de l'article 2 peut être tacite. Nous devons respecter le cadre consensuel de cette phase amiable autant que possible. Aller trop loin conduirait à un changement de nature de la conciliation.

1 - En ayant conscience de la nécessité d'ouvrir quand même des procédures en cas d'enjeux en matière sociale, notamment, et du risque que le « dégel » de la situation, si les entreprises n'avaient pas saisi l'opportunité d'aller en conciliation, pouvait être difficile et brutal, quelles que soient les aides financières en place.

2 - Mais il est apparu que la réponse à apporter avec les outils mis à disposition par le droit existant, en les adaptant, permettait de parvenir à un résultat acceptable, en combinant les différentes mesures prises par le gouvernement sans remettre en cause les équilibres acquis.

Il est trop tôt pour savoir quelle a été l'efficacité de ces dispositions dérogatoires, ni quels sont leurs défauts.

Vous savez que le gouvernement entend prolonger certaines dispositions issues des ordonnances et ceci jusqu'au 31/12/2021, sauf à ce que l'ordonnance portant transposition de la directive « restructurations préventives » ne traite les mêmes sujets.

Laura Sautonie-Laguionie : Monsieur Rossi, nous profitons de votre présence pour vous poser quelques questions sur les possibles réformes à venir.

Que pensez-vous des débats qui agitent aujourd'hui doctrine et praticiens s'agissant de l'intérêt de prolonger la durée de la conciliation ?

En dehors des situations de paralysie comme celle que nous avons connue avec l'EUS (état d'urgence sanitaire), je n'ai pas beaucoup d'informations alertant sur une durée insuffisante des procédures.

Je rappelle que, pendant la procédure de conciliation, toute ouverture d'une procédure de RJ ou LJ sur assignation ou requête du parquet est paralysée (L. 631-5). L'allongement de la durée de la conciliation aurait donc des effets « de bord » à évaluer.

Des voix ont, d'ailleurs, dénoncé l'accumulation des mesures ou procédures préventives, et nous sommes, sur ce point, vigilants. Je n'exclus pas, au demeurant, une adaptation des textes si des abus étaient identifiés.

Je relève, par ailleurs, que les 4 mois de la mission initiale du conciliateur correspondent aux 4 mois de la suspension des poursuites mentionnés dans la directive « restructuration préventive ». A ce stade des travaux, nous n'envisageons pas de soumettre le titre I du livre VI (donc la conciliation) aux contraintes d'une transposition de cette directive. Mais comme rien n'est figé, cette question de la conformité de notre titre I à la directive doit rester présente à l'esprit, surtout si devait être envisagée une « pérennisation » des délais imposés par le juge de la conciliation. Et aussi parce que la question se pose de l'existence, au regard de la directive, d'un bloc constitué par la conciliation et par la sauvegarde qui en serait la suite.

Enfin, il y a une problématique de coût, qui peut être redoutable et qui ne se limite pas à la rémunération du conciliateur.

La directive nous invite à maîtriser ces coûts. On sait aussi que les dispositions introduites en

2014 pour éviter que les coûts des conseils des créanciers ne pèsent sur le débiteur sont contournées. C'est un sujet préoccupant, d'autant qu'il est demandé par plusieurs de faciliter l'accès à la prévention en allégeant les coûts. Le risque de débordement nous a, enfin, conduit à introduire dans l'ordonnance du 20 mai une disposition renforçant l'information du parquet. Cette préoccupation transparait aussi des circulaires relatives aux ordonnances EUS.

L. Sautonie-Laguionie : Est-il possible que l'articulation entre la conciliation et la sauvegarde accélérée soit repensée ?

Il n'y a pas d'arbitrages à ce jour, mais comme je l'ai dit, l'idée serait plutôt de ne pas toucher ou trop toucher à la conciliation.

Le HCJP devrait rendre son rapport très prochainement sur le sujet des comités de créanciers, et ce rapport sera peut-être diffusé.

La tendance qui se dégage est donc de ne pas remettre en cause le principe d'un accord consensuel dans la conciliation, même si on voit que quelques dispositions ont pour but un peu de « tordre le bras » des créanciers récalcitrants.

La perspective de la sauvegarde reste un outil de négociation. Et c'est d'ailleurs parce qu'ils connaissent bien les procédures collectives que les AJ, ou MJ, sont généralement choisis comme conciliateurs. Quand ils évoquent la menace d'une procédure collective, ils sont crédibles.

La mise en place de classes de créanciers au niveau de la conciliation n'apparaît pas souhaitable, de toute façon, parce qu'il semble que la directive fait un lien entre suspension des poursuites et classes de créanciers et parce qu'il semble impossible de conserver le principe de la confidentialité avec la mise en œuvre de ces classes.

Si l'on a à l'esprit les délais courts imposés par la directive pour la suspension des poursuites individuelles et la possibilité de moduler les effets de la procédure collective (avec la notion de partie affectée), l'intérêt d'une remise en cause des équilibres existant n'est, pour aller dans un autre sens, aucunement démontré.

La détermination de la composition des classes de créanciers est, de surcroît, un point à la fois déterminant et complexe. Si le législateur entend laisser une certaine liberté pour la définition in concreto de ces classes, cela imposera alors d'organiser des voies de recours. Cette organisation apparaît spontanément plus aisée dans le cadre d'une procédure marquée par une présence visible de la juridiction que dans une

procédure dominée par la recherche d'un accord comme l'est à ce jour la conciliation.

Ceci dit, des points devront aussi être arbitrés : conservera-t-on au moins une sauvegarde accélérée ? Comment va-t-on traiter les entreprises dont la taille est peu compatible avec la mise en place de classes de créanciers ?

L. Sautonie-Laguionie : Le contexte actuel ne doit-il pas inciter à la prise de mesures pour faciliter l'accès des TPE à la prévention ?

La commission sur la justice économique qui a été mise en place très récemment par le garde des sceaux va devoir proposer des solutions adaptées à ces TPE et à leur accès à la conciliation. Cela concernera aussi le secteur agricole, où existent déjà des solutions de soutien financier.

L. Sautonie-Laguionie : Doit-on faire une place à l'AGS dès le stade des mesures de prévention ?

Le sujet de l'AGS au stade de la prévention est ancien, et il avait déjà été évoqué lors des réunions tenues pour la préparation de la réforme de 2014.

On peut concevoir que l'AGS ait intérêt à soutenir une solution amiable économe en licenciements. Mais cela ne se conçoit guère sans contreparties en termes de garanties. Il y aurait donc une articulation à faire entre la réforme des sûretés et le traitement de cet aspect.

Les organismes patronaux ne sont pas en demande d'une évolution dans ce sens selon mes informations. Et, par ailleurs, il ne me semble pas que l'habilitation résultant de l'article 196 de la loi Pacte nous permette de la mettre en place.

La période n'est, enfin, guère propice à une prise de risques de l'AGS, qui ne s'est pas positionnée en faveur de cette évolution dernièrement.

La question reste donc ouverte.

L. Sautonie-Laguionie : Enfin, M. Rossi, pouvez-vous nous donner l'agenda des réformes à venir, et spécialement de la transposition de la directive du 20 juin 2019 ?

Nous visons à respecter le calendrier de transposition, soit juillet 2021, ce qui donne un rétroplanning conduisant à une rédaction d'un avant-projet dans les semaines qui viennent pour une consultation sur un texte « rimé » en fin d'année, début d'année 2021, en vue d'une saisine du CE à la fin du premier trimestre 2021, ou juste après.

POUR UNE PRÉVENTION PLUS ATTRACTIVE ET PLUS EFFICACE

PAR ANTOINE DIESBECQ, DAVID ROBINE ET JULIEN THÉRON*

Julien THÉRON :

Les organisateurs de ce beau colloque nous interrogent : Quels sont les « freins à lever » en matière de prévention ? La question est ambitieuse, et je ne vous cache pas qu'un sentiment d'humilité m'habite depuis qu'elle nous a été posée. La prévention « à la française » fonctionne bien. Elle fonctionne même très bien. Au point que nos voisins nous l'envient¹. Comment dès lors envisager ce qui ne va pas ? N'y aurait-il pas une part de caprice à vouloir amender ce qui est déjà très efficace ?

Il est vrai que le contexte est propice à la réflexion. Tout d'abord, la transposition de la directive du 20 juin 2019 (2019/1023) relative aux cadres de restructuration préventive impose cette réflexion. Si l'on souhaitait faire de la conciliation un cadre de restructuration préventive, ne faudrait-il pas amender le régime actuel ? À ce titre, la question d'une suspension généralisée peut se poser. On sait cependant que le caractère public d'une telle mesure pourrait constituer un frein en ce qu'il rompt la confidentialité. D'aucuns affirmeront cependant que le caractère public de la conciliation pourrait être un atout dans un contexte communautaire, puisque l'absence de caractère public de la conciliation actuelle interdit de l'inscrire en annexe A du règlement du 20 mai 2015². Ainsi, aujourd'hui, quand bien même une conciliation serait ouverte sur le sol français, rien ne s'oppose à ce qu'une procédure principale d'insolvabilité soit ouverte dans un autre État de l'Union.

* Antoine Diesbecq est avocat au Barreau de Paris, David Robine est Professeur à l'Université Paris Nanterre, Julien Théron est Professeur à l'Université de Toulouse.

1 - T. Andrieu, « La future transposition de la directive européenne sur l'insolvabilité », *Rev. Proc. Coll.* mai 2019, dossier 123.

2 - L. Sautonie-Laguionie, « Pour une dualité de la procédure de conciliation », *Mélanges J.L. Vallens*, p. 231 et s.

Ensuite, le contexte de réforme du droit des sûretés incite à réfléchir aux instruments que l'on pourrait mettre en œuvre pour attirer les investisseurs ou rassurer les créanciers présents, en les incitant à accorder confiance à leur partenaire en difficulté.

Enfin, la pandémie COVID-19 a conduit le gouvernement à créer un certain nombre d'outils destinés à neutraliser les effets néfastes du confinement³ (ord. du 27 mars 2020 et ord. du 20 mai 2020). Parmi ceux-ci on trouve : prolongation de la durée de conciliation, faculté de recourir à une nouvelle conciliation moins de trois mois après échec d'une précédente procédure, nouvelle mesure de suspension des poursuites en conciliation, faculté d'user de 1343-5 avant toute mise en demeure ou poursuite.

La prise en considération de tous ces éléments, à laquelle s'ajoute la créativité juridique de David Robine et Antoine Diesbecq, suffisaient alors après de fructueux échanges à vous présenter aujourd'hui quelques pistes.

En synthèse, puisque les mesures préventives sont efficaces, il importe de se demander pourquoi il n'y est pas fait plus souvent recours. On sait depuis longue date que plus les difficultés sont traitées en amont plus les mesures ordonnées sont efficaces. Aussi, il faut inciter tous les entrepreneurs à y avoir recours. C'est à ce titre qu'il importera dans un premier temps de nous demander quelles sont les mesures qui pourraient rendre les procédures de prévention plus attractives (I). Puis, une fois la procédure de prévention ouverte, il importera de s'interroger sur ce qui permettrait de mener la procédure « à pleine vitesse » et donc de la rendre plus efficace (II).

3 - Notamment l'ordonnance du 27 mars 2020, n° 2020-341 et l'ordonnance du 20 mai 2020 n° 2020-596.

I. Une prévention plus attractive.

Julien Théron :

Dans un premier temps interrogeons-nous sur les « freins » à l'accès aux mesures préventives. Nous en avons identifié un certain nombre.

Prévention administrative. D'abord, si l'on se penche sur les mesures administratives de prévention⁴. On se rend compte qu'elle est peu accessible. Celle-ci demeure largement occulte. Les CODEFI fonctionnent-ils vraiment ? Le rouage important n'est-il pas la CCSF ? L'institution des CRP a amélioré la coordination des actions, mais il est probable que le système est perfectible, peut-être par la mise en place d'un "guichet unique" auprès duquel l'entrepreneur en difficulté ou la PME trouverait un "informateur" sur les aides possibles, les audits, leur coût, etc...

Le coût des procédures amiables : Les procédures préventives semblent souvent très coûteuses aux chefs d'entreprise et de ce fait, ils sont dissuadés d'y recourir. Il y a ici des mesures « de luxe » pour des entreprises ayant les moyens d'y recourir. Actuellement les honoraires des mandataires ad hoc et des conciliateurs sont libres et s'ajoutent à des frais d'IBR souvent élevés. Pour rendre accessibles ces mesures au plus grand nombre, ne pourrait-on pas envisager un tarif⁵, comme pour les procédures judiciaires, avec un montant plus faible pour les PME ou une sorte d'aide judiciaire qui permettrait aussi l'implantation de jeunes professionnels.

Antoine DIESBECQ :

Il faut également ajouter qu'il n'y a pas de conciliation possible sans une information financière et comptable fiable dont les PME PMI manquent parfois cruellement. La création d'un fond ou d'une assurance « santé entreprises » pour assurer le financement d'un audit sommaire et dont la mise en œuvre serait du ressort du président du tribunal contribuerait certainement au développement de la conciliation.

En outre, en dépit de la confidentialité qui y est attachée, l'ouverture d'une procédure de conciliation est une information qui circule au sein des groupes bancaires, entre les banques

commerciales et leurs cousines finançant le crédit-bail ou l'affacturage, mais aussi entre les banques et la Banque de France, engendrant un risque de dégradation de la cote de crédit du débiteur.

II. Une prévention plus efficace.

Julien Théron :

Dans un second temps, une fois la procédure de prévention ouverte, il importe de se demander quels sont les « freins » à lever pour la rendre plus efficace. Plusieurs éléments sont apparus à cet endroit.

D'abord, Antoine Diesbecq propose de « neutraliser » l'endettement, notamment celui lié au COVID garanti par un PGE (A). Ensuite David Robine a mis en exergue le fait que les entreprises en difficulté allaient, plus encore sous l'effet des conséquences de la crise sanitaire, rencontrer des difficultés de financement qui peuvent être un frein au succès des mesures de prévention des défaillances. Il conviendra dès lors d'envisager des pistes pour les lever (B). On peut également se demander s'il convient de pérenniser l'allongement de la durée de la conciliation qui a été instaurée dans le cadre des mesures destinées à faire face aux conséquences de la crise sanitaire (C). Enfin, la question se pose de savoir s'il serait opportun d'imposer aux créanciers en conciliation une mesure de suspension des poursuites (D).

A. Neutraliser les effets de l'endettement

Antoine Diesbecq :

a. Les effets pervers de la cotation de la Banque de France.

