



VIVRE LA CRISE ET EN SORTIR

Droit & Commerce,
Webinaire du 3 mai 2021

FRANCHIR LE MUR DE LA DETTE

PAR ANTOINE DIESBECQ*

2000 milliards d'euros !

Un peu moins que l'endettement de la France : c'est la hauteur du mur de la dette qui se dresse devant les entreprises alors que la crise née de la propagation du virus de la covid-19 entre dans une phase que l'on espère finale.

Comment les accompagner pour donner de l'élan à la reprise et surtout pour ne pas la freiner ?

Les plans de relance, les nouveaux outils financiers et juridiques soutiendront l'investissement et c'est une brique indispensable pour construire le scénario de sortie de crise.

Leur utilisation par les entreprises qui se les verront proposer par les acteurs de l'industrie financière, conjuguée à une augmentation de la consommation des ménages qui pourront puiser dans l'épargne constituée au cours de ces derniers mois, viendra soutenir une croissance ciblée entre 5 et 6 %.

Quelle part de leurs ressources les entreprises seront-elles en mesure de réserver à leur désendettement ?

Quel effort seront-elles capables de produire sans préjudicier à la nécessité d'investir, de recruter, d'innover, de se réorganiser pour faire face à l'évolution toujours plus rapide des technologies qui influent directement sur les besoins et les modes de consommation ?

Il est admis que le désengagement progressif des mesures de soutien aux entreprises, qui passe également par leur individualisation secteur par secteur et par une allocation fonction de la viabilité des entreprises elles-mêmes, va générer une nouvelle crise de liquidité.

L'enjeu est donc de contenir ce risque pour limiter l'exposition d'entreprises viables à l'ouverture de procédures collectives.

Ainsi le rattrapage de la baisse drastique du nombre de procédures ouvertes en 2020 et au cours du premier quadrimestre 2021 concernerait-il principalement des entreprises dont la liquidation judiciaire était inéluctable même en l'absence de pandémie. Il s'agit de celles qui n'ont survécu qu'à la faveur de mesures exceptionnelles.

La pandémie a créé une première crise d'activité éprouvée différemment selon les secteurs d'activité qui a engendré une première crise de liquidité traitée avec efficacité par,

- une injection massive de liquidités, de l'ordre de 136 milliards de PGE accordés à près de 660.000 entreprises, soit 17 % du nombre total des entreprises françaises. 75 % des bénéficiaires sont des PME ou TPE, pour un PGE moyen de 90.000 euros à 1,3 M€, le plafond étant de 25 % du CA de l'exercice précédent.
- des moratoires de six mois sur les encours bancaires accordés de mars à septembre 2020 et prorogés jusqu'à mars 2021 pour le secteur du tourisme. 2 millions d'entreprises en ont bénéficié, pour un montant de 20 milliards d'euros

* Antoine Diesbecq, avocat au barreau de Paris est administrateur de Droit & Commerce, associé du cabinet Racine et président de l'Union Nationale des Carpa.

d'échéances reportées sur un encours total de 250 milliards d'euros.

- des moratoires sur les créances fiscales et sociales, en plus des exonérations.

Le coût de la masse salariale a été absorbé pour une part importante par les mesures de chômage partiel qui en ont transféré la charge à l'État, pour 27 milliards d'euros en 2020 et 11 milliards estimés pour 2021.

Après le premier confinement les entreprises ont bénéficié de la mise en œuvre de mesures sectorielles pour flécher les aides vers les secteurs d'activité les plus touchés : tourisme, culture, transport aérien et activités liées notamment.

Le succès de ces mesures se démontre par l'effondrement du nombre d'ouvertures de procédures collectives en 2020 (moins 40 %), la tendance se confirmant au premier trimestre 2021.

Passés les deuxième et troisième confinements, il est inéluctable que l'arrêt progressif de ces financements extraordinaires engendre une **nouvelle crise de liquidité** pour un certain nombre d'entreprises et dont l'intensité sera en partie fonction du niveau de la reprise de l'activité.

Outre le financement du BFR courant les entreprises devront faire face à l'exigibilité des échéances fiscales, sociales et bancaires gelées ou reportées.

Le remboursement des PGE est une question qui ne se posera qu'en 2022, voire 2023, les bénéficiaires ayant la faculté d'opter pour un report d'exigibilité de la première échéance de remboursement de deux ans à compter de la mise à disposition des fonds.

Le financement des investissements fait l'objet de mesures spécifiques tels les plans de relance ou les PPSE.

Il faut encore échapper à la fatalité d'une **crise de solvabilité** qui fermerait aux entreprises l'accès au crédit :

- Insuffisance des capitaux propres voire consommation de ceux-ci pour financer les pertes 2020 et quid 2021 ?
- Dégradation du ratio dettes fonds propres

L'action doit dès lors porter tant sur la trésorerie que sur l'amélioration des bilans.

Une étude du Conseil d'analyse économique datée du mois de décembre 2020 donne le ton :

« Nous considérons que pour réduire le risque de défaillance d'entreprises viables, mais fortement endettées, l'excès de dettes des entreprises devra être traité / ce qui passera par une restructuration de certaines dettes contractées pendant la crise / à la fois auprès de l'État et des créiteurs privés. Le risque sur la productivité est secondaire aujourd'hui mais il ne doit pas être négligé et il devra guider les modalités du retrait des mesures davantage que la question de la dette publique¹ »

Le Comité des risques de la BCE est encore plus précis :

«... la menace d'une vague de défaillances est grande, à moins que les États membres ne parviennent à passer en douceur d'un soutien de liquidité à un soutien de solvabilité plus ciblé et à une restructuration réussie de la dette des entreprises pour les entreprises viables.