La procédure de conciliation, contrairement au mandat ad hoc, peut être ouverte alors que le débiteur est en état de cessation des paiements, dès lors que cette situation n'est pas avérée depuis plus de 45 jours.

Les dispositions dérogatoires liées à l'état d'urgence sanitaire ont figé pour les procédures ouvertes jusqu'au 23 août, la date de cessation des paiements au 12 mars 2020, permettant ainsi au juge de désigner un conciliateur alors même que la trésorerie est très obérée et que le débiteur peut se trouver dans une situation de défaut avéré à l'égard de ses créanciers depuis janvier 2020 pour les cas les plus extrêmes.

Toutes les sommes venant à échéance entre ces deux dates ne seront pas, sauf exception, prises en compte pour caractériser la cessation des paiements ! À première vue, la mesure qui

4 - C. Saint-Alary-Houin, réponse à questionnaire DACS relatif à transposition de la directive du 20 juin 2019.

5 - C. Saint-Alary-Houin, réponse à questionnaire DACS relatif à transposition de la directive du 20 juin 2019.

assouplit les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation est conçue sinon comme un accélérateur, à tout le moins comme étant de nature à en favoriser le nombre.

Toutefois, elle conduit également à renforcer l'association malheureuse entre conciliation et défaut de paiement en favorisant aussi la désignation plus tardive d'un conciliateur, alors que se sont accumulées les dettes exigibles. Les créanciers, et plus particulièrement les créanciers bancaires, au constat du défaut de paiement d'une échéance, même alors qu'une conciliation serait ouverte, ne pourront que signaler la défaillance de l'entreprise débitrice à la Banque de France qui est en charge de sa cotation. L'accord ultérieur pour geler l'exigibilité ne fera pas l'objet d'une information contraire et le mal sera fait. Le moratoire de six mois accordé en mars sur les échéances bancaires a néanmoins et heureusement limité le nombre de défauts.

En effet, la Banque de France exerce la mission de procéder à la cotation des entreprises, permettant notamment aux banques :

- de sélectionner les créances qu'elles peuvent apporter en garantie des refinancements qu'elles demandent à l'Eurosystème ;
- de calculer leur besoin de fonds propres en fonction des règles de solvabilité adoptées par l'Eurosystème ;
- d'engager un dialogue avec une entreprise en quête de crédit sur la base (i) d'une référence commune aux deux parties (ii) et conforme à des standards internationaux et admise comme objective et indépendante.

Cette cotation s'appuie sur des éléments fournis par l'entreprise (activité, capital, chiffre d'affaires, montant des crédits, etc.).

Elle s'appuie également sur les informations transmises directement par les prêteurs et notamment les incidents de paiement et les informations judiciaires.

La « cotation de l'activité » de A à N traduit le chiffre d'affaires réalisé annuellement : A étant supérieur à 750 millions d'euros, N étant inférieur à 100.000 €.

La « cote de crédit » quant à elle, traduit la capacité de l'entreprise à honorer ses engagements financiers à un horizon de 3 ans et se décline de 3++ (excellente) à 9 (compromise), voire P (procédure collective).

Les PGE (Prêts Garantis par l'État) ont été réservés aux entreprises dont la cote de crédit est supérieure ou égale à 5+, soit une capacité à honorer ses engagements financiers à un hori-

zon de 3 ans « assez faible » jusqu'à « excellente ».

L'on comprend dès lors que cette cote de crédit, si elle est dégradée, est de nature à, d'une part priver durablement une entreprise de tout accès à un financement bancaire direct, et d'autre part influencer très négativement les assureurs crédit qui constituent l'un des piliers du crédit interentreprises et ruiner le crédit fournisseur par voie de conséquence.

La désignation d'un conciliateur est une information confidentielle, dont on doit admettre qu'elle ne devrait pas être communiquée à la Banque de France, directement ou indirectement par les créanciers bancaires, *a fortiori* comme constitutive d'un cas de défaut.

En effet, si à l'ouverture de la conciliation il n'est constaté :

- Aucune créance exigible à l'égard des parties à la conciliation ;
- Aucun cas de défaut dans la documentation bancaire permettant à l'un ou l'autre des créanciers de prétendre à un remboursement anticipé,

la désignation d'un conciliateur ne devrait avoir aucun impact sur la cote de crédit des entreprises qui en bénéficient.

La pratique est cependant sensiblement différente. Il n'est pas rare en effet que les procédures de contrôle interne des banques les conduisent à enregistrer l'ouverture d'une conciliation comme une variété de cas de défaut.

Cette information est alors transmise à la Banque de France qui ne peut que la prendre en considération et la traduire par une dégradation de la cote de crédit qui sera interprétée comme une altération de la capacité de remboursement du débiteur.

La dégradation de la cote de crédit génère, à court terme, la suppression de la couverture des assureurs crédit et la destruction du crédit interentreprises, outre la fermeture d'accès à toute forme de crédit, crédit-bail inclus.

Par ailleurs, il existe une pratique d'évaluation interne propre à chaque établissement bancaire qui intègre d'autres critères et notamment la désignation d'un conciliateur. Une telle désignation entraîne souvent le signalement au sein du réseau (affacturage et crédit-bail), d'un risque accru pesant sur l'entreprise qui réduira très significativement les moyens de financer son activité.

On voit ici plus qu'un frein à l'ouverture d'une conciliation, mais un danger réel et par-

fois mortel minant la trésorerie du débiteur et risquant de compromettre toute solution et même tout espoir d'une solution amiable.

Ces informations directes fournies par les prêteurs et les entreprises sont complétées par une enquête annuelle. En raison du contexte économique fortement affecté par la crise liée à la pandémie, la Banque de France a décalé sa période d'enquête et d'analyse des comptes de l'exercice clos au 31 décembre 2019 du premier au deuxième semestre 2020.

Les soutiens financiers obtenus pour faire face à la crise d'une exceptionnelle gravité à laquelle les entreprises ont été confrontées devront être pris en compte pour affiner le diagnostic et adapter au mieux l'analyse de la situation réelle de l'entreprise.

L'on peut craindre que l'augmentation de l'endettement d'une grande partie des 270.000 entreprises sous examen de la Banque de France, entraîne la dégradation de la cote de crédit d'un grand nombre d'entre elles.

b. Neutraliser l'endettement lié au COVID

Antoine Diesbecq :

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

- Des mesures d'économies telles que le chômage partiel, ou l'exonération de charges ;
- Des mesures de soutien non génératrices d'économie, mais soulageant leur trésorerie :
 - Report des loyers, report d'exigibilité des charges fiscales et sociales ;
 - Prêts Garantis par l'État à hauteur de 120 Milliards d'euros début août 2020, pour 570.000 entreprises.
 - Autres prêts, Atout, prêt tourisme et les différents prêts accordés en application des mesures sectorielles.
 - Moratoire de six mois accordé par les banques à près de 1.700.000 entreprises pour un montant de l'ordre de 20 Millions d'euros.

Ajoutons que parallèlement :

- L'effet de sidération découlant de l'arrêt de l'activité dans la période d'urgence sanitaire ;
- L'augmentation des délais pour prendre un certain nombre de mesures et notamment la sanctuarisation de la date de cessation des

paiements au 12 mars 2020 jusqu'au 23 août 2020,

ont conduit nombre d'entreprises à poursuivre une activité déficitaire et à générer des pertes non financées comme en témoigne le ralentissement spectaculaire des ouvertures de procédures collectives.

Il en résulte la création d'un endettement que je qualifie d' « excédentaire » au regard de la capacité de remboursement de l'entreprise, appréciée au regard des critères en vigueur antérieurement au 12 mars 2020 (cf. cote de crédit), elle-même parfois déjà parvenue à saturation.

L'enjeu des restructurations en cours et à venir porte donc sur tout ou partie des dettes nées antérieurement au 12 mars 2020 augmentées de l'endettement qualifié « excédentaire ».

Les procédures de conciliation ont pour vertu d'organiser un échange entre créanciers et débiteurs, sous l'égide d'un tiers de confiance, dans un cadre procédural tangible, quoique le contrôle du juge soit particulièrement léger.

La qualité de cet échange et son efficacité reposent sur :

- Le partage d'une information comptable et financière complète, jugée fiable par l'ensemble des parties ;
- La capacité de l'entreprise à faire face à la charge de sa dette après restructuration (allongement de délais, remises, apports de fonds nouveaux notamment).

Les procédures de conciliation engagées postérieurement au 12 mars 2020, ont confronté les parties à la transformation de leurs hypothèses de travail et à la remise en cause de l'analyse économique et financière de la situation du débiteur.

Les parties doivent relever un double défi :

- Prendre en considération un passif incluant une dette excédentaire ;
- Faire de nouvelles prévisions sur un avenir encore très incertain.

L'allongement automatique de la durée de la conciliation jusqu'à 10 mois et la possibilité d'ouvrir une nouvelle conciliation sans respecter le délai de carence de 3 mois ont permis d'intégrer dans les discussions la dette « excédentaire » d'une part et d'autre part, de retarder le moment de procéder à l'appréciation de la capacité future de l'entreprise à faire face à l'ensemble de son passif dans l'espoir de disposer d'informations fiables sur les perspectives

économiques dont cette capacité future est plus ou moins tributaire.

S'agissant du passif, l'État, au travers des déclarations des ministres, a clairement précisé qu'il n'est pas question d'envisager un abandon pur et simple des créances, mais Bercy planche sur un dispositif permettant de renforcer les fonds propres des entreprises par « *des instruments de quasi-fonds propres, soit sous forme d'obligations convertibles, soit sous forme de droits participatifs* » (Les Echos. Vendredi 18 juillet 2020 « *Bercy au secours de la trésorerie des TPE-PME* » Alain Ruello). La mise à jour de l'arrêté du 23 mars et le plan de relance annoncé début septembre par le gouvernement confirment cette orientation.

Il est facile d'identifier les dettes nées de prêts et de reports d'échéance consentis aux entreprises en application des mesures d'exception adoptées après le 12 mars 2020, et il faudra y ajouter les pertes d'exploitation nées de l'activité postérieurement à cette date, ou plus généralement, les pertes nées ou à naître au cours de l'exercice 2020.

Traiter ces passifs accumulés à l'occasion d'une conciliation est un enjeu de taille. Si l'on s'en tient à l'augmentation du passif du bilan telle qu'elle sera constatée au 31 décembre 2020 rapportée au passif constaté dans les comptes clos au 31/12/2019, la dette excédentaire va en outre peser sur les ratios dont le non-respect constitue autant de cas de défaut stipulés dans les conventions de crédits structurés (ie : ratio dette / fonds propres).

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

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

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

Au 30 juin 2020, la dette brute des entreprises françaises avait atteint un niveau record de 1.846,2 milliards d'euros. 63 % de cette dette correspond à des crédits bancaires, répartis en deux tiers pour les investissements, et un tiers pour la trésorerie.

L'endettement bancaire a augmenté de 100 milliards d'euros sur la seule période du 1^{er} mars au 12 juin 2020, auquel s'ajoutent 13,8 milliards d'euros de report de charges fiscales et 15,8 milliards d'euros de report de charges sociales.

96 % des PGE ont été accordés à des entreprises de moins de 250 salariés, dont 55 % à des entreprises de moins de 20 salariés. L'on sait que plus de 60 % des bénéficiaires des PGE n'ont pas utilisé les sommes empruntées et les conservent comme épargne de précaution.

Parallèlement, les prévisions d'activité de la Commission européenne font apparaître que la croissance attendue pour l'exercice 2021 n'effacera pas, tant s'en faut, la contraction de l'activité économique constatée en 2020, en dépit du plan de relance européen de 700 milliards d'euros.

Ces défauts d'une partie des entreprises auront des conséquences calamiteuses pour l'emploi en particulier, mais aussi sur le dynamisme de l'économie.

Ils entraîneront également, par effet domino, une dégradation du bilan des banques. Anticipant l'augmentation du nombre de défaillances d'entreprises, la Commission européenne travaille d'ailleurs sur des mesures temporaires d'assouplissement des règles de solvabilité des banques dont les créances seront en défaut.

N'est-il pas déraisonnablement optimiste de considérer que les moyens existants permettront de faire face à ces enjeux, quelles que soient les qualités des procédures de prévention dont l'efficacité n'est plus à démontrer ?

Sous réserve des contraintes que les règles communautaires pourraient imposer, il sera certainement nécessaire d'envisager un traitement spécifique de cette dette excédentaire au-delà des mesures de renforcement des fonds propres précitées en organisant en conciliation, la possibilité de :

- Neutraliser provisoirement les PGE pour le calcul des ratios au 31 décembre 2019, voire l'augmentation de la dette au cours de l'exercice 2020, en assortissant cette faculté temporaire de contraintes fortes, telle la constatation de résultats bénéficiaires au cours des deux exercices précédents pour

éviter de protéger les entreprises zombies qui faussent la concurrence,

- Convertir sous une forme à déterminer et à des conditions restrictives, les PGE et autres emprunts apparentés en quasi-fonds propres, via des fonds participatifs,
- Écarter du bénéfice du privilège de *new money* les PGE et autres prêts spécifiques pour favoriser les soutiens financiers privés.

David ROBINE :

Je suis en accord avec le constat dressé par Antoine Diesbecq : la question du respect des ratios au regard de l'endettement inhérent aux PGE est un sujet. Pour autant, je pense, pour plusieurs raisons, que la neutralisation des PGE pour le calcul de ces ratios ne serait pas une bonne solution.

D'abord, je suis très attaché au respect de la volonté des parties. Les *covenants* ont été définis et voulus par elles et le contrat de financement doit être respecté.

Ensuite, il me semble que la neutralisation du PGE pour le calcul des ratios serait une fuite en avant. Cette neutralisation ne serait pas en effet synonyme de disparition de la dette. En conséquence, sans être excessivement pessimiste, on peut craindre que le prêteur trouve face à lui, après la période de neutralisation, un débiteur dans la même situation ou, plus certainement, avec des difficultés plus sérieuses. Or, on ne peut, à mon sens, imposer à ce prêteur une aggravation de son risque qu'il n'a jamais acceptée. Tout au contraire, il a fait de son éviction une condition de son engagement puisque les *covenants* ont *in fine* pour objectif de permettre une réaction alors que des difficultés sont identifiées. Il faut de plus garder à l'esprit que les prêteurs ne sont pas tous français. On peut, par conséquent, s'interroger sur les financements qui seraient concernés. Par ailleurs, de façon prospective, il faut craindre l'effet répulsif sur les acteurs étrangers qu'aurait cette particularité française que serait la « neutralisation » des PGE pour le calcul des ratios.

Enfin et surtout, cette question du non-respect des ratios n'est qu'une partie du sujet. Le problème est plus global et ne concerne pas que les entreprises liées par un contrat de financement. Antoine Diesbecq l'a souligné, nombre d'entreprises font face à un endettement excessif et la situation s'est aggravée avec la crise sanitaire. Les mesures exceptionnelles adoptées n'ont souvent conduit qu'à financer le maintien à flot des entreprises afin de leur permettre de redémarrer leur activité à la levée du confinement... mais lestées d'un endettement supplé-

mentaire. Certes, Antoine Diesbecq l'a relevé, certaines ont conservé une poire pour la soif et ont constitué une épargne de sécurité grâce au PGE. Il demeure que, si rien n'est fait, le poids de la dette risque de mener nombre d'entreprises à la défaillance voire à la liquidation judiciaire pour plusieurs raisons. Relevons avant tout que, dans nombre de cas, ce nouvel endettement qui a permis de maintenir l'entreprise à flot n'a pas, contrairement à un investissement, généré de valeur. Autrement dit, ces entreprises sont plus endettées sans avoir pour autant plus de ressources. Par ailleurs, il pourra être difficile dans les mois qui viennent de trouver un nouveau financement par la dette. La situation financière des entreprises fortement endettées constitue un repoussoir même pour ceux des prêteurs animés par la meilleure des volontés. Ces difficultés pour obtenir un financement par de la dette seront d'autant plus fortes que les établissements de crédit ont déjà accordé beaucoup de prêts, notamment au travers des PGE et ils vont faire face à des défaillances au cours des mois qui viennent.

Or, comme dans bien d'autres domaines, l'argent est le nerf de la guerre. Sans financement il sera difficile de sauver l'entreprise en difficulté. Il faut à la fois payer les dettes et réinvestir. Autrement dit, pour répondre à la question qui nous est posée : l'un des freins à l'efficacité de la prévention peut tenir à un aspect au départ non juridique : la difficulté pour les entreprises à faire face à leur endettement et à obtenir de nouveaux financements. Faut-il en conclure que le droit n'a pas de rôle à jouer ? La réponse est négative : il peut être source de solutions pour faire face aux difficultés nouvelles générées par la crise sanitaire.

B. Des solutions aux difficultés de financement

David Robine :

L'une des solutions à l'endettement excessif des entreprises peut, comme l'a souligné Antoine Diesbecq, résider dans une conversion des PGE en quasi-fonds propres. On peine cependant à identifier les moyens de la mettre en œuvre. Je doute également que l'État décide de reprendre la dette à sa charge. Que faire alors pour résoudre ce problème de financement des entreprises ? Une autre solution pourrait consister à tenter de favoriser, dans le cadre d'une conciliation, l'obtention de nouveaux financements mais aussi la restructuration des financements déjà accordés. Afin d'obtenir de nouveaux financements, on peut d'abord tenter

d'actionner un premier levier en favorisant l'investissement en capital.

1. L'obtention de nouveaux financements : faut-il octroyer un privilège aux apporteurs de capitaux ?

David Robine :

Si l'entreprise ne peut se tourner vers un financement par la dette ou si le financement par la dette suppose une amélioration préalable de sa situation, il faut trouver d'autres sources de financement. On songe alors immédiatement à un financement par un apport en capital. Cependant, lorsqu'une société est en difficulté, il est difficile de trouver des apporteurs de capitaux parmi ses associés ou parmi des personnes extérieures. Il faudrait donc susciter des vocations en rassurant ces investisseurs potentiels. Il pourrait dès lors être envisagé de prendre modèle sur ce qui a déjà été institué pour le financement par la dette et de faire bénéficier les apporteurs de capitaux dans le cadre de la conciliation d'un privilège qui aurait vocation à jouer dans l'hypothèse d'une mise en liquidation judiciaire de la société débitrice⁶.

Il existe un avantage direct et évident à favoriser un financement de l'entreprise par une augmentation de capital : elle va obtenir, au moins en partie, le financement dont elle a besoin. Il faut en effet être réaliste : on l'a dit, pour nombre d'entreprises, un financement par la dette ou uniquement par la dette ne sera, dans les mois qui viennent, pas envisageable. Mais il faut voir plus loin.

Cet apport en capital peut être de nature à permettre un financement complémentaire par la dette qui serait de nouveau possible au regard de la diminution du risque pour le prêteur. On peut également imaginer que la perspective de bénéficier d'un privilège puisse être un moyen d'inciter certains créanciers à accepter une conversion de leur créance en capital. Cette incitation à l'apport en capital pourrait en outre favoriser une reprise interne plutôt qu'une cession dans le cadre d'une procédure collective et permettre ainsi de respecter davantage les droits des créanciers. Enfin à l'égard des associés en

place qui réinvestiraient, on pourrait voir dans la protection des nouveaux apports par un privilège un contrepoint à leur soumission au mécanisme des classes de créanciers. Pour le dire autrement, ces associés, qui devraient pouvoir se voir imposer, suite à la transposition de la directive du 20 juin 2019, plus de contraintes dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective, auraient l'opportunité de réagir avant et de réinvestir dans le cadre d'une conciliation afin de garder la main.

Julien Théron :

Pour ma part, je suis de prime abord circonspect pour deux raisons :

- d'abord, parce que sur un plan juridique il est de l'ADN de l'associé que de prendre un risque. On pourrait d'ailleurs se demander dans quelle mesure il n'y aurait pas un caractère léonin à assurer à l'apporteur de capitaux qu'il peut, grâce à ce privilège, échapper au risque. En outre, il m'est difficile de concevoir qu'un apporteur de capitaux puisse être désintéressé avant les créanciers de bas de bilan.
- ensuite, parce qu'il s'agit en cette période de convaincre les créanciers de prêter leur concours, de faire confiance. Si les associés eux-mêmes demandent à être garantis du risque de perte, cela est peu engageant pour les tiers...

Antoine Diesbecq :

L'émission par le débiteur d'ORA convertibles à la seule initiative du souscripteur pourrait concilier les points de vue,

- Tant qu'il reste créancier, le souscripteur bénéficie du privilège de l'article L. 611-11, qu'il soit ou non actionnaire par ailleurs. En cas de défaut il pourra opter pour la conversion si celle-ci lui permet une prise de contrôle et qu'il entend prendre en main le redressement,
- Si le débiteur peut le rembourser à l'échéance, l'équilibre capitalistique est maintenu dans son état initial.

J'ai bien conscience que cela crée un différé, mais cela a le mérite de moins pénaliser les créanciers qui traiteront avec l'entreprise après homologation de l'accord et qui seraient primés mais à qui l'hypothèse d'une conversion donnerait une chance d'être réglés. En effet d'une part le privilège ne jouerait pas contre eux, les obligations étant remboursées en actions, et d'autre part une poursuite d'activité serait engagée par une nouvelle équipe.

6 - V. en faveur d'un tel privilège : C. Domenget-Morin et M. Gicquel, « Loi Pacte : la France, acteur d'un droit européen de l'insolvabilité, harmonisé et compétitif pour les restructurations internationales », *Magazine des affaires*, n° spécial Restructuring, déc. 2018, p. 30 ; D. Robine, « L'associé de la société en difficulté : à la recherche du point d'équilibre », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret* (à paraître).

David Robine :

Les objections qui viennent d'être formulées sont tout à fait justes. Tentons néanmoins de maintenir la proposition tout en les prenant en compte.

Avant tout, le bénéfice d'un privilège semble effectivement, pour plusieurs raisons, antinomique avec la qualité d'associé. L'associé est considéré comme un créancier nécessairement ultra subordonné. L'idée serait qu'il est en mesure de tirer les bénéficiaires les plus importants du succès de l'entreprise au moyen non seulement des dividendes mais aussi de l'appréciation de ses droits sociaux et que la contrepartie en serait un risque également plus important. *In fine*, accorder un privilège à l'associé constituerait une atteinte au principe selon lequel il doit supporter les pertes. On pourrait également se dire que le capital social susceptible d'être remboursé par priorité à la dette de certains créanciers ne joue plus son rôle. Ces réserves sont, on l'a dit, justifiées. Néanmoins plusieurs éléments doivent être pris en compte afin de pouvoir éventuellement les dépasser.

D'abord, dans le cadre de la réforme à venir du droit des entreprises en difficulté, les qualités d'associé et de créancier devraient se rapprocher au regard de l'éventuelle soumission des associés au mécanisme des classes de créanciers.

Ensuite, dès lors qu'il s'agirait uniquement d'accorder un classement préférentiel dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, la situation de l'associé qui investirait resterait nettement différente de celle d'un créancier-prêteur. Il n'aurait pas, en principe, de droit à un remboursement à échéance. Il prendrait le risque de ne percevoir aucun dividende... De plus, prévoir une amélioration du classement n'est pas synonyme de garantie absolue. Tout dépend, on y reviendra, du rang attribué.

On pourrait alors objecter, pour finir, que les associés déjà présents ont, en cette qualité, intérêt à sauver l'entreprise et qu'ils disposent d'un moyen de sécuriser leur participation au financement. Il suffit qu'ils ne fassent pas un apport mais une avance en compte-courant. Le privilège entraînerait alors une complexité inutile voire un effet d'aubaine. C'est pourquoi la cible pourrait être les potentiels nouveaux associés. Dans une certaine mesure, on pourrait néanmoins également songer à faire bénéficier du privilège les minoritaires qui investiraient davantage.

Il resterait alors à réaliser la mise en œuvre pratique du privilège. D'abord, il pourrait être

prévu une limitation dans le temps de la protection par le privilège. Ensuite, il faudrait déterminer le rang du privilège accordé aux associés dans l'ordre des paiements. Il est évident qu'il serait d'un rang supérieur à celui des autres associés pour les apports déjà réalisés et inférieur à celui des prêteurs qui bénéficient du privilège de conciliation. Entre ces deux limites, il faudrait trouver le juste rang qui serait suffisamment incitatif tout en ne remettant pas en cause les équilibres.

2. Le sort des sûretés consenties dans le cadre d'un accord résolu

David Robine :

Afin de favoriser le financement ou la restructuration de l'endettement des entreprises dans le cadre d'une conciliation, un autre levier peut être actionné. Il s'agirait de lever un frein tenant à une jurisprudence de la Cour de cassation et plus précisément de revenir sur la solution retenue par un arrêt rendu par sa chambre commerciale le 25 septembre 2019⁷. Cet arrêt a statué sur les conséquences de la « caducité »⁸, en application de l'article L. 611-12 du code de commerce, d'un accord de conciliation en cas d'ouverture d'une procédure collective. La haute juridiction y affirme que, dans l'hypothèse d'une telle caducité, le créancier « ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord ». Cet arrêt a légitimement inquiété les prêteurs et, par contre-coup, les spécialistes de la prévention⁹. Si un créancier a demandé des sûretés dans le cadre de l'accord de conciliation, c'est notamment pour être protégé en cas d'échec de cet accord et d'ouverture d'une procédure collective. Or, si cet échec doit entraîner la disparition des sûretés, elles n'ont aucune utilité. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, s'agissant du privilège de conciliation, l'article L. 611-12 précise que la remise en cause de l'accord opère « sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 611-11 ».

7 - Cass. com., 25 sept. 2019, pourvoi n° 18-15.655 : *D.* 2019. 2100, note R. Dammann et A. Alle ; *Rev. sociétés* 2019. 779, note L.-C. Henry ; *DP diff. entr.*, Bull. n° 417/418, sept.-oct. 2019, obs. J.-P. Rémerly ; *BJE* 2019, n° 6, p. 1, note F. Pérochon. *Adde* H. Bourbouloux, Ch. Fort, Th. Fornacciari, « Il faut sauver les sûretés en conciliation ! », *BJE* 2020, n° 1, p. 12.

8 - Il s'agit de la qualification retenue par l'arrêt.

9 - V. not. H. Bourbouloux, Ch. Fort, Th. Fornacciari, article précité.

En réalité, les inquiétudes pourraient, pour une part du moins, être levées en fonction de l'interprétation de l'arrêt du 25 septembre 2019. La Cour de cassation a pu simplement vouloir dire que seules les sûretés consenties en contrepartie de délais de paiement et d'abandons de créance sont concernées. Si tel est le cas, la solution est *a priori* juridiquement justifiée puisque ces délais et abandons sont remis en cause du fait de la « caducité » de l'accord. En revanche, il n'y aurait pas de raison que les sûretés consenties en contrepartie d'engagements nouveaux disparaissent. Dans ce cas, elles devraient être soumises au même régime que le privilège de conciliation et ce, même si elles sont conventionnelles et consenties dans le cadre de l'accord.

Des éléments de l'arrêt du 25 septembre 2019 laissent penser que la solution retenue tient à ce que les sûretés avaient été consenties en contrepartie d'abandons de créance. Autrement dit, les sûretés qui garantiraient des financements nouveaux ne seraient pas remises en cause en cas de caducité de l'accord sur le fondement de l'article L. 611-12 du code de commerce. Cependant, la généralité de la lettre de l'arrêt rend cette analyse incertaine et elle est source d'inquiétudes de nature à entraver le financement du sauvetage des entreprises en conciliation : « sûretés traquées, crédit détraqué »¹⁰ ! Il faudrait dès lors, *a minima*, que le législateur mette fin à l'ambiguïté dans le cadre de la réforme à venir et affirme que, à l'instar du privilège de conciliation, les sûretés garantissant les nouveaux financements consentis dans l'accord subsistent malgré sa remise en cause en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Cependant, on peut se demander s'il ne conviendrait pas d'aller plus loin. En effet, le créancier qui a accordé des délais de paiement dans l'accord a vu son risque de non-paiement augmenter. En réalité, la « caducité » de l'accord ne lui permet pas de retrouver sa situation initiale. Le temps a passé et la situation de l'entreprise débitrice a défavorablement évolué. Il est donc inéquitable de priver le créancier de la sûreté qui l'avait incité à consentir à la restructuration de la dette. Autrement dit, la solution retenue par l'arrêt du 25 septembre 2019 pourrait être considérée comme juridiquement justifiée sans que le droit soit pour autant satisfaisant. Il faudrait, par conséquent, que la réforme à venir intervienne sur ce point

afin de sécuriser les créanciers en prévoyant le maintien des sûretés qui auraient été consenties en contrepartie de délais de paiement. Cela favoriserait la restructuration des dettes des entreprises en conciliation.