Aussi, l'on s'intéressera dans cette partie de l'exposé en priorité aux mesures volontaristes adoptées par le gouvernement et qui tendent vers ces objectifs.

En premier lieu nous verrons quels moyens peuvent être mis en œuvre pour alléger les besoins de trésorerie de l'entreprise ou participer à leur financement : ce sont les mécanismes de remise de dettes des créances publiques et les incitations aux créanciers privés pour consentir des abandons de créances.

En deuxième lieu nous évoquerons les mesures de soutien à la trésorerie pour mettre en avant en troisième et dernier lieu les mesures d'amélioration des bilans.

1. Soulager la trésorerie des entreprises

1.1 L'abandon de certaines créances Publiques

Ces mécanismes mis en place pour faire face aux conséquences de la pandémie sont doublement limités dans leurs effets,

- Relativement aux créances qui peuvent en être l'objet,
- Quant aux conditions d'éligibilité

1 - Conseil d'analyse économique : Les défaillances d'entreprises dans la crise Covid 19 : zombification ou hibernation ? Matthieu CROS, Anne EPAULARD, et Philippe MARTIN

1.1.1 Le dispositif de remise partielle des dettes sociales (pour mémoire)

Le décret n° 2021-316 qui est entré en vigueur à compter du 27 mars 2021.

Il s'agit des cotisations dues pour la période du 1^{er} février 2020 au 31 mai 2020, par des entreprises de moins de 250 salariés étalées dans un plan d'apurement et qui ne bénéficient pas d'autres aides ou exonérations pour y faire face.

Parmi les conditions on relèvera :

« Attester avoir sollicité, pour le paiement des dettes dues le cas échéant à ses créanciers privés, un étalement de paiement, des facilités de financement supplémentaires ou des remises de dettes. La demande précise l'identité de ces créanciers, les dettes concernées, leur montant, leur date d'exigibilité et, le cas échéant, les conditions auxquelles les remises ou échelonnement sont subordonnées. »

L'ouverture d'une procédure de conciliation serait particulièrement favorable au respect de cette condition.

Le montant de l'abandon est limité à une proportion de 20 % à 50 % selon la baisse de CA enregistrée.

Celle-ci doit être d'au moins 50 % au cours de la période courant du 1^{er} février 2020 au 31 mai 2020 ou sur la période courant du 15 mars 2020 au 15 mai 2020 par rapport à la même période l'année précédente.

Les modalités de la demande sont simplifiées : Sur le site de l'URSSAF via le formulaire accessible depuis la messagerie sécurisée de l'espace professionnel du demandeur.

1.1.2 La conversion de certains PGE en subventions

La Banque centrale européenne et le ministre des finances Bruno Lemaire ont communiqué chacun de leur côté sur la possibilité de convertir certains PGE en subventions, dans des cas restant à définir et qui seront strictement limités.

La remise partielle des dettes publiques par abandon ou conversion en subvention, même s'il s'agit d'un PGE ne doit pas être considéré comme un tabou. Elle est possible sous conditions et rien n'interdit de penser qu'il en sera fait usage dès lors que l'on pourra justifier et de l'utilité et de la nécessité d'une telle mesure.

En revanche il faut exclure « l'annulation de la dette » dont le principe même met en péril la

confiance sur laquelle repose le crédit dont les entreprises ont besoin plus que jamais au seuil de la reprise attendue.

1.1.3 La remise de dettes publiques en conciliation ou procédure collective

La prévention des difficultés inclut déjà dans la panoplie de ses outils des remises de dettes publiques :

En conciliation : le débiteur en conciliation peut solliciter la remise de dettes publiques, au visa des articles L. 611-7 et L. 626-6 du code de commerce :

« Dans ce cadre, les administrations financières peuvent remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'État dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise. »

1.1.4 Clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif

En cas d'échec des solutions préventives c'est bien l'effacement de ses dettes pour le débiteur qui en résulte et la perte définitive pour les créanciers de leurs créances :

- Redressement professionnel sans liquidation
- clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif,

1.2 Les incitations aux abandons de créances

La puissance publique ayant montré l'exemple, le gouvernement a prévu des mesures dont l'objet est d'inciter les créanciers privés à consentir des abandons de créances.

1.2.1 Le crédit d'impôt octroyé aux bailleurs

L'article 20 de la loi de finances pour 2021² a,

- créé ainsi un crédit d'impôt en faveur des bailleurs qui consentent des abandons ou renoncements définitifs de loyers échus au titre du mois de novembre 2020.

2 - « Loi de finances 2021 », C. Nouel, BJS, janv. 2021, n° 121r8, p. 65

- étendu jusqu'au 30 juin 2021 la période durant laquelle les abandons de loyers peuvent être consentis, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un intérêt commercial.

L'abandon ou la renonciation doivent intervenir avant le 31 décembre 2021 et doit bénéficier à des entreprises locataires de locaux ayant fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public au cours du mois de novembre 2020 ou à des entreprises relevant du secteur « S1 » (notamment les secteurs HCR ou culture et évènementiel).

Le locataire comme le bailleur ne doit pas être en difficulté au 31 décembre 2019 au sens du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission. Le locataire ne doit pas non plus être en liquidation judiciaire au 1^{er} mars 2020.

Le crédit d'impôt est égal à 50 % des loyers abandonnés aux entreprises de moins de 250 salariés, et à 33 % 1/3 pour les abandons de créances de loyers consentis aux entreprises de plus de 250 salariés et de moins de 5000 salariés.