Faut-il considérer que le créancier qui a consenti un abandon de créance en contrepartie d'une nouvelle sûreté retrouve à l'inverse sa situation initiale dans l'hypothèse où l'accord est remis en cause et que, en conséquence, il doit voir cette sûreté disparaître ? De prime abord, la réponse pourrait sembler positive. Il faut cependant garder à l'esprit que, pour lui aussi, au moment de la caducité de l'accord, la situation n'est plus la même que celle qui existait au moment où il a consenti à l'abandon de créance et, surtout, au moment où il aurait pu éventuellement demander paiement de cette créance. Il pourrait donc être légitime de prévoir, dans ce cas également, le maintien par principe des sûretés consenties dans le cadre de l'accord.

C. Allongement de la durée de la conciliation

David Robine :

Pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire, un allongement de la conciliation « d'une durée de cinq mois » a été temporairement prévu par l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, qui a adapté sur ce point l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020. On peut se demander s'il conviendrait de pérenniser cet allongement dans le cadre de la future réforme alors que des voix s'étaient élevées, avant même la crise sanitaire, pour demander, dans certains cas du moins, cet allongement¹¹. Pour dire les choses autrement : le délai prévu à l'article L. 611-6 du code de commerce est-il un frein au succès de la conciliation en raison de sa brièveté ?

La réponse est loin d'être évidente. Il me semble cependant qu'il faille écarter un allongement de la durée de la conciliation pour plusieurs raisons.

La première est que, souvent, lorsque l'entreprise demande l'ouverture d'une conciliation, ses difficultés sont graves et il y a urgence à trouver une solution. Certes, certaines entreprises en conciliation ont davantage de temps

10 - L.-M. Martin, « Sûretés traquées, crédit détraqué », *Banque*, 1975, p. 1138.

11 - V. not. L. Sautonie-Laguionie, « Pour une dualité de la procédure de conciliation », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Lextenso, 2017, p. 231.

parce que leurs dirigeants ont réagi très vite, avant que les difficultés ne soient trop sérieuses et notamment qu'il y ait cessation des paiements¹². Cependant, même dans ce cas, la durée de la conciliation doit être relativement brève. En effet, bien que la procédure ne soit pas publique, la situation difficile de l'entreprise va être connue et certains de ses partenaires vont durcir leurs relations. De plus, si la conciliation échoue, on aura finalement perdu beaucoup de temps si sa durée est allongée car on peut penser que, dans l'espoir qu'elle produise des résultats, les autres solutions potentielles seront mises en attente. Enfin, la brièveté de la conciliation invite à l'efficacité.

Julien Théron :

D'autres arguments semblent militer pour ne pas allonger la durée de la conciliation.

Ainsi, sur un plan dynamique, une durée courte fait ressentir aux créanciers l'urgence qu'il y a à négocier. En ce sens, une durée courte est peut-être un levier de négociation entre les mains du conciliateur.

En outre, en pratique, il apparaît que lorsque la durée de la conciliation n'a pas permis d'aboutir, il est fait recours à l'ouverture d'un mandat ad hoc précédant une nouvelle conciliation. La courte durée de la conciliation n'est donc peut-être pas en l'état actuel des choses un frein à la bonne réussite de cette mesure préventive.

Antoine Diesbecq :

Sans vouloir être consensuel à tout prix, l'obstacle ne serait-il pas surmonté en permettant au président du tribunal, à qui il me semble souhaitable de faire confiance, de proroger la durée de celle-ci par une ordonnance motivée à la requête du débiteur ou du conciliateur ? Il suffirait pour cela de supprimer le délai de validité de l'article L. 611-6 alinéa 2 du code de commerce.

D. Suspension des poursuites

Julien Théron :

Une suspension abandonnée en 2005. Dans la procédure de règlement amiable (telle que modifiée en 1994), le président du tribunal pouvait, après consultation des principaux créanciers¹³, ordonner la suspension provisoire

des poursuites de la part de tous les créanciers pour permettre la conclusion de l'accord.

En conséquence de cette mesure :

- le débiteur se trouvait, durant la mission du conciliateur, à l'abri d'actions tendant à sa condamnation au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Il ne pouvait plus payer de créances antérieures ni faire d'actes étrangers à la gestion courante de l'entreprise¹⁴.
- il était mis fin à la confidentialité (publicité de la décision de suspension des poursuites).

Il a été mis fin à ce système (excepté en matière agricole) par la loi du 26 juillet 2005, en grande partie pour préserver sa confidentialité. Depuis, seuls des délais de grâce (sur le fondement du droit commun et de l'article 1343-5 du code civil) peuvent être demandés au président du tribunal.

Un retour souhaitable ? Faut-il réinstaurer une procédure de suspension des poursuites ? L'ordonnance du 20 mai 2020 n°2020-596 (ré-) instaure en son article 2 une forme de suspension des poursuites. Il s'agit ici de surmonter l'hypothèse dans laquelle un créancier refuserait de suspendre l'exigibilité de sa créance le temps de la conciliation. Un tel refus opposé à la demande du conciliateur risque fort de mettre à mal les chances de succès de la conciliation. Le texte permet alors – jusqu'au 31 décembre 2020 – au débiteur de demander au président du tribunal – statuant par ordonnance sur requête – d'imposer à ce créancier une suspension des poursuites. *Ce texte suscite un certain nombre de questions surtout lorsqu'il s'agit de s'interroger quant à la plus-value qu'il apporte par rapport aux mesures de 1343-5 du code civil.*

Puisque l'on voit réapparaître la suspension des poursuites, il est tentant de se demander pourquoi ne pas aller au-delà et consacrer à nouveau la possibilité d'avoir une suspension générale des poursuites individuelles automatiques ou à la demande du débiteur.

Automatique ou judiciaire ? On pourrait envisager deux systèmes : soit une suspension automatique dès l'ouverture de la conciliation ; soit une suspension à la demande du débiteur.

Une suspension automatique dès l'ouverture de la conciliation ne me semble pas souhaitable

12 - V. L. Sautonie-Laguionie, op.cit. loc. cit.

13 - C. com. art. L. 611-14 III, ancien.

14 - Sur tous ces points : C. Saint-Alary-Houin et M.H. Monsérié-Bon, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, LGDJ, 2018, n° 549.

en raison du caractère public que devrait alors recouvrir la procédure de conciliation. La confidentialité est, on le sait, extrêmement importante. D'aucuns considéreront que lorsque les créanciers sollicitent une homologation, la procédure devient publique. Mais il s'agit là d'un choix. D'autres encore considèrent que dès lors que l'on fait usage des délais de l'article 1343-5 du code civil, la procédure devient publique¹⁵. Pour autant, tel ne devrait pas être le cas, puisque la procédure autrefois en la forme des référés, aujourd'hui en procédure accélérée au fond, a lieu en présence des seules parties et du président¹⁶.

En imposant le caractère public de la conciliation, il est fort probable que l'on crée ainsi un « frein » à l'accès à la conciliation et peut-être même un repoussoir. Certes, cela permettrait d'inscrire les conciliations au sein de l'annexe A du règlement insolvabilité. Mais la probabilité d'une procédure européenne est-elle suffisante pour prendre le risque de nuire à toutes les procédures de conciliation nationales ?

David Robine :

Je suis entièrement d'accord. Il est nécessaire de maintenir, par principe, le caractère confidentiel de la conciliation. Il serait néanmoins opportun, comme cela a été proposé¹⁷, de permettre au débiteur ayant intérêt à ce que la conciliation soit reconnue dans les autres États membres de demander, à titre dérogatoire, au président du tribunal d'ordonner une publicité au BODACC de la décision désignant le conciliateur. Certes, si le centre des intérêts principaux est en France, l'ouverture d'une procédure principale à l'étranger ne devrait pas être envisageable. Cependant, on sait que l'appréciation de la localisation de ce centre des intérêts principaux comporte une part d'incertitudes et certains créanciers pourraient être tentés d'en jouer pour exercer une pression dans le cadre de la négociation. Ajoutons que cette question doit être, selon moi, décorrélée de celle de l'instauration d'une suspension des poursuites. La première n'implique pas la seconde. Notons pour finir qu'il faudrait bien entendu également que cette « conciliation publique » soit inscrite à l'annexe A du règlement insolvabilité. Cela impliquerait d'ailleurs

que le juge vérifie la localisation du centre des intérêts principaux en France.

Julien Théron :

Une suspension demandée par le débiteur – qui connaît les conséquences de la rupture de la confidentialité, a pesé le pour et le contre – paraît plus raisonnable. De la sorte, le débiteur qui souhaite garder la confidentialité pourrait la conserver.

Mais quoiqu'il en soit, il me semble que trois catégories d'arguments constituent des obstacles à la consécration d'une suspension « généralisée » des poursuites.

- d'abord, il y aurait un décalage entre la gravité de la mesure, et la légèreté de la vérification opérée par le juge.

En l'état du droit positif, il n'y a de suspension collective des poursuites qu'en SJ, RJ et LJ. Elle découle de la décision d'ouverture. Mais faut-il rappeler que dans ces procédures le tribunal a vérifié les conditions d'ouvertures par une décision juridictionnelle. C'est l'existence de difficultés insurmontables, ou d'une cessation des paiements, qui justifient cette suspension des poursuites. Originellement cette suspension des poursuites avait vocation à permettre une organisation collective du règlement des créanciers. Le critère de la cessation des paiements comme déclencheur de la suspension des poursuites avait ainsi un sens. Dans la mesure où il est fort probable que le débiteur ne pourra régler tous ses créanciers, on arrête les paiements au prix de la course. Aujourd'hui bien entendu, il s'agit en sauvegarde aussi de permettre d'avoir un répit pour pouvoir mener une discussion. Mais le caractère collectif de la procédure de sauvegarde n'a pas disparu pour autant. Toutes les créances antérieures feront l'objet du plan. Et c'est la gravité de la situation de l'entreprise, ses difficultés insurmontables qui justifient une telle atteinte aux droits des créanciers. Il est important que le tribunal vérifie la réalité de ce critère.

En conciliation, la situation paraît différente. S'il existe un critère d'ouverture de la conciliation, celui-ci est plutôt lâche et l'on ne peut pas considérer qu'il fasse l'objet d'une véritable vérification de la part du président du tribunal. Il ne peut se baser que sur les éléments figurant dans la requête ou recueillis par l'audition du

15 - L. Sautonie-Laguionie, op. cit..

16 - R. 611-35 C. com.

17 - M. Menjucq, « Un élargissement du champ d'application essentiellement procédural », RPC 2015. dossier 2 ; L. Sautonie-Laguionie, article précité.

débiteur¹⁸. Il est difficile d'envisager que le pouvoir de stopper le paiement et les poursuites à l'égard de tous les créanciers soit ainsi conféré au président du tribunal. La situation actuelle est fort différente lorsqu'il prononce un délai de grâce, il prend individuellement en compte la situation du créancier en cause. Il en va sans doute de même en application de l'article 2 de l'ordonnance du 20 mai 2020 et de la mesure de suspension individuelle qu'il peut prononcer.

- **ensuite, il me semble que ce faisant on transformerait la nature de la conciliation.** Je crois qu'il est important de rappeler l'importance de l'ADN de la conciliation : la négociation... la libre négociation.

Il ne s'agit pas de poser un voile angélique sur une réalité souvent rude, trahissant des rapports possiblement dégradés entre l'entreprise et ses partenaires. Le risque de non-paiement avéré ou à venir, ou pire de disparition, n'est pas propice à l'amiable. Pourtant, mandat ad hoc comme conciliation ont pour vocation propre de proposer une solution « amiable ».

Malgré les difficultés avérées ou prévisibles, les différentes parties prenantes vont discuter pour essayer ensemble d'arrêter une solution de compromis. Mon sentiment est qu'il devrait y avoir là la norme. Au risque de tenir un discours libéral, les difficultés économiques d'une entreprise ne sont pas une anomalie, ni pour elle, ni pour ses créanciers. Elles sont même consubstantielles à l'entrepreneuriat. La sécurité n'existe pas, tout est fondé sur une multitude d'aléas qui par définition ne peuvent être totalement maîtrisés. La période que nous traversons en est la preuve parfaite. Au début du mois de mars, alors qu'AIRBUS semblait gagner une très belle bataille et une belle avance face à son seul véritable concurrent américain, 12 jours plus tard un virus venu d'Asie devait entraîner cette magnifique entreprise dans de graves tourments la conduisant à prendre des mesures drastiques pour survivre. L'économie, comme la vie est aléatoire... Les créanciers acceptent ce risque et lorsqu'ils l'oublient, il faut le leur rappeler. Il n'y a aucune certitude pour un créancier de recouvrer sa créance.

L'existence d'une procédure « amiable » en présence de difficultés devrait donc à mon sens être la norme. Les uns et les autres ont accepté

un risque et il est de leur responsabilité d'échanger pour déterminer comment répartir, absorber les conséquences de sa réalisation.

Il pourrait être rétorqué qu'il n'y a qu'une apparence de cadre volontaire. Le mandataire ad hoc, comme le conciliateur, est désigné par le président du tribunal. On aurait pu comme dans certains pays laisser cela à des institutions privées ou administratives¹⁹. Pour autant cette présence judiciaire résulte de ce que le mandat ad hoc comme la conciliation sont issus de l'imagination des tribunaux de commerce. En outre, si le président du tribunal ne joue pas ici véritablement le rôle d'un juge (du moins pas au sens traditionnel du terme), sa présence permet sans doute de mettre une juste distance dans la relation des parties et contribue à la bonne conduite des négociations. Les parties se placent en quelque sorte sous son autorité, sans que ce dernier ne s'immisce dans la discussion. Les juristes français sont rétifs à mêler au droit d'autres disciplines comme la philosophie, la psychanalyse ou la sociologie. Tel n'est pas le cas dans le monde anglo-saxon. Aux EU, dans les Law school s'est développée une « french theory » (ayant pour origine philosophes et psychanalistes français, notamment Derrida et Lacan) qui a connu un grand succès²⁰. Pour dire les choses brièvement, il y est démontré que les rapports juridiques ne se font pas à deux. Une bonne régulation réclame 3 personnes, les parties se placent toujours sous l'égide d'un tiers. Ce tiers c'est la loi, qui peut être personnifiée dans la figure du juge lorsque cela est nécessaire.