L'abandon constitue un profit pour le locataire, mais le plafond de 1 M € est majoré du montant des loyers abandonnés. Le décret 2020-1766 du 30 décembre 2020 interdit aux bailleurs de poursuivre le recouvrement des loyers courus pendant une période de fermeture administrative et interdit toute sanction au préjudice du locataire dont l'activité est particulièrement affectée par les restrictions sanitaires induites par la crise de la Covid-19

Cependant le mécanisme de l'exception d'inexécution ne permet pas au locataire d'échapper à l'obligation de payer le loyer de locaux rendus inexploitable par ordre de l'autorité publique.

1.2.2 La majoration du plafond de déficits imputables pour les sociétés bénéficiaires d'abandons de créances

Les sociétés qui reçoivent des abandons de créances consentis « dans le cadre d'un accord constaté ou homologué » ou « lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire » bénéficient d'un plafond majoré d'imputation de leurs reports fiscaux déficitaires.

Selon l'article 209 du CGI : « Sous réserve de l'option prévue à l'article 220 quinquies, en cas de déficit subi pendant un exercice, ce déficit est considéré comme une charge de l'exercice suivant et déduit du bénéfice réalisé pendant ledit exercice dans la limite d'un montant de

1 000 000 € majoré de 50 % du montant correspondant au bénéfice imposable dudit exercice excédant ce premier montant. Si ce bénéfice n'est pas suffisant pour que la déduction puisse être intégralement opérée, l'excédent du déficit est reporté dans les mêmes conditions sur les exercices suivants. Il en est de même de la fraction de déficit non admise en déduction en application de la première phrase du présent alinéa.

Pour les sociétés auxquelles sont consentis des abandons de créances dans le cadre d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L. 611-8 du code de commerce ou lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte à leur nom, la limite de 1 000 000 € mentionnée à l'avant-dernier alinéa du présent article est majorée du montant desdits abandons de créances. »

1.3 La conversion de créances en capital

1.3.1 La conversion de créances en capital constitue un remède efficace puisqu'elle transforme une dette exigible en capitaux propres

Celle-ci est prévue en cas d'ouverture d'une procédure collective pour apurer le passif dans ce cadre judiciaire, le traitement d'une créance dans le plan de sauvegarde ou de redressement pouvant se faire par ce moyen non contraignant.

Cependant, en cas de constitution des comités en vertu des dispositions des articles L. 626-30-2 du Code de commerce, un créancier minoritaire peut être contraint de convertir sa créance en titres, *debt to equity swap*, par l'effet d'un vote des créanciers majoritaires.

Par ailleurs, le mécanisme de l'article L. 631-19-2 du même code autorise le tribunal à réaliser sous certaines conditions des augmentations de capital et des cessions de titres forcés. Par conséquent, les créanciers sont en mesure de convertir leurs créances et entrer au capital de leur débiteur, et ce, contre la volonté des associés ou de l'actionnariat.

1.3.2 Le traitement des prêts garantis par l'État (PGE)

Recours aux prêts participatifs

En effet, la Proposition n° 3366 relative à la transformation des prêts garantis par l'État en quasi fonds propres en date du 29 septembre 2020 soutient que la transformation des PGE en quasi fonds propres aurait pour avantage de renforcer les capitaux des débiteurs, sans procé-

der à une dilution du capital, et permettrait de créer un mécanisme de levier tout en permettant un remboursement sur une longue durée avec un différé d'amortissement.

De même, la Proposition n° 3610 relative à la création d'un mécanisme de garantie des prêts participatifs en quasi-fonds propres des entreprises dans le cadre de la crise sanitaire du 1^{er} décembre 2020 soutient que transformer les PGE en titres participatifs permettrait aux entreprises de disposer de fonds propres afin notamment de réaliser des investissements.

Interrogé à ce sujet, le Ministre de l'économie et des finances B. Le Maire, dans le Compte rendu n° 76 du 10 juin 2020 de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, s'était interrogé à question de savoir « *Peut-on transformer les PGE en fonds propres ? Je suis ouvert à cette solution, mais il ne faut pas entretenir l'illusion que l'État pourrait à lui seul récupérer cette dette et devenir ainsi le principal actionnaire de dizaines de milliers d'entreprises. Cet investissement à l'aveugle serait un mauvais usage de l'argent des Français. Le secteur privé, notamment les banques, devra donc, le cas échéant, être inclus dans le dispositif* ». Devant la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, le 28 septembre 2020, il avait également soutenu que « *les apports en fonds propres, point également capital, pourraient passer par une autre option consistant à souscrire un nouveau prêt participatif en quasi-fonds propres, qui ne pèsera pas sur l'endettement des entreprises. Il ne peut fonctionner que si l'État apporte sa garantie, que nous avons évaluée à 3 milliards d'euros, ce qui devrait permettre de lever de 15 milliards à 20 milliards d'euros de fonds propres* ».

À la question de savoir quels mécanismes utiliser aux fins de conversion des créances issues des PGE en capital du débiteur, la technique des titres participatifs semble être la solution la plus souvent avancée. A ce titre, P. Peyramaure et A. Diesbecq se sont notamment prononcés pour l'utilisation des titres participatifs dans le contexte de créances irrécouvrables. La conversion volontaire ou forcée pourrait s'effectuer dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement, et serait accompagnée d'un mécanisme incitatif, les créances irrécouvrables étant immédiatement déductibles du résultat imposable des créanciers. L'excess cash-flow serait utilisé à moyen terme afin que les créanciers recouvrent leurs créances, selon un rang déterminé au regard de ladite créance.

1.4 Le financement du haut de bilan

1.4.1 Le fonds de renforcement des PME

Dans le cadre du plan de soutien d'urgence aux entreprises, Bpifrance accompagne les PME dont l'activité est impactée par la Covid-19. Le fonds de renforcement des PME a pour objectif d'intervenir **en quasi-fonds propres** dans des PME ou des ETI, industrielles ou de services, réalisant au moins 5 millions d'euros de chiffre d'affaires.