Mais il n'en demeure pas moins que la négociation est libre, sans coercition. Le conciliateur peut bien entendu brandir le risque de procédure collective, mais il ne s'agit que d'un argument qui peut ne pas être pris en considération par les créanciers. Il s'agit de dialectique. Le débiteur peut aussi solliciter du président qu'il accorde les délais de l'article 1343-5 du code civil. Mais il ne s'agit là que du recours à une disposition de droit commun.

En revanche, si l'on peut imposer une suspension générale des poursuites, le mécanisme perd mécaniquement son caractère purement volontaire. Les créanciers ne discutent plus, ne réfléchissent plus à des concessions parce qu'ils

18 - C. Saint-Alary-Houin et M.H. Monsérié-Bon, « Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises », LGDJ, 2018, n° 513.

19 - En ce sens B. Gandhour, « Le traitement judiciaire des entreprises en difficultés », LGDJ 2018, n°181 s.

20 - E. Jeuland, « Théorie relationniste du droit, De la french theory à une pensée européenne des rapports de droit », LGDJ 2016.

acceptent d'assumer une partie du risque et de sauver le débiteur. Ils le font parce qu'on le leur impose. Ainsi, en ouvrant la possibilité à une suspension des poursuites, on assortirait la procédure de conciliation d'un caractère contraignant. Ce faisant, la procédure de conciliation risque d'être beaucoup moins attrayante pour les créanciers et donc pour le débiteur.

- **enfin une telle suspension est peut-être inutile.** Vous l'aurez compris, j'ai le sentiment que ce qui fait la richesse et l'efficacité de la conciliation à la française c'est son caractère véritablement contractuel, consensuel. Et je crains qu'en ne l'assortissant d'une suspension des poursuites on ne la prive d'un de ses atouts essentiels.

Ce d'autant qu'à lire certains praticiens, une telle suspension généralisée n'est pas nécessaire. Le conciliateur et les conseils de l'entreprise arrivent à convaincre les principaux créanciers qu'ils doivent suspendre l'exigibilité de leurs concours échus. *« En pratique, cela fonctionne bien grâce, notamment, à l'intervention de services spécialisés des banques qui acceptent usuellement ce type de suspension volontaire et « jouent le jeu ». Les CCSF et le CIRI peuvent utiliser cette période transitoire pour favoriser la présentation d'un plan cohérent, ce qui suppose d'accorder un délai pendant la phase de négociation afin de permettre l'élaboration d'un audit établi par un cabinet fiable »*²¹.

Antoine Diesbecq :

Je partage le sentiment des professeurs Théron et Robine quant au caractère essentiel de la confidentialité comme garantie de la qualité des négociations et gage du succès de la conciliation.

La suspension de poursuites de l'ordonnance du 20 mai 2020 ne fait-elle pas cependant double emploi avec le pouvoir du juge de la conciliation d'accorder des délais et dont la pratique remarque que l'usage en est plutôt restreint ? Les conditions de mise en œuvre ont été élargies par l'ordonnance du 20 mai 2020, à l'hypothèse où un créancier appelé à la conciliation refuse la suspension d'exigibilité sollicitée par le conciliateur.

Je ne suis pas convaincu de l'apport que constitue cette faculté et je crois aussi qu'elle tend à dénaturer l'esprit de la conciliation qui repose sur la recherche du consensus et de l'unanimité autour d'une compréhension partagée des problèmes rencontrés par le débiteur et les solutions susceptibles d'y remédier.

Le blocage d'un créancier peut être déjà surmonté par l'octroi de délais, pendant le cours des discussions et au terme de celles-ci après l'ouverture d'une sauvegarde accélérée, financière ou non selon le cas.

En revanche il pourrait être utilement disposé que durant les délais accordés par le juge de la conciliation pourront porter tant sur des sommes échues que des sommes à échoir d'une part et que d'autre part les clauses de résiliation seront paralysées et ne joueront pas si le paiement intervient aux échéances fixées par le juge.

David Robine :

Je suis d'accord avec Julien Théron et Antoine Diesbecq : l'instauration d'une suspension générale des poursuites au cours de la négociation de l'accord de conciliation ne serait pas opportune. Les atouts de la conciliation sont son caractère consensuel et son caractère confidentiel.

Julien Théron :

Transposition de la directive ? Si le recours à la suspension des poursuites n'est ni nécessaire ni souhaitable en l'état actuel des choses, la transposition de la directive du 20 juin 2019 (N°2019-1023) l'impose-t-elle ? Dans l'hypothèse où l'on adapterait la conciliation pour procéder à la transposition de la directive et en faire un cadre de restructuration préventive, l'article 6 de la directive impose en effet aux États de veiller à ce que les débiteurs puissent bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles durant les négociations. Pour autant, cet article ayant été sujet à nombres de dissensions²², les États bénéficient d'un très large pouvoir d'appréciation. Comme le souligne Pierre Cagnoli²³, *« il sera possible d'imposer une suspension des poursuites individuelles à l'ensemble des créanciers, comme en sauvegarde, de la limiter à certains créanciers individuels (comme en conciliation ou mandat ad hoc) ou à certaines*

21 - G. Teboul, « La réforme en cours du droit des entreprises en difficultés : souplesse ou rigidité », LPA 24 mars 2020, n°60, p. 7.

22 - T. Andrieu, « La future transposition de la directive européenne sur l'insolvabilité », Rev. Proc. Coll. mai 2019, dossier 123, spéc. n° 15.

23 - P. Cagnoli, « Suspension des poursuites », APC Sept. 2019, n° 14, alerte 196

catégories de créanciers (comme en sauvegarde financière accélérée; Dir. (UE) 2019/1023, art. 6, 2 et 3) ». Il en découle que la faculté actuelle de demander au président de faire application de l'article 1343-5 du code civil devrait suffire sans avoir besoin d'une suspension généralisée. L'idéal serait sans doute de prolonger la mesure de l'article 2 de l'ordonnance du 20 mai 2020 et de pouvoir faire application de ces mesures avant toute mise en demeure. On pourrait aussi songer à étendre la mesure de suspension individuelle des poursuites telle qu'elle existe dans le cadre de cette ordonnance (mais on peine à en déceler la véritable utilité comme cela a été dit).

Antoine Diesbecq :

Ce cadre de restructuration préventif sera une procédure collective qui figurera à l'annexe A du règlement 2015-848 et se distinguera clairement de ce seul fait des mesures de prévention connues du seul droit français.

Or il faut veiller à ne pas vider la prévention à la française de sa substance, en ajoutant des pouvoirs coercitifs au juge de la conciliation d'une part et en créant d'autre part une procédure collective assortie d'une suspension des poursuites individuelles à géométrie variable sur laquelle les créanciers disposent d'un droit de contestation.

Selon ce que le gouvernement proposera, ce cadre de restructuration préventif pourrait aller jusqu'à permettre à un groupe ou plusieurs groupes de créanciers majoritaires d'imposer un plan dont le tribunal n'aura que le pouvoir de constater qu'il a été régulièrement adopté à un débiteur.

Il se révélerait alors un concurrent sérieux, en terme d'opportunité pour les créanciers, à un processus dans lequel il faut parvenir à un consensus voté à l'unanimité des créanciers au terme de discussions qui pourraient paraître vaines au regard d'une part, des prérogatives nouvelles dont les créanciers se verront investis dans une procédure collective, et d'autre part de la limitation que le tribunal verrait apporter à son pouvoir juridictionnel pour statuer sur le plan adopté par les créanciers.

En d'autres termes l'on peut craindre que l'instauration d'une procédure qui se situerait entre la conciliation et le redressement judiciaire absorbe une conciliation privée de ses deux piliers que sont le consensus et la confidentialité.

TABLE RONDE

« RETOURS D'EXPÉRIENCES CROISÉES »

AUTOUR DE JEAN-MARIE PICOT, LAURENT FRAISSE, FRÉDÉRIC GUIRAUDEN,
FRÉDÉRIQUE MALMEZAT-PRAT, GEORGES TEBOUL ET SÉBASTIEN VIGREUX*

Jean-Marie PICOT :

Madame la professeure Laura Sautonie-Laguionie

Monsieur le président Marc Ringle

Permettez-moi de vous remercier, sans oublier Maître Anne Jourdain, de me permettre de participer à cette table ronde quand bien même le format imposé par la Covid et les qualités des intervenants risquent de rendre ardue mon obligation de « maître du temps ».

Mon introduction sera donc aussi brève que possible.

Je suis heureux et honoré que vous ayez associé un président de tribunal de commerce à vos intervenants, qu'il m'appartient de présenter et qui, selon la formule consacrée mais bien éloignée de la réalité physique, « m'entourent ».

Maître Laurent Fraisse, vous êtes avocat au barreau de Bordeaux, et féru de prévention des difficultés des entreprises, notamment des TPE et TPI qui, pour être « des entreprises comme les autres » ne peuvent pas être traitées comme le sont des entreprises mieux armées en compétences internes et en conseils externes.

Monsieur Frédéric Guirauden vous êtes directeur de la banque Delubac. Je ne vous cache pas le plaisir que j'ai d'avoir autour de notre table virtuelle un banquier, de surcroît spécialiste des aides aux entreprises, et ce d'autant plus que l'objet étonnant qu'est le PGE (Plan Garanti par l'État), qui répond à l'injonction politique d'éviter toute « faillite », n'est pas sans

conséquence sur la très inhabituelle diminution des dépôts de bilan d'entreprises qui, nonobstant la COVID 19, étaient début 2019 en état de difficultés déléteres.

Maître Frédérique Malmezat Prat vous avez eu une première carrière en entreprise, ce qui est pour moi un gage supplémentaire de compétence, et vous avez succédé à Maître Lonne en qualité de mandataire liquidateur à peu près à la période où j'ai rejoint le tribunal de commerce de Bordeaux, ce qui nous assure des souvenirs opérationnels concordants.

Maître Georges Teboul, vous êtes, je le sais, bien connu de nombre d'entre nous, qui apprécions la qualité de vos démonstrations et la pertinence de vos propositions. Avocat parisien, je ne saurais détailler vos multiples responsabilités et me contenterai de dire que vous êtes ancien membre du Conseil National des Barreaux et Président d'honneur de l'association Droit et Commerce.

Enfin Maître Sébastien Vigreux, vous êtes administrateur judiciaire, membre associé du cabinet AJILINK, responsable et animateur de deux structures professionnelles à Bordeaux et Toulouse. Vous êtes également enseignant au titre du master « difficultés des entreprises » et j'ai régulièrement à vous désigner comme conciliateur ou mandataire ad hoc.

D'autres intervenants auraient assurément eu leur place à notre table virtuelle. Je pense aux chambres de commerce et d'industrie et à leurs cellules de prévention, aux associations qui œuvrent, en amont comme en aval, au bénéfice des entrepreneurs en difficulté, aux experts comptables et commissaires aux comptes qui doivent jouer un rôle éminent dans la prévention et pas seulement en exerçant leur obligation d'alerte. Et je n'oublie pas les organismes sociaux et fiscaux...Ne doutez pas que les participants actifs de cette table ronde sauront les représenter.

* Jean-Marie Picot est Président du tribunal de commerce de Bordeaux, Laurent Fraisse est avocat au barreau de Bordeaux, Frédéric Guirauden est directeur régional de la Banque DELUBAC, Frédérique Malmezat-Prat est mandataire judiciaire à Bordeaux, Georges Teboul est avocat au barreau de Paris, président d'honneur de Droit et Commerce et Sébastien Vigreux est administrateur judiciaire à Toulouse et Bordeaux.

Il me reste au titre des quelques minutes qui m'ont été concédées à vous parler des Tribunaux de commerce et de leur rôle en matière de défaillances d'entreprises.

D'abord pour rappeler à ceux qui l'auraient ignoré ou oublié que la formule « se mettre sous la protection du tribunal » n'est pas un slogan de communicant mais une mission que la loi nous confère.

Ensuite pour vous préciser que tous les tribunaux de commerce de France font le constat de la diminution absolument inédite des défaillances d'entreprise comme si, par le miracle d'un virus et d'une abondance inédite d'argent magique, et ajouteront certains, la décroissance de la consommation, l'économie se portait mieux.

Que nenni.

Nous sommes d'évidence dans ce calme qui précède la tempête et disons-le tout net, à l'orée de la survenance d'un tsunami.

C'est dans ce cadre que le garde des sceaux a eu l'excellente initiative de confier en urgence absolue à monsieur Richelme, ancien président du tribunal de commerce de Marseille, une (je cite) « *réflexion globale sur le rôle de l'institution judiciaire à l'égard des entreprises en difficulté sur la question de l'accompagnement et du rebond des entrepreneurs...* ».

Voilà une louable intention qui de surcroît vise expressément à « *mettre très tôt en place des mesures préventives type mandat ad hoc et conciliation* ». Mais qui ne dit rien du coût de ces procédures qui ne sont pas corrélées aux moyens de ceux qui auraient intérêt à en bénéficier.

Sous cette réserve je ne peux qu'adhérer à ce souci de prévention dès lors qu'il est dans l'ADN des tribunaux de commerce de se soucier tout autant du sort du débiteur malheureux que de celui de ses clients et fournisseurs qui peuvent à leur tour être emportés par ses difficultés.

Reste que, si la prévention ne se met pas très vite en place et avec efficacité, nous allons connaître dès la fin de la présente année un afflux inédit de procédures incluant celles qui auraient dû être traitées en 2019.

Il me reste dès lors, avant de passer la parole à nos intervenants, à vous confier la frustration qui affecte nombre de nos juges. Heureusement qu'ils sont bénévoles et donc passionnés.

Frustration de voir à quel point il est difficile de faire venir utilement des débiteurs dont la défaillance est proche devant nos cellules de

prévention qui assurent néanmoins à Bordeaux près de 900 rencontres par an.

Frustration de ne plus pouvoir attirer devant le tribunal les entreprises en état de coma avancé au titre de je ne sais quelle méfiance ou galanterie.

Frustration de constater le faible taux de recours, dans les litiges contentieux, à la conciliation sous l'égide du juge, ce qui enkyste des ressentis et gêne la poursuite de relations commerciales confiantes.

Frustration du président que je suis de voir les limites de mon office en matière de conciliation judiciaire et de mandat ad hoc.

Frustration enfin de constater, je le redis, l'état de coma dépassé dans lequel se présentent une majorité d'entreprises ce qui ne permet pas de les faire bénéficier d'un rebond.

Je peux vous assurer que les tribunaux de commerce, sans oublier les tribunaux judiciaires pour les entreprises et autres acteurs économiques qui sont de leur ressort, feront face.

Mais il faut que tous les acteurs économiques soient vraiment convaincus que ce ne sont pas les affirmations de la loi mais l'anticipation de tous qui justifieront que notre législation, au demeurant perfectible, s'intitule L.S.E. c'est-à-dire Loi de Sauvegarde des Entreprises.

Les échanges vont se dérouler en deux temps : d'une part, un état des lieux des dispositifs existants, et, d'autre part, dans une démarche prospective, les participants à la table ronde formuleront une série de propositions pour que le législateur, dans les réformes à venir, puisse améliorer encore la prévention des difficultés des entreprises.

I. État des lieux

Comme cela a été rappelé, les chefs d'entreprise sont réticents à se présenter au tribunal pour être accompagnés dans le traitement préventif de leur difficulté. Pourquoi ?

Maître Laurent FRAISSE :

La difficulté du chef d'entreprise d'aller vers la prévention, c'est tout d'abord la méconnaissance de l'information existante ou l'incapacité à connaître l'information.

Si l'on veut bien être très pragmatique dans l'approche de la matière, car la vie « réelle » est celle des entrepreneurs individuels et des TPE/ETI/PME, la question principale est celle de la possibilité de connaissance de l'information, voire encore plus loin... comment

donner au chef d'entreprise lui-même le réflexe, la conscience de se demander si son entreprise est en difficultés ou potentiellement en difficultés ?

Dans un contexte de principe fondamental et incontestable de liberté d'entreprendre, il convient de s'interroger sur la connaissance à apporter au chef d'entreprise (formation initiale ? continue ?).

S'il ne s'agit sans doute pas de donner une autorisation administrative d'exercer une activité indépendante ou de représenter légalement une structure dotée de la personnalité morale, la question du rôle de l'État doit se poser au travers de ses administrations et toutes ses émanations.

Mener à la création d'entreprises ne peut être uniquement envisagé statistiquement et, devant des discours de permission de « créer sa boîte », les exemples de constitution de société avec un capital social de 1 € ou le régime d'entrepreneur individuel ou du statut particulier de l'autoentrepreneur, doivent impliquer une responsabilité de prise de conscience de l'acte en lui-même et de ses conséquences.

Je ne veux pas minimiser les compétences de chacun, mais les néo-chefs d'entreprise seront nécessairement confrontés aux difficultés de gestion administrative, sociales, juridiques et comptables, inconnues jusqu'alors pour eux qui ont été d'excellents salariés commerciaux, ouvriers, techniciens et qui, au pire, feront face dans leur nouveau schéma aux conséquences d'une défaillance totale de leur exploitation.

Le site internet du ministère de l'économie et de la relance vise lui-même l'utilité de la formation du chef d'entreprise en l'incitant à « *ne pas vivre la formation comme une contrainte mais comme une nécessité pour faire évoluer (son) entreprise* ».

Voici sans doute une piste à ne pas négliger dans la « formation » à être chef d'entreprise, peut-être à imaginer dans un projet de cycle de formations initiales auprès de Pôle emploi pour les créateurs d'entreprise après un licenciement ou une rupture conventionnelle, bénéficiant des dispositifs de l'ACRE et de l'ARCE.

En l'absence de connaissance de l'information, il faut constater que le chef d'entreprise ne va pas seul :

- Au tribunal de commerce composé de juges, entrepreneurs bénévoles chargés de la cellule de prévention, sur rendez-vous, institution qui provoque le réflexe de peur de la part du chef d'entreprise (peur

de la sanction, de l'échec, sentiment tout à fait humain et compréhensible de honte) ;

- A la chambre de commerce, lesquelles d'ailleurs se structurent en ce sens comme pour celle de Bordeaux Gironde ;
- Aux Centres d'information sur la prévention (CIP). Pour se rapprocher d'un avocat, d'ailleurs il n'en a souvent plus les moyens, même malgré les consultations gratuites au travers des Barreaux ou de la Maison de l'avocat du ressort concerné ;
- Rencontrer des professionnels qui interviennent dans la matière (AJ/MJ par exemple au travers de leur Conseil National) ou des associations spécifiques d'accompagnement ; voire un expert-comptable, ou même des partenaires quotidiens comme son directeur de banque qui serait susceptible de l'informer, car la banque garde, malgré tout, un intérêt évident à permettre le « retournement » de l'entreprise.

L'initiative pourrait alors sans doute venir de ceux qui connaissent le mieux et défendent les chefs d'entreprise, comme les syndicats ou fédérations professionnelles.

Si leurs adhérents bénéficient et reçoivent des formations ou des informations régulières et récurrentes, force est de constater que ce système fonctionne exclusivement sur la bonne volonté du « récepteur » ; un défaut de proactivité pourrait-il alors leur être reproché ?

En m'adressant aux participants à ce colloque, j'aimerais savoir s'ils ont déjà assisté ou participé à une intervention intitulée « *Votre entreprise est en difficultés ? Il existe des solutions ; ne restez pas seul face à vos difficultés...* » ? ; si la réponse est positive, c'est que les répondants ne sont sans doute pas chef d'entreprise, car elle est anxiogène d'une situation réelle et provoque la crainte d'être perçu comme tel en se montrant à ces occasions.

A bien y réfléchir, peut-être que les visioconférences sont dans ce cas finalement elles-mêmes un moyen de favoriser la prévention des difficultés des entreprises...

Frédérique MALMEZAT-PRAT :

Dans cette attente, le constat actuel est que l'entrepreneur est un homme seul lorsqu'il est créateur d'un projet, pour porter ce projet, pour trouver des associés, pour se porter garant des engagements de l'entreprise, pour parler à un banquier.

Un très bel ouvrage « *Petit Patron* » de Lecourieux-Bory, par les photos qu'il contient, rythme toutes les étapes de cette solitude dont voici quelques titres :

« *le combattant, le self made man* », puis quelques années plus tard : « *le candidat au burn out* » et « *l'absurde obstination* ».

Alors dans la difficulté, il est inquiet, d'une inquiétude sourde liée à notre culture française de l'échec portée par ses bons mots : « *La clé sous la porte, fondre les plombs, partir à la cloche de bois* », « *Les 3 D* » : Dépôt de bilan, Dépression, Divorce et surtout le mot « *la faillite* » : « *Aucune entreprise ne sera livrée au risque de faillite* », chacun en reconnaîtra son auteur.

Or la faillite est un terme juridique qui évoque une sanction qui frappe les dirigeants indécidés sur la base d'une décision de justice et qui ne définit plus ni la PRÉVENTION (Mandat ad hoc, conciliation), ni les PROCEDURES DITES COLLECTIVES (sauvegarde accélérée, sauvegarde, RJ, LJ).

Il entendra tout et le reste concernant les poursuites éventuelles que tout un chacun lui promet « *Ils te prendront tout ce que tu as, tu perdras ta maison* ». Même les résidences principales des entrepreneurs individuels sont devenues insaisissables de droit...

Ces craintes sont autant de freins à la prise en mains des difficultés, mais l'entrepreneur ne réagit pas malgré les signaux que lui envoie son environnement, à savoir, son expert-comptable qui l'alerte et finit par ne plus faire les comptes compte tenu des factures d'honoraires demeurant impayées, son commissaire aux comptes qui l'informe des risques qu'il prend et fait prendre à son entreprise, à ses salariés.

L'environnement économique et social de l'entreprise envoie toutes sortes de signaux : des banques mais l'entrepreneur craint la dénonciation des concours bancaires, et l'interdiction d'émettre des chèques, la cotation BDF, des assureurs crédit mais l'entrepreneur craint qu'il ruine instantanément de crédit fournisseur si le bruit court d'une simple difficulté, des inscriptions au greffe du tribunal par les caisses sociales qui le mèneront au tribunal, il préfère rester caché.

L'entrepreneur craint la fuite des principaux collaborateurs, et la concurrence déloyale qui peut s'opérer alors.

Il craint par-dessus tout l'incidence des difficultés sur le réseau relationnel, les amis, la famille (les 3 D) et d'avouer qu'on n'a pas su, qu'on n'a pas pu, qu'on n'en peut plus.

L'entrepreneur n'a pas complété sa « boîte à outils » des informations pertinentes qui lui étaient accessibles mais qu'il n'a pas su voir pour les raisons évoquées.

Alors, il va chercher sur internet les associations :

Il va trouver :

- ENTRAIDE&ENTREPRENEURS, reconnue d'utilité publique comprenant de nombreux bénévoles experts dans tous les domaines de l'entreprise qui peut l'accompagner « *dans sa prise de conscience des redressements à opérer* », sous la présidence d'une ancienne cheffe d'entreprise.

L'entrepreneur est accueilli par un comité d'intégration qui le prend en charge, composé de multiples compétences.

Cette association permettra un audit et un diagnostic de la situation de l'entreprise et son entrepreneur, de son modèle économique, la situation de son marché, la situation sociale au sein de l'entreprise, son business plan à reformuler et adapter, « *C'est une porte qui s'ouvre, quand toutes les autres se referment* ».

Grâce à des conventions signées avec les instances régionales : Nouvelle Aquitaine, des partenaires sociaux : URSSAF, BDF (en cours), grâce à des experts bénévoles de la difficulté qui apportent leur soutien et leur accompagnement sans opposition d'intérêt grâce à des règles déontologiques fortes, à savoir : des administrateurs judiciaires, des mandataires judiciaires, des experts-comptables, des chefs d'entreprise dont certains sont juges, des avocats spécialisés (quelquefois même en droit de la famille, référence « *aux 3 D* »), des conseils, des psychologues, des dirigeants d'entreprises, des coachs en management pour « *revaloriser le potentiel de l'entrepreneur* ».

L'association Entraide&Entrepreneur va recréer la confiance et va permettre ainsi de recréer les liens avec les instances locales qui peuvent décider de la mise en œuvre de la prévention par le Président du tribunal de commerce, le tribunal, les mandataires tant redoutés....

- ESPACE sous l'égide d'APESA : partenaire essentiel de la prise en charge psychologique des entrepreneurs, et le risque de suicides des entrepreneurs. Cette association, grâce à la mise en place de « *sentinelles* » dans les tribunaux, organismes sociaux, banques, greffes, barreaux, mandataires judiciaires, va permettre la prise en charge immédiate du

chef d'entreprise susceptible de commettre l'irréparable et de lui attribuer, à sa demande, des heures gratuites de soutien psychologique et éventuellement l'orienter vers un suivi par des professionnels médicaux.

- 60.000 REBONDS, reconnue d'utilité publique, qui propose de coacher le rebond des entrepreneurs par des experts bénévoles pour créer à nouveau des projets, par la création d'une nouvelle entreprise ou le retour au salariat.

Il faut donc trouver des solutions incitatives par les réponses qui existent dans la prévention, par des aides qui pourraient être créées : des exonérations fiscales pour des budgets de restructuration, prise en charge des coûts des dossiers de restructuration, par le Trésor, chèques experts-comptables, avocats, chèques formation « boîte à outils ».

Mais cela pourrait passer par des obligations d'assurances...

Pour que l'entrepreneur ne soit plus démuni, et seul dans la difficulté d'entreprendre.

Georges TEBOUL :

De nombreuses initiatives ont été prises pour faciliter l'information du chef d'entreprise, indispensable au développement d'une prévention pertinente et adaptée.

En premier lieu, il convient de signaler le rôle important des présidents des tribunaux de commerce qui, sur la base des signaux dits « clignotants » établis par les greffes, convoquent les dirigeants pour les amener à s'expliquer sur leurs difficultés.

Le président du tribunal (ou son délégué) ne joue évidemment pas un rôle de conseil mais il informe les dirigeants en les amenant à prendre conscience des difficultés signalées (nombre important de procédures de paiement, inscriptions de privilèges, bilan non déposé ou présentant une structure financière anormale, etc.).

Les chambres de commerce, qui sont en lien direct avec les chefs d'entreprises, jouent aussi un rôle d'information précieux. Malgré la diminution sensible et regrettable de leurs moyens financiers, ce rôle doit être encouragé et favorisé.

Les centres d'information sur la prévention des difficultés (CIP) jouent aussi un rôle important. Ils sont présents dans les territoires où ils sont largement représentés, tant en métropole qu'outre-mer et les informations sont coordon-

nées et harmonisées par un CIP national, qui dialogue avec les pouvoirs publics et encadre cette information des dirigeants.

Les dirigeants sont reçus par une cellule composée d'un ancien juge consulaire, d'un expert-comptable et d'un avocat, ce qui leur permet d'obtenir une vision large de leurs difficultés et des informations leur permettant d'y remédier en temps utile. Ce rôle doit être encouragé et développé.

Les CIP sont par ailleurs en connexion avec des cellules d'aide psychologique (association APESA), ce qui est un élément important.

De nombreuses autres initiatives permettent aussi d'informer les dirigeants, et les greffiers des tribunaux de commerce ont notamment mis un outil d'autodiagnostic disponible en ligne permettant aux dirigeants d'évaluer leur situation de difficulté.

L'association Droit & Commerce contribue à cet effort général et organise régulièrement des événements sur la matière des entreprises en difficulté et notamment son prochain colloque de Deauville au printemps 2021.

Au-delà des efforts préexistants de nombreux acteurs du droit de l'entreprise, la crise sanitaire a conduit à des dispositifs spécifiques d'accompagnement dont il importe aujourd'hui de tenir compte, spécialement du point de vue du financement.

Sébastien VIGREUX :

L'obtention de nouveaux financements bancaires dans le cadre de procédures de prévention demeure exceptionnelle nonobstant la possibilité en conciliation de se voir octroyer le privilège dit de « new money ».

Or, dans les semaines qui ont suivi la crise sanitaire, le nouveau dispositif du Prêt Garanti par l'État « PGE » a permis l'obtention de nouveaux financements dans de nombreux dossiers de mandat ad hoc, de conciliation et de mandat à l'exécution de l'accord. En pratique, ce dispositif a pu être déployé avec succès dès lors que l'entreprise concernée était en capacité de modéliser un plan de remboursement crédible.

Les Prêts Garantis par l'État ne sont pas compatibles avec une autre garantie complémentaire à l'exception notable du privilège de conciliation.

Pour autant, selon notre expérience, les établissements de crédit, émetteurs des PGE, n'ont pas sollicité le privilège de conciliation et se sont contentés de la garantie de l'État à hauteur de 90 % des nouveaux engagements.