Le montant de l'aide varie de 500 000 euros à 5 millions d'euros, principalement **en obligations à bons de souscription d'actions**.

1.4.2 Les prêts exceptionnels de l'État aux petites entreprises

Cette aide consiste en **des prêts participatifs, considérés comme des quasi-fonds propres au sens des articles L. 313-13 et suivants du code monétaire et financier**. Ces prêts exceptionnels ont pour objectif de renforcer la trésorerie et la structure financière des entreprises.

Ce prêt exceptionnel est destiné aux entreprises, associations ou fondations ayant une activité économique au sens de l'article 1 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 de **moins de 50 salariés qui n'ont pas obtenu une solution de financement satisfaisante auprès des réseaux bancaires, et notamment par un prêt garanti par l'État (PGE)**.

Montant maximum de 50.000 €

Ces prêts sont d'un taux annuel de 3,5 %, amortissables sur une durée maximale de 7 ans avec un différé d'amortissement du capital la première année.

Ce dispositif est disponible jusqu'au 31 décembre 2021.

Pour en bénéficier, il convient de contacter la médiation du crédit qui redirigera le demandeur vers le comité départemental d'examen des problèmes de financement des entreprises.

1.4.3 Les prêts Croissance TPE

Proposés par BPI France pour un montant de 10 000 € à 50 000 €, sans garantie ni caution personnelle.

Taux préférentiel d'une durée jusqu'à 5 ans dont un an de différé en capital, destiné aux investissements :

– Immatériels

- Corporel de faible valeur de gage (i.e. matériel informatique)
- Augmentation du besoin en fond de roulement générée par le projet

Conditionné à l'existence d'un partenariat financier d'un montant au moins égal :

- Apport en capital
- Prêt bancaire
- Financement participatif (i.e. crowdfunding)

Réservé aux entreprises de plus de trois ans et employant entre 3 et 50 salariés.

2. Les mesures d'accompagnement

2.1 Plans de règlement

2.1.1 Le dispositif d'octroi de plans de règlement pour les dettes fiscales en faveur des TPE/PME

Afin de soutenir la trésorerie des entreprises particulièrement touchées par la crise économique engendrée par l'épidémie de Covid-19, un dispositif de plans de règlement concernant les impôts dus entre le 1^{er} mars et le 31 mai 2020 a été mis en place par le décret n° 2020-987 du 6 août 2020 et l'arrêté n° ECOE2021394A du 7 août 2020.

Il était ouvert aux entreprises employant moins de 250 salariés et ayant « au titre du dernier exercice clos, un chiffre d'affaires hors taxes n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros » dont l'activité avait débuté au plus tard en 2019.

Étaient concernés les impôts « recouverts par les comptables de la direction générale des finances publiques, dont la date d'échéance de paiement est intervenue entre le 1^{er} mars 2020 et le 31 mai 2020, ou aurait dû intervenir pendant cette période avant décision de report au titre de la crise sanitaire », sauf ceux résultant d'un contrôle fiscal.

La durée des plans qui pouvait être de 12, 24 ou 36 mois, était calculée par l'administration fiscale en fonction d'un coefficient d'endettement prenant en compte l'endettement fiscal et social de l'entreprise.

- Le nouveau dispositif institué par le décret n° 2021-315

Afin de tenir compte de la persistance de la crise économique engendrée par l'épidémie de Covid-19, le décret n° 2021-315 du 25 mars 2021 et l'arrêté du 26 mars 2021 ont prorogé

et aménagé le dispositif d'octroi de plans de règlement pour les dettes fiscales.

C'est une extension aux impôts recouverts par les comptables de la direction générale des finances publiques, dont la date d'échéance de paiement est intervenue, ou aurait dû intervenir avant décision de report au titre de la crise sanitaire, entre le 1^{er} mars et le 31 décembre 2020 (vs 31 mai 2020).

Ce dispositif ne prévoit donc pas de remises de dettes fiscales mais l'élaboration de plans de règlement différé pour ces dernières.

La durée des plans de règlement peut être de 12, 24 ou 36 mois, reste déterminée en fonction d'un coefficient d'endettement dont les modalités de calcul sont précisées dans le décret.

- Les modalités de la demande

La demande pour bénéficier d'un plan de règlement « spécifique covid-19 » pour les dettes fiscales doit être faite par les entreprises éligibles au plus tard le 30 juin 2021 via un formulaire disponible depuis la messagerie sécurisée de l'espace professionnel du redevable sur le site impots.gouv.fr

2.1.2 Extension de la durée des plans de sauvegarde et de redressement

Les ordonnances n° 2020-341 du 27 mars 2020 et n° 2020-596 du 20 mai 2020 ont permis d'allonger la durée des procédures, notamment la durée des plans de sauvegarde et de redressement.

Aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 20 mai 2020, le tribunal peut prolonger la durée du plan de sauvegarde ou de redressement pour une durée maximale de 2 ans. La durée maximale du plan arrêté par le tribunal est portée, en cas de modification substantielle à douze ans ou, lorsque le débiteur est une personne exerçant une activité agricole dix-sept ans.

Conformément à l'article 124 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, les dispositions des articles 1^{er} à 6 de l'ordonnance du 20 mai 2020 sont prolongées jusqu'au 31 décembre 2021 inclus.

2.2 Les mesures de soutien Direct à la trésorerie

2.2.1 L'extension du remboursement anticipé des créances de carry-back aux entreprises faisant l'objet d'une conciliation

L'article 19 de la loi de finances pour 2021 étend le dispositif de remboursement anticipé des créances de carry-back aux entreprises engagées dans une procédure de conciliation³.

Ces dispositions s'appliquent aux créances de carry-back constatées à compter du 1^{er} janvier 2021.

2.2.2 Le fonds de solidarité

Afin d'aider les petites entreprises, indépendants, artisans, commerçants et professions libérales qui ont vu leur activité s'effondrer du fait de l'épidémie de coronavirus, l'État a mis en place un fonds de solidarité permettant de verser une aide défiscalisée aux entreprises.

Ce fonds verse des aides de 1500 euros 200.000 euros par mois selon les mois, les secteurs d'activité et les pertes de l'entreprise, pour un total de l'ordre de 20 milliards d'euros.

Il convient de contacter la DGFIP via la plateforme impots.gouv.fr afin de faire une demande pour bénéficier du fonds de solidarité.

2.2.3 Les dispositifs d'activité partielle

- **L'activité partielle de droit commun**

L'activité partielle est un outil de prévention des licenciements économiques qui permet à l'employeur, en cas de difficulté ponctuelle, de bénéficier d'une aide de l'État et de l'Unedic afin de prendre en charge tout ou partie des indemnités dues par l'employeur aux salariés au titre des heures non travaillées.

L'allocation versée à l'employeur couvre :

- 70 % de la rémunération antérieure brute du salarié des entreprises des secteurs particulièrement touchés par la crise sanitaire (HCR, sport, culture, transport de personnes, l'événementiel) ainsi que leurs sous-traitants ;
- 70 % de la rémunération antérieure brute du salarié des entreprises fermées administrativement ;
- Pour les autres entreprises, le taux d'allocation est de 60 % de la rémunération antérieure brute du salarié.

À compter du 1^{er} janvier 2021, pour obtenir le versement de l'allocation d'activité partielle,

l'employeur doit adresser en ligne une demande d'indemnisation dans un délai de 6 mois suivant la fin de la période couverte par l'autorisation d'activité partielle.

- **L'activité partielle de longue durée**

L'activité partielle de longue durée est un dispositif de soutien à l'activité économique qui offre la possibilité à une entreprise confrontée à une réduction durable de son activité de diminuer l'horaire de travail de ses salariés, et de recevoir pour les heures non travaillées une allocation en contrepartie d'engagements, notamment en matière de maintien de l'emploi et de formation professionnelle.

Dans le cas général, le taux horaire de l'allocation versée à l'employeur est égal pour chaque salarié à 60 % de la rémunération horaire brute.

Pour les entreprises des secteurs particulièrement touchés par la crise sanitaire listés dans le décret n° 2020-810 du 29 juin 2020, le taux majoré de 70 % est appliqué.

2.2.4 La prise en charge des coûts fixes

Le dispositif prévoit la prise en charge

- d'une partie des coûts fixes des entreprises fermées par décision administrative ou relevant des secteurs protégés tel que le tourisme (secteur S 1 bis) dont le chiffre d'affaires est supérieur à 1 million d'euros. Les versements peuvent représenter jusqu'à 70 % de leur montant.

Plafond 3 M€ sur la période de janvier à juin 2021.

- D'une indemnisation couvrant 20 % du CA 2019 dans la limite de 200.000 euros pour le mois de janvier au profit des entreprises des secteurs sinistrés ou protégés ayant perdu au moins 70 % de leur CA en janvier

2.3 L'amélioration des bilans

Afin de permettre aux entreprises de renforcer leurs capitaux propres et de faciliter leur refinancement en améliorant la présentation des comptes sociaux leur permettant d'accroître leur capacité d'endettement, dans le contexte actuel de crise, la loi de finances pour 2021 du 29 décembre 2020 prévoit deux dispositifs importants.

3 - Extension des cas de remboursement anticipé des créances de carry-back aux entreprises faisant l'objet d'une procédure de conciliation », Droit fiscal, n° 1-2, janv. 2021, comm. 33 33

2.3.1 La neutralisation fiscale des réévaluations libres

La réévaluation libre consiste à comptabiliser directement dans les capitaux propres le profit égal à la différence entre la valeur actuelle du bien considéré et sa valeur nette historique.

Cependant, cette opération de « rhabillage » de bilan est peu pratiquée en France compte tenu de son coût fiscal pour l'entreprise. En effet, à ce jour, les plus-values latentes matérialisées comptablement constituent un produit imposable immédiatement du fait de la variation de l'actif net.

- **Le régime nouveau de réévaluation libre avec neutralisation fiscale des plus-values de réévaluation prévue par la loi de finances de 2021**

Dans le contexte actuel, afin d'accroître les capacités de financement des entreprises, le législateur permet de déroger temporairement à l'imposition des plus-values réalisées lors d'une réévaluation et ce, pour les exercices clos, à compter du 31 décembre 2020 jusqu'au 31 décembre 2022⁴.

Le mécanisme de neutralisation fiscale de la plus-value de réévaluation consiste en un dispositif d'étalement (pour les immobilisations réévaluées et amortissables) ou de sursis d'imposition (pour les immobilisations réévaluées et non-amortissables)⁵.

2.3.2 L'étalement de la plus-value lors d'une opération de cession bail d'immeuble

L'article 33 de la loi de finances pour 2021 a permis met en place le dispositif de cession-bail d'immeuble dit de *lease-back* qui est réservé aux immeubles affectés par le crédit-preneur à son activité économique⁶.

Ce dispositif s'applique aux cessions à une société de crédit-bail réalisées entre le 1^{er} janvier 2021 et le 30 juin 2023, précédées d'un accord

de financement accepté par le crédit-preneur au plus tard le 31 décembre 2022⁷.