Compte tenu de la perturbation importante de la vie des affaires, la durée allongée des conciliations avec 5 mois supplémentaires et la suppression du délai de carence de 3 mois entre deux conciliations successives ont sans nul doute favorisé le bouclage de certains dossiers complexes sans interruption du mandat du conciliateur.

L'activité juridictionnelle en matière de prévention des difficultés apparaît paradoxalement en diminution malgré le contexte économique dégradé dans de nombreux secteurs d'activité et l'annonce d'une crise d'une ampleur inédite dans la presse économique.

En effet, les activités de prévention sont en net repli dans les principales juridictions d'après les statistiques des greffes alors qu'une nette augmentation était pressentie avant l'été. Les causes sont multiples : effet des nombreuses mesures de soutien, absences d'assignation par les caisses sociales et fiscales, la difficulté à anticiper l'activité, l'espoir de nouveaux dispositifs d'étalement voire d'effacement des dettes, etc.

Le nombre de procédures collectives, notamment les sauvegardes et redressements judiciaires, est également en forte diminution ce qui laisse à craindre un glissement de l'ouverture de nombreuses procédures vers la fin de l'année 2020 ou plus probablement vers le premier semestre de l'année 2021.

Cette situation en trompe-l'œil n'est pas exempte de conséquences néfastes car ce différé dans la prise en charge des difficultés pourrait masquer une fuite en avant et risque de conduire à un plus grand nombre de liquidations judiciaires parmi les entreprises encore susceptibles d'être préservées.

C'est dans ce contexte que le banquier apparaît plus que jamais comme un acteur majeur. Il faut ainsi rappeler quels sont les critères d'octroi d'un crédit, et comment ces critères ont été adaptés en période de crise, et dans le cadre de l'octroi de PGE.

Frédéric GUIRAUDEN :

Il est très souvent considéré que le métier de la banque est de prendre des risques.

Ce poncif mérite d'être précisé. Le premier métier de la banque est la distribution sélective du crédit. C'est cette sélection des risques qui est au cœur des décisions des comités de crédit.

L'établissement de crédit décide d'octroyer ou de maintenir des financements lorsqu'il juge

que l'entreprise aura la capacité de les rembourser dans le futur.

Rappelons quels sont les principaux critères analysés par les banques et comment ils peuvent être adaptés en situation de crise :

- Les chiffres bien sûr, historiques et prévisionnels. Une IBR (Independent Business Review) réaliste est souvent d'une aide précieuse. En situation de crise une attention particulière sera portée aux cas où hypothèses dégradées, ainsi qu'aux marges de manœuvre en cas de contre-performance.
- Le projet : Quel est l'objet du financement ? Le marché est-il porteur ? Existe-t-il des barrières à l'entrée ? Quelle est la situation de la concurrence ?... Le projet doit mettre en lumière la capacité de retournement de l'entreprise.
- Les dirigeants opérationnels : Quelles sont leurs forces et leurs faiblesses ? Font-ils partie de la solution et le souhaitent-ils ?
- Enfin les garanties et privilèges qui restent des accessoires au financement

Il existe également un critère en filigrane des négociations avec l'établissement bancaire. Il s'agit de son niveau d'exposition et de provisionnement des concours en place au moment des difficultés. Cet élément difficilement appréciable par les parties pourra également influencer la décision de l'établissement.

L'intérêt des procédures de prévention pour la banque compte tenu des enjeux financiers repose sur un cadre de discussion assuré par un tiers de confiance (mandataire ad hoc ou conciliateur) qui permet de renouer un dialogue plus serein et de gérer le temps de la négociation.

Examiner une demande de financement uniquement ou essentiellement par le biais de la garantie apportée ne fonctionne pas (quelle que soit sa valeur). La garantie reste un accessoire du financement octroyé. En France, à l'inverse de certains pays anglo-saxons, la banque ne prête pas en fonction de la valeur de l'actif financé ou de la valeur de la garantie mais plus essentiellement sur la capacité future de remboursement de l'entreprise.

En effet, la valeur de la garantie lors de la mise en place d'un financement est relative et peut évoluer dans le temps. En cas de difficultés rencontrées par l'entreprise ou de crise économique, cette valeur évoluera défavorablement. La baisse de valeur peut provenir de la baisse de valeur de marché pour l'actif considéré, notamment en cas de crise économique où tous les

marchés ou presque sont impactés (devises, matières premières, immobilier...).

Voici quelques exemples de garanties maltraitées par les difficultés des entreprises ou les crises économiques :

- Un nantissement de fonds de commerce aura souvent perdu de sa valeur avec les difficultés de l'entreprise. Une réalisation forcée de cette garantie est rarement favorable à l'établissement bancaire ; à l'exception des emplacements qualifiés de numéro un de type rue du Faubourg St Honoré ou Avenue des Champs Élysées par exemple.
- Une hypothèque aérienne longtemps considérée comme une excellente garantie peut aussi être mise à mal par une évolution défavorable du marché. La crise que traverse le secteur du transport aérien va bouleverser et saturer le marché de l'occasion. Ce marché de l'occasion était florissant depuis de nombreuses années car il présentait l'avantage d'une disponibilité immédiate d'actifs rares alors que les délais de livraison atteignaient plusieurs années pour les appareils neufs. Ce ne sera plus le cas avec les annulations et reports de commandes. Avec les difficultés, les compagnies aériennes vont devoir céder parfois massivement leurs actifs.
- Le gage sur stock de prêt à porter peut avoir une valeur de revente élevée lorsque l'entreprise est en bonne santé. Dans les faits, en cas de revente forcée, ce sont les déstockers (de Seine Saint Denis par exemple) qui seront les mieux placés pour reprendre un lot. La transaction est réalisée rarement au-dessus de 15% du prix de sa valeur en magasin même pour du prêt à porter de marque.

Un intermédiaire devra également être rémunéré puisque la revente de ce type de stock n'est pas un métier de la banque.

Le PGE (Prêt Garanti par l'État) peut-il contre balancer ces inconvénients ?

Le PGE est un cas d'école devenu un cas très pratique en quelques jours depuis le mois de mars 2020. Il sert à financer des pertes de chiffre d'affaires et des pertes de bénéfice plus ou moins temporaires. En période normale, le banquier attentif à ses risques refusait d'intervenir pour financer des pertes d'exploitation et éviter de voir sa responsabilité engagée dans certains cas au titre du soutien abusif.

Le PGE permet de tordre ce raisonnement et cette orthodoxie financière. Il revient à déjudiciariser les difficultés des entreprises à un moment de très faible visibilité de leurs perspec-

tives de rebond en étalant très artificiellement sur 6 années un chiffre d'affaires perdu souvent définitivement.

Pour le cas particulier des entreprises en plan de continuation et de sauvegarde, un des domaines d'expertise de la Banque Delubac & Cie, de nombreux PGE ont été mis en place depuis mars 2020. Pour ces entreprises, l'analyse de risque est d'autant plus fine qu'elle doit prendre en compte un passif déjà moratorisé venant grever leur capacité d'autofinancement.

Malgré son côté atypique, le PGE reste éloigné du crédit sur garantie octroyé uniquement parce que l'État accorde sa garantie à hauteur de 90%. En effet, si le législateur avait voulu une distribution du crédit sans aucune sélection de la part des établissements bancaires, il aurait proposé une garantie à 100% sans critère d'éligibilité. Il a, au contraire, voulu associer les banques à la décision d'octroi du financement. Le PGE est par conséquent accordé aux contreparties en capacité de le rembourser et non aux entreprises sans rentabilité déjà en difficulté avant la crise COVID. *In fine* le crédit qui n'est pas remboursé devient un PGC : Prêt Garanti par le Contribuable. C'est une vraie responsabilité du banquier dans ses décisions au-delà de son risque final de 10%.

Au-delà de ces constats généraux et plus actuels sur l'efficacité des mécanismes de prévention des difficultés des entreprises, et sur l'importance d'une mobilisation raisonnée des financements, des propositions peuvent être faites par les acteurs de terrain dans la perspective des réformes à venir.

II. Les propositions pour l'avenir

Sébastien Vigreux :

Nous retiendrons cinq propositions issues des difficultés actuellement constatées en application des dispositions du livre VI du Code de Commerce.

En premier lieu, à la différence de certains intervenants, nous demeurons convaincus que la durée de la conciliation mérite d'être allongée et que la durée maximale de 5 mois est insuffisante pour des dossiers complexes dans lesquels il convient par exemple de planifier une levée de fonds avant de pouvoir signer un protocole ou pour des dossiers ne disposant pas d'un suivi comptable et budgétaire satisfaisant à l'ouverture de la procédure.

La possibilité de prolongation de la durée des conciliations sous le contrôle strict du Président du tribunal pour 2 mois supplémentaires au lieu d'un mois paraîtrait une réforme intéressante

pour les dossiers complexes afin d'éviter un aller-retour avec une procédure de mandat ad hoc intermédiaire de trois mois quelque peu artificielle ou l'ouverture de mandats *ad hoc* préalables sur des entreprises manifestement en état de cessation des paiements dans le seul objectif « d'économiser » du temps sur la procédure de conciliation.

A l'appui de cette position, on remarquera qu'une conciliation d'une durée de 6 mois serait plus économe en durée de la procédure que la compilation de trois procédures successives : 5 mois d'une première procédure de conciliation non aboutie suivie d'un mandat ad hoc d'une durée minimale de 3 mois avant de pouvoir ouvrir une seconde procédure de conciliation pour disposer d'une ordonnance de constat ou d'un jugement d'homologation. La compilation de ces délais porte la durée totale des différentes procédures à environ 8 mois contre 6 mois si la durée de la conciliation était rallongée de 2 mois.

En second lieu, la création d'une procédure autonome pour régir le pré-pack cession serait également souhaitable.

À ce jour, le pré-pack cession demeure régi par les dispositions inadaptées des plans de cessions « classiques » ; un régime particulier devrait lui être réservé afin de préserver l'objectif de célérité de cette procédure.

Parmi les adaptations à envisager, nous citerons notamment : le raccourcissement des délais de revendications, la paralysie des dispositions de l'article L. 642-12 alinéas 4 et 5 C. com., une adaptation des procédures de restructuration sociale pour utiliser les dispositifs de licenciements économiques spécifiques aux procédures collectives.

En effet, une durée de la période d'observation raccourcie à quelques semaines se heurte à la sécurité juridique de l'ensemble de l'opération tant pour le repreneur que pour les organes de la procédure :

- comment céder une entreprise dont le stock de marchandises fongibles est susceptible d'être revendiqué pendant trois mois, sauf à céder le stock en différé dans le cadre de la liquidation judiciaire, ce qui peut priver toute l'opération de son intérêt pour le repreneur ?
- le transfert de la charge des sûretés peut se révéler tout aussi épineux sans disposer des productions de créances pour vérifier le caractère échu ou à échoir de tout ou partie des créances voire pour permettre une déroga-

tion par un accord entre le créancier et le repreneur.

En troisième lieu, la possibilité d'anticiper la préparation d'un plan de sauvegarde judiciaire au cours d'une procédure de conciliation devrait permettre de bénéficier de l'homologation d'un plan dans des délais raccourcis. En effet, la durée des périodes d'observation est contreproductive dans certaines activités ; elle impacte négativement l'activité tout comme la valeur de l'entreprise.

Ainsi, il pourrait être imaginé qu'une entreprise faisant face à un mur de dettes susceptibles d'être honorées sur une période inférieure à 10 ans puisse bénéficier d'un plan homologué dans un délai de 2 mois maximum en raccourcissant tant le délai de production des créances à 30 jours à compter de la publication du jugement d'ouverture et à 15 jours le délai de réponse à la notification du plan déjà préparé en amont.

En quatrième lieu, un alignement partiel du traitement des contrats de crédit-bail sur le régime applicable au contrat de prêt est éminemment souhaitable ; ainsi, la suspension des loyers de crédit-bail pendant la durée de la période d'observation pourrait être de droit et sollicitée au cours de la conciliation.

De façon plus ambitieuse, on pourrait imaginer que la possibilité de rééchelonner les loyers de crédit-bail puisse être soumise au vote en comité dans la sauvegarde financière accélérée et la sauvegarde accélérée.

Enfin, en cinquième lieu, la disposition de l'article L. 626-1 alinéa 2 du code de commerce imposant la concomitance de tout plan de cession partiel à l'homologation du plan en procédure de sauvegarde doit être supprimée. Nous ne comprenons pas la logique du législateur dans l'interdiction de présenter des plans de cession partiels dès le début et à tout moment de la période d'observation en sauvegarde.

À titre d'exemple, dans un réseau de vente au détail de vêtements, on comprend mal pourquoi les établissements non-contributifs ne peuvent être cédés en plan de cession partiels et ainsi voir leurs emplois préservés dès le début de la période d'observation plutôt que de contraindre l'entreprise à les fermer purement et simplement en tentant dans le meilleur des cas de céder les droits au bail de ces établissements sous-performants.

Georges Teboul :

À l'occasion de la crise de la covid-19, le gouvernement a réagi rapidement en mettant en place des dispositifs économiques de soutien des entreprises durement impactées par la crise et la fermeture de nombreux commerces et sites industriels.

Le plan de relance communiqué le 3 septembre 2020 avec un coût de 100 milliards d'euros en est une récente illustration (avec trois priorités : écologie, compétitivité et cohésion ; voir www.economie.gouv.fr).

Par ailleurs, nous savons que la directive communautaire du 20 juin 2019 va donner lieu à une importante réforme d'ici l'été 2021. A cet égard, plusieurs pistes de réforme pourraient être envisagées :

1. Favoriser le principe d'un tri sélectif :

En premier lieu, après une phase d'aides « tous azimuts », il convient de garder à l'esprit le fait que l'aide ne doit bénéficier qu'à des entreprises viables ayant vocation à devenir rentables et à faire face au règlement de leur passif. Il faut en effet éviter l'acharnement thérapeutique et les aides nombreuses dispensées ne doivent pas nous faire perdre de vue ce principe essentiel.

À cet égard, les audits habituellement demandés par les mandataires ad hoc et conciliateurs doivent jouer un rôle important pour déterminer la crédibilité des entreprises et leur vocation à être aidées d'une manière légitime.

La possible conclusion d'un accord avec des créanciers privés doit en outre permettre de demander d'une manière crédible des efforts à l'État au titre de ses créances, sur la base d'un processus validé.

2. Les pré-pack :

Les praticiens ont besoin d'outils diversifiés. À cet égard, les procédures de pré-pack restent utiles pour autant que des principes prudentiels et des critères soient respectés car ils ne conviennent pas à toutes les entreprises.