Ce dispositif entraîne un avantage fiscal intéressant car l'imposition de la plus-value de cession liée à l'opération de cession-bail immobilière peut être étalée sur la durée du contrat de crédit-bail sans pouvoir excéder 15 ans. Ainsi, cet étalement assure la **neutralité fiscale de l'opération pour l'entreprise qui réintègre la plus-value au fur et à mesure qu'elle déduit les loyers de crédit-bail.**

Le lissage d'imposition permet aux entreprises d'obtenir rapidement des liquidités grâce à la cession de l'immeuble sans pour autant s'acquitter immédiatement de l'intégralité de l'impôt afférent à ces plus-values de cession.

2.3.3 Le différé de l'amortissement comptable des équipements sous utilisés pendant les périodes de confinement

Cela revient à allonger la durée de la période d'amortissement, alléger la charge correspondante, maintenir le niveau des capitaux propres et augmenter le résultat comptable.

D'un point de vue fiscal l'opération sera neutre car le montant déductible sera égal au montant de l'amortissement avant différé.

Conclusion

On le voit les moyens sont aussi nombreux que techniques et l'un des enjeux de la reprise consiste à faire en sorte que les entreprises se les approprient.

Le projet de loi présenté en conseil de ministres le 28 avril dernier prévoit de rétablir et d'adapter jusqu'au 31 octobre plusieurs mesures d'accompagnement économiques et sociales prises lors des étapes précédentes de la pandémie et ce rappel, trop synthétique donne cependant quelques axes de réflexion et d'action.

La digitalisation des échanges risque de laisser nombre d'entrepreneurs sur le chemin de la relance et c'est aux conseils de jouer les relais.

L'information comptable et financière doit également être améliorée pour ouvrir plus largement l'accès aux procédures de prévention particulièrement propices à la mise en œuvre de tous ces dispositifs d'aide de soutien et de financement des entreprises.

4 - « La neutralisation fiscale de l'actualisation de la valeur des actifs ou comment améliorer la présentation de ses comptes sociaux sans impact fiscal immédiat ? », O. Decombe, V. Garcia, JCP E, n° 50, déc. 2020

5 - « Réévaluation des bilans et opérations de lease-back », M. Di Martino, Revue des proc. coll., déc. 2020

6 - « Etalement de la plus-value réalisée lors d'une opération de lease-back », Droit fiscal, n° 1-2, janv. 2021, comm. N. Vergnet

7 - « Réévaluation des bilans et opérations de lease-back », M. Di Martino, Revue des proc. coll., déc. 2020

Les plans de relance, les outils financiers comme les prêts participatifs permettant aux entreprises de :

- contracter de nouveaux prêts
- et classer les dettes nouvelles dans les quasi-fonds propres,

sont des éléments de réponse aux besoins de financement des investissements, nécessaires pour soutenir la relance de l'économie.

Les véhicules d'investissements qui les distribueront, banques, assureurs et fonds spéciaux, seront attentifs à la structure du bilan des emprunteurs et à leur capacité de remboursement.

Citons le comité des risques BCE : *« tirer parti de l'expertise du secteur financier pour évaluer la viabilité des entreprises »*,

« Mettre en place des procédures de faillite efficaces pour garantir que les entreprises non viables sont rapidement liquidées et que les ressources peuvent être réaffectées à des utilisations productives »,

« Faciliter un nouveau départ pour les entrepreneurs qui ont échoué ».

Le cadre des procédures de prévention après confirmation de la viabilité d'une entreprise est particulièrement adapté pour mettre en place les mesures de restructuration adaptées à sa situation dans un climat de sécurité et de transparence nécessaires.

L'USAGE DU PRÊT PARTICIPATIF

PAR PHILIPPE PEYRAMAURE*

Créés en 1978 les prêts participatifs sont assimilés à des fonds propres. Leur rémunération, outre un taux fixe, peut être complète par un taux variable assis sur les bénéfices ou même sur le rendement des biens qu'ils ont servis à financer ou tout autre critère de rentabilité.

En cas de procédure collective ils sont gelés et ne sont remboursés qu'après total désintéressement des créanciers privilégiés ou chirographaires.

On saisit immédiatement l'intérêt de ces prêts en période de crise lorsque les facultés d'emprunt des entreprises sont fortement obérées. Cet intérêt est d'autant plus grand que les PME et ETI françaises manquent cruellement de fonds propres, ce qui les rend particulièrement vulnérables aux aléas conjoncturels et aux conséquences de la pandémie.

Dès le printemps 2020 un certain nombre de commentateurs ont relevé que ces caractéristiques devaient retenir l'attention des opérateurs et des pouvoirs publics pour accompagner la sortie de crise. Si à cette époque nous en ignorions le calendrier, nous avons identifiés les enjeux : aider les entreprises à surmonter ce que l'on qualifie désormais de « mur de dettes » qui se mettait en place : dettes fiscales et sociales, crédits différés, impayés, PEG, ...

Les réflexions se sont poursuivies et affinées. Dans le cadre des mesures d'accompagnement décidées par le gouvernement en application de la loi de finances pour 2021 un décret du 25 mars dernier a mis en place une garantie de l'état aux prêts participatifs consentis aux PME et ETI, baptisés prêts participatifs soutenus par l'État (PPSE), que je vais présenter.

Dans un second temps je vous inviterai à réfléchir à l'utilisation de cette « technique

participative » peut être envisageable au-delà de ces P.P.S.E.

I. Les PPSE

Après avoir reçu l'aval des autorités européennes l'État a annoncé mobiliser 20 md€. La semaine dernière 11 mds ont été annoncés comme venant principalement des compagnies d'assurances et disponibles à compter d'aujourd'hui.

Ces prêts se décrivent comme un instrument du financement de la relance. L'entreprise peut les souscrire, selon le gouvernement, « *idéalement en complément d'un financement bancaire* » pour embaucher, investir dans le développement et l'outil de production, et financer la recherche et le développement.

Il s'agit d'une dette subordonnée dont on attend qu'elle crée un effet de levier sur la structure financière des entreprises grâce à son caractère de long terme. Sa subordination doit être totale et aucune garantie ne peut être demandée à l'entreprise. En cas de faillite, les prêteurs passeront après les créanciers chirographaires.

Les entreprises éligibles sont toutes les ETI et toutes les PME dont le chiffre d'affaires 2019 aura été supérieur ou égal à 2 000 000€. Les montants de ces prêts seront plafonnés à 8,4 % de leur chiffre d'affaires 2019 pour les ETI et 12,5 % de leur chiffre d'affaires 2019 pour les pme. Ils auront une durée maximum de huit ans et pourront bénéficier d'un différé de remboursement de quatre ans.

Un certain flou demeure à ce jour quant à leur coût qui est annoncé « *libre* », ce que l'on doit traduire comme le résultat d'une négociation entre prêteurs et emprunteurs. Les coûts évoqués par le ministère de l'économie semblent devoir être considérés comme indicatifs et se situent entre 5 à 6 % pour les ETI et 4 à 5 % pour les PME. En faisant un coût moyen pondéré avec le crédit bancaire l'État table sur un coût en deçà de 3 %.

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

Ce prêt sera cumulable avec les PGE, sans plafond si leurs montants cumulés sont inférieurs à 25 % du chiffre affaires 2019 de l'emprunteur. Au-delà le ministère a publié une grille déterminant les plafonds en fonction des chiffres d'affaires, de leurs variations ainsi que de celles des investissements, des masses salariales, etc...

Ces prêts seront distribués par les banques et bénéficieront d'une garantie octroyée par l'État à concurrence de 30 % de leurs montants.

Le risque principal sera assumé par les investisseurs assureurs à hauteur de 60%. Le risque résiduel (10 %) incombera aux banques.

Les demandes de prêts devront être accompagnées d'un dossier incluant :

- une analyse fine du potentiel de l'entreprise et de ses capacités de rebond ;
- une description du projet d'investissement et de ses perspectives ;
- une « *modélisation opérationnelle et financière à long terme* » qui prendra en compte l'impact positif des investissements.

Ils pourront prendre la forme d'obligations subordonnées souscrites par des sociétés de capital investissement.

Ces dispositifs sont ouverts jusqu'au 30 juin 2022.

Ce type de concours est absolument nécessaire pour permettre aux entreprises d'investir et de maintenir ou améliorer leur niveau de compétitivité.

Pour certaines ce sera suffisant si leur cash-flow disponible leur permet de faire face à leur endettement.

Pour d'autres, ce problème du service de leurs dettes restera à régler puisque ces P.P.S.E ne pourront servir à cela, ou que tout simplement elles ne seront pas éligibles au vu des conditions que je viens d'exposer.

II. C'est pourquoi il est intéressant d'envisager les autres possibilités offertes par cette technique des concours participatifs pour accompagner les entreprises.

Je relève d'emblée que la conversion des dettes, qu'elles soient financières ou commerciales, exigibles ou non, en prêts participatifs, est un important ballon d'oxygène pour les entreprises. Elles peuvent ainsi alléger et allon-

ger les charges de remboursement de leurs dettes tout en consolidant leurs fonds propres.

La faisabilité de ces transformations peut se faire dans des négociations de gré à gré ou dans le cadre de procédures amiables, mandat ad hoc ou conciliation. On peut même recourir à ces prêts dans le cadre des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire en traitant certaines créances hors plan en les transformant en prêts participatifs, c'est à dire en prévoyant leur remboursement au-delà du terme du plan homologué par le tribunal. Ce ne peut donc être que consensuel.

Je n'ai jamais identifié d'obstacles juridiques à ces opérations qui, depuis 2005, sont ouvertes à toutes les sociétés commerciales.

La seule condition posée par l'article L. 313-13 du code monétaire et financier est que ces prêts soient financés par des ressources à long terme. Aucune définition n'existe de ces ressources mais on peut aisément se référer aux notions de capitaux propres ou permanents.

Si une entreprise est confrontée à une telle demande et qu'elle est d'accord pour la satisfaire elle doit se poser effectivement la question du respect de cette condition ; il paraît tout d'abord qu'elle doit constater que sa créance est irrécouvrable et donc la convertir en créance douteuse par le crédit du compte de provision.

Dès lors cette créance change de nature puisqu'elle est intégrée dans le résultat qui se rattache aux fonds propres, ce qui est conforme à la condition posée par l'article précité.

Les créanciers confrontés à certaines situations, plutôt que de perdre leurs créances, peuvent accepter de les transformer en prêts participatifs.

Mais dans la situation actuelle je pense que l'on peut ouvrir le débat pour envisager une utilisation élargie de la technique des concours participatifs. Le glissement sémantique que je viens de retenir se justifie par son utilisation dans des opérations de titrisation qui rajouteraient aux instruments existants.

Deux pistes de réflexion peuvent être explorées:

- l'utilisation des outils existants en faisant évoluer leurs statuts ;
- la création d'une utilisation judiciaire de ce type de solution.

1. *L'utilisation des titres participatifs et des TSDI (titres subordonnés à durée indéterminée)*

Les titres participatifs (article 228-36 du code de commerce) sont aujourd'hui réservés au secteur public et au secteur coopératif.

Ils présentent les mêmes avantages que les prêts participatifs et, en outre, bénéficient du fait d'être des titres négociables.

On peut penser que certaines opérations de restructuration de passifs seraient utilement accompagnées par cette innovation pas très compliquée à mettre en œuvre. J'en veux pour preuve l'utilisation depuis de nombreuses années des obligations subordonnées employées aux mêmes fins.

L'avantage d'élargir le domaine actuel des titres participatifs serait de gagner en visibilité, ce qui n'empêcherait pas, dans les opérations complexes, de continuer à retenir les obligations subordonnées.