Ainsi, le pré-pack cession, qui existe déjà, peut permettre d'aider des entreprises, en préparant pendant la prévention leur cession, pour permettre l'adoption d'un plan de cession très rapidement après l'ouverture d'une procédure collective : cela concerne des entreprises qui ont une trésorerie suffisante pour préparer le processus utilement en prévention, qui seraient gravement affectées par l'annonce prématurée

d'une procédure collective (par exemple au titre des marchés publics auxquels elles soumissionnent). Il faut aussi assurer une transparence à l'égard du ministère public pour éviter une remise en cause de ce qui se sera passé en prévention, ce qui suppose que des bonnes pratiques soient respectées pour un réel appel d'offres, pendant la prévention.

En ce qui concerne le pré-pack plan, il faut admettre que ce plan pourrait intervenir rapidement si le passif est traité pendant la prévention, ce qui suppose que des abandons de créances substantiels soient obtenus. À cet égard, le mécanisme actuellement prévu au titre des abandons des créances détenues par l'État devrait être simplifié et accéléré pour faciliter l'adoption de plans.

3. Sur le développement des prêts garantis par l'État :

Nous savons que ces prêts ont rencontré un grand succès, souvent auprès d'entreprises qui n'en avaient pas réellement besoin et qui l'ont demandé par prudence. En revanche, il est dommage que ces PGE soient déconnectés des procédures de prévention.

Lorsqu'un audit est fait et que la capacité de remboursement et la pérennité d'une entreprise sont validées, l'octroi d'un PGE devrait en être facilité, ce qui n'est actuellement pas le cas, et en tout cas pas d'une manière automatique.

Bien entendu, les banques doivent pouvoir garder la possibilité de refus. Mais dans le cas où un accord intervient en prévention sur une pérennité validée, le PGE plus facilement accordé pourrait devenir une incitation à recourir à la prévention.

4. L'allongement des délais de la prévention :

La crise a donné lieu à des allongements de délais et notamment celui du délai préfixé de la conciliation avec une possibilité exceptionnelle de prorogation de 5 mois. Faut-il augmenter la durée de la conciliation qui est de 4 mois outre 1 mois à la demande du conciliateur ? Un effort pourrait être fait en ce sens même s'il est compréhensible que le gel d'un état de cessation des paiements ne puisse être indéfiniment prolongé.

Cependant, s'il existe une possibilité d'accord avec les principaux créanciers, il faudrait admettre que la durée de la conciliation pourrait être prorogée plus facilement pour une durée limitée de un à trois mois si les chances de succès sont sérieuses.

5. Les délais imposés aux créanciers récalcitrants :

Dans le cadre des mesures prises à l'occasion de la crise de la covid, la possibilité d'imposer des délais à des créanciers récalcitrants a été facilitée en supprimant l'exigence de poursuites préalables. Cette accélération du processus est bienvenue et aurait vocation à être pérennisée.

Dans ce cadre, la possibilité d'augmenter le délai de 2 ans pourrait être examinée, notamment si les autres créanciers privés acceptent des rééchelonnements dépassant le délai de 2 ans. En revanche, il faudrait clarifier le schéma procédural. La demande sur requête suppose en principe une convocation du créancier par le greffe. Il est normal qu'il soit avisé et puisse présenter sa position. Or, certaines requêtes peuvent être contradictoires.

6. Faciliter les abandons de créances de l'État :

L'État poursuit à présent un effort de simplification administrative, ce qui mérite bien entendu d'être salué. Dans ce cadre, ne serait-il pas nécessaire de faciliter le processus d'abandon ou de réduction des créances pour favoriser le sauvetage d'entreprises viables et afin de préserver leur pérennité et l'emploi ? À cet égard, les multiples conditions posées (notamment sur les délais de saisine) qui rendent souvent illusoire ces demandes, devraient être assouplies dans le cadre d'un traitement rapide.

Pourrait-on rêver à cette occasion d'un représentant unique de l'État qui participerait aux procédures de prévention au lieu de prévoir un dispositif parallèle qui fonctionne avec un rythme différent ? La question de la remise en cause de la règle de l'unanimité pour les prises de position par les CCSF devrait être posée.

Nous savons que le gouvernement souhaite à présent alléger les impôts de production et il faudrait poursuivre cette démarche au titre des « impositions » sociales dont le poids est souvent devenu bien lourd, notamment pour les petites entreprises ... Les taux actuels sont souvent insupportables. Le rétablissement de plafonnements pourrait soulager les TPE/PME (avec un seuil de 1 ou 2 millions de chiffre d'affaires).

7. Sur la possibilité d'accorder un plan de cession aux débiteurs :

Nous savons qu'il faut être très prudent sur cet outil, facilité à l'occasion de la crise de la Covid (sur requête du débiteur avec l'objectif de mieux préserver l'emploi). À cet égard, la pré-

vention peut jouer un rôle de contrôle préalable pour faciliter ce type de cession si elle est indispensable, de façon à la préparer dans les meilleures conditions. L'examen de la situation financière et comptable de l'entreprise permettrait de séparer les débiteurs malhonnêtes de ceux qui sont de bonne foi. De surcroît, l'audit permettrait de faire le point sur la situation en cas de liquidation judiciaire (pour apprécier le meilleur intérêt des créanciers, ce que la récente directive du 20 juin 2019 érige en critère). Cela n'interdirait pas bien entendu un appel d'offres pendant la période d'observation.

L'analyse préalable permettrait donc d'éviter que des turpitudes soient découvertes ultérieurement et pour déterminer une réelle capacité de remboursement. L'effacement du passif total ou partiel accompagné d'un audit sérieux pourrait donner lieu à négociation. Un pré-pack plan de cession au débiteur pourrait ainsi être préparé en prévention.

8. Le financement de la prévention :

Les petites entreprises n'ont le plus souvent pas les moyens d'y faire face (audit, rémunérations des conseils, du mandataire).

S'il faut admettre que toutes les entreprises n'ont pas vocation à bénéficier de la prévention car un grand nombre d'entre elles sont malheureusement et irrémédiablement condamnées par les évolutions économiques ou par l'incompétence d'un dirigeant, il faut aider les entreprises qui ont une chance raisonnable de perdurer en permettant le financement des audits et des autres intervenants par l'État et par des mécanismes d'assurance qu'il convient de favoriser.

La couverture de la rémunération du mandataire pourrait en effet être envisagée si l'audit montre que l'entreprise a une chance sérieuse d'être redressée. Le processus pourrait être affiné par un préaudit, moins coûteux, qui permettrait de faciliter un premier financement.

La couverture de ces frais permettrait sans doute d'obtenir une véritable incitation à recourir à la prévention afin d'éviter que les chefs d'entreprise, déjà enclins à minimiser leurs difficultés ou à ne pas les reconnaître, soient amenés à en prendre l'initiative.

Bien entendu, cette liste est loin d'être exhaustive.

Au-delà de la transposition de la directive sur la restructuration et l'insolvabilité (UE 2019/1023 du 20 juin 2019 JOUE 26 juin 2019) qui prévoit des outils très sophistiqués, notam-

ment au titre du classement des créanciers, il faut reconnaître que notre tissu économique est essentiellement composé de TPE et de PME qui ont besoin d'être aidées par un traitement rapide. Cela peut être facilité par les outils internet et il convient à cet égard de saluer le rôle des greffiers des tribunaux de commerce qui ont mis en place, à l'occasion de la crise du covid et d'une manière quotidienne, des outils informatiques performants permettant de répondre rapidement aux difficultés que nous observons.

Nous nous trouvons à la croisée des chemins. Il faudra choisir entre la conception d'un État providence interventionniste, ce qui rencontrera sans doute rapidement des limites, et la nécessité d'un traitement réaliste des difficultés, ce qui ne pourra reposer que sur le maintien d'entreprises viables ayant leur place sur le marché. Entre la munificence coûteuse d'aujourd'hui et la pénurie, il faudra trouver une troisième voie.

Laurent Fraisse :

Il y a toujours dans les tables rondes une forme sous-jacente de contradiction pour alimenter le débat, pour inciter les participants à la réflexion et aux questions au terme des interventions en vue de plus d'interaction entre nous tous.

Si je ne serai pas un « contradicteur » ici, ce que j'appellerai « *mon expérience de vie de la matière* » induit chez moi des réflexions peut-être un peu différentes, mais dans une optique tout à fait pragmatique.

Dans ce parcours qui m'a conduit à l'honneur d'être convié à ces « 7èmes Assises nationales de la prévention des difficultés des entreprises » en qualité d'avocat, après avoir occupé précédemment des fonctions de collaborateur de mandataire judiciaire et aussi d'encadrement bancaire, je veux en tirer une approche très concrète de ce quotidien au conseil de l'entreprise en difficultés. Car ce parcours m'a toujours et plus que jamais donné envie de me préoccuper de l'intérêt de l'entreprise et des entrepreneurs pour lesquels j'ai un profond respect.

On l'a dit, on le sait : le chef d'entreprise est seul. Et sans faire un mauvais jeu de mots, la politique de prévention souffre d'un déficit de publicité, paradoxe (bien sûr) pour des dispositifs principalement confidentiels justement.

Pourtant, comme un nouveau produit de consommation qui inonderait le marché ou comme une innovation dont on apprend

l'existence et dont on se dit : « *Mais comment n'y ai-je pas pensé ?* », l'extrême nécessité de se servir des effets de levier de tous les outils de la prévention des difficultés des entreprises saute aux yeux. Pour ne pas regretter un jour qu'il soit trop tard, quelques suggestions qui abondent cependant certains points déjà évoqués durant la conférence et que j'essaierai d'évoquer de façon non redondante.

Deux axes sans doute sont à considérer :

- La connaissance du chef d'entreprise et l'intervention d'un conseil pour la lui transmettre ;
- La « collaboration » avec les créanciers ou autrement dit le consensus de la prévention.

Le chef d'entreprise a besoin d'être conseillé afin de connaître les dispositifs existants, pour analyser sa situation, comprendre les textes et être assisté dans la prise de décision.

Il est sans doute difficile d'évoquer le concept de permis de chef d'entreprise, provocateur mais, comme je l'ai dit précédemment, force est de constater que lorsque l'on intervient au conseil d'un entrepreneur, celui-ci a très majoritairement ses compétences propres à l'objet social de son exploitation, mais pas forcément des aptitudes satisfaisantes à la gestion quotidienne ou encore des réflexes de recrutement de collaborateurs salariés ayant la compétence, voire qu'il ne dispose pas des moyens financiers suffisants pour cela.

Combien d'entre eux, à titre d'exemple, ont recours à un Conseil pour la création même de leur activité ?

Si l'expert-comptable est l'homme ou la femme du « chiffre », l'avocat est en collaboration le « sachant », déclencheur de solutions qui correspondront au besoin constaté.

La directive européenne du 20 juin 2019 semblant tendre vers des solutions de prévention possiblement en présence facultative du Juge, la présence de l'avocat qui concrétiserait des accords par actes SSP ou par acte d'avocat, pourrait-elle faciliter l'issue favorable du traitement amiable des difficultés des entreprises si le droit spécial interne venait à le consacrer ?

Alors faut-il pour autant évoquer le ministère d'avocat obligatoire dans les procédures amiables et collectives ?

Si cela était le cas cependant, par extension des propos très justes de mon confrère Georges Teboul sur sa suggestion de prise en charge par l'État des frais du mandat ad hoc et/ou de la conciliation, un système assimilable à l'aide

juridictionnelle pour les procédures amiables ou collectives pourrait peut-être être mis en œuvre ?

Cet ensemble de réflexion de prise en charge doit, à mon avis, être mis en parallèle du coût que représentent les défaillances des entreprises pour les pouvoirs publics au regard du pourcentage extrêmement significatif des créances étatiques, qui ne seraient pas désintéressées en cas de liquidation judiciaire.

Il pourrait s'agir là d'une politique de relance au bénéfice des TPE / PME que visait dans ses propos ma consœur Anne Jourdain.

Une hypothèse complémentaire tournée vers le secteur privé pourrait consister à généraliser une couverture par l'assurance des risques de défaillance des entreprises, thème sempiternel que des intervenants ont déjà évoqué, ce dans le sens d'une garantie imposée ou obligatoire.

Alors que la solution pourrait peut-être être appréhendée volontairement au travers des assurances responsabilité civile ou des protections juridiques, aux fins de prise en charge des frais de procédures amiables, dont les honoraires des conseils au titre d'une réelle démarche de la place.

Alternativement, si amener le chef d'entreprise à la prévention des difficultés de sa structure n'était pas efficace, pourquoi ne pas réfléchir à créer et imposer une « collaboration » encadrée à cette fin avec les créanciers ?

La directive européenne du 20 juin 2019 me semble prôner, au titre d'une prévention plus efficace, qu'une procédure amiable puisse être ouverte sur demande conjointe du débiteur et d'un créancier.

Pourquoi ne pas aller plus loin et imposer que pour toutes procédures de redressement ou de liquidation judiciaires, au titre d'une anticipation de difficultés plus graves, l'ouverture soit impérativement précédée d'une procédure amiable lors d'une assignation par un créancier, à l'instar de la spécificité du règlement amiable en matière agricole et assimilée ?

Une réelle démarche au profit de la tentative de recherche d'un accord négocié serait alors initiée (assortie de divers accessoires ou de garanties pour les créanciers, à créer par la loi tels des privilèges connus à ce jour).

Pour finir, et à nouveau en visant le rôle de l'État, il convient de réfléchir à la capacité et au pouvoir de ses administrations de transiger à des instants clés de la vie de l'entreprise ou à remettre des dettes, ce qui pourrait être rappro-

ché du constat fait globalement de l'absence de fonctionnement de la création de la loi de sauvegarde autorisant les administrations fiscales et les organismes sociaux à consentir des remises dans le cadre des plans de continuation et de redressement, comme n'importe quel(s) opérateur(s) économique(s) privé(s) (article L. 626-6 du code de commerce), concomitamment à l'effort d'autres créanciers soumis à la procédure.

Il n'est cependant pas possible de faire fi dans ce cadre de principes à valeur constitutionnelle, tel l'égalité des citoyens devant l'impôt, qui peuvent justifier une telle réaction très ferme des administrations concernées, sauf cas exceptionnel que tout praticien a néanmoins rencontré dans la gestion de ces dossiers.

Une organisation spécifique de commissions ad hoc au sein de leurs services pourrait être la traduction d'une réelle volonté politique de s'investir dans ce qui est finalement tout un pan d'une « autre économie ».