Mais au terme de ma vie professionnelle ou j'ai passé beaucoup de temps à réaliser des montages complexes pour ne pas dire compliqués, j'ai rejoint ceux dont la conviction est que l'efficacité des dispositions législatives ou réglementaires est profondément liée à leur accessibilité.

Cette réflexion sur les titres participatifs peut être prolongée par l'étude de la création d'obligations participatives auxquelles on adjoindrait les possibilités d'être combinées à des droits ou certificats permettant à leurs titulaires de faire évoluer leur situations, par exemple vers une position d'associé ou d'actionnaire.

Les TSDI

Il s'agit là encore d'un moyen simple de titrisation, assorti d'une durée indéterminée ce qui par certains aspects les rapproche des crédits perpétuels.

Ils n'ont pas connu beaucoup de succès. Pourtant ils sont d'une grande souplesse d'utilisation, et l'absence d'échéancier peut être compensée par des clauses contractuelles telles que la déchéance du terme en cas de survenance de certains événements.

Un exemple pour illustrer mon propos : un créancier est disposé à consentir des sacrifices sur sa créance pour accompagner le sauvetage de son débiteur, mais n'est pas à l'aise avec un abandon de créance avec une clause de retour à meilleure fortune.

En clair, il n'a pas confiance dans ce type d'accord qui laisse à son débiteur une trop grande latitude pour déterminer les éléments du retour à meilleure fortune. En outre, il ne veut pas que les actionnaires de l'entreprise débitrice cèdent ultérieurement une société restructurée grâce à son sacrifice sans qu'il en bénéficie ; les TSDI vont lui permettre de se protéger facilement contre cette situation par des clauses contractuelles adaptées, telles l'accession au capital ou la modification de l'échéancier.

2. *peut-on imaginer une utilisation judiciaire de cette technique des concours participatifs ?*

Au printemps dernier, en prévision des obstacles posés par la crise aux entreprises très endettées, j'ai imaginé une procédure que j'ai baptisée de « *sauvetage participatif* » que j'ai communiqué à sa demande à la DGE comme un élément de réflexion ;

Puis avec le concours d'Antoine Diesbecq, nous avons affiné cette idée et voulu participer aux réflexions en publiant dans la Gazette du Palais et dans les Petites Affiches une tribune sur ce thème qui part d'un double constat :

- les mesures les plus adéquates seront celles qui interviendront en amont des procédures collectives, et les efforts doivent prioritairement porter sur ces solutions.
- Malheureusement ce système trouvera selon toute vraisemblance sa limite dans le niveau de détérioration du tissu des petites entreprises et des TPE.

Pour beaucoup ce sera la déclaration de cessation des paiements et par voie de conséquence l'ouverture d'une procédure collective et le constat que l'entreprise n'a pas la capacité de présenter un plan. C'est là qu'apparaît le risque systémique de liquidations judiciaires en chaîne alors que, parmi ces entreprises certaines sont viables.

Je sais que la Chancellerie réfléchit à des évolutions permettant de simplifier et d'accélérer les procédures de redressement judiciaire pour les PME/TPE, ce qui apparaît effectivement opportun. Mais si la crise est aussi sévère qu'annoncée, il est à craindre que cette thérapie ne réponde que partiellement à la situation.

D'où l'idée, pour ces dernières, de leur ouvrir la voie d'une procédure exceptionnelle, par laquelle le tribunal pourra convertir les créances, quelles qu'en soit la nature, en concours participatifs. Ils pourraient être rémunérés

ou non et amortis en tout ou en partie sur les résultats futurs, à long terme, avec ou non une clause de retour à meilleure fortune.

Cette procédure exceptionnelle, qui bouscule légèrement quelques principes, pourrait être limitée dans le temps et soumise à la décision conforme du parquet.

Outre la restructuration du passif, cette idée présente selon nous quelques avantages complémentaires :

- Elle évite de mettre en place un système compliqué de « *defeasance* » qui pourrait être applicable pour les PME les plus importantes mais qui serait trop couteux pour la multitude de petites entreprises. J'ai d'ailleurs compris que sur ce point le monde bancaire était très réservé ; cette procédure laisse la gestion – et donc le coût – de la multitude des créances concernées aux parties.
- Elle évite le recours à un système généralisé d'abandon de créance défendu par certains, et justement décrié par d'autres à cause des effets pervers sur la concurrence et aussi pour les inégalités de traitement qu'il génère.
- Elle évite de généraliser les procédures dans lesquelles les anciens dirigeants peuvent reprendre à la barre leur entreprise en liquidation sans avoir à se préoccuper des créanciers, ce qui est très critique.
- Enfin, cette procédure peut éviter les effets d'aubaine que certains peuvent trouver dans ces « *right off* » puisque les profits ultérieurs de l'entreprise ne pourront pas être captés par les seuls dirigeants ou associés ; les créanciers ne seront pas totalement sacrifiés.

Cette idée est à mettre en perspective avec celles développées par Valérie Leloup-Thomas.

* * *

À l'heure où la BCE s'inquiète du risque de faillites en chaîne, le Comité Européen des Risques Systémiques préconise comme voie privilégiée du redémarrage de l'économie de faciliter un nouveau départ pour l'entrepreneur qui a échoué en le formant à de nouveaux métiers, tout en conseillant un soutien ciblé aux entreprises viables.

Ce faisant il fait un mélange d'éléments de bon sens concernant les entreprises viables et d'idées inspirées de la théorie de la destruction créatrice pour inciter les entrepreneurs en situation d'échec à choisir de nouveaux métiers.

Il n'est pas dans l'esprit de l'auteur de fustiger cette théorie qui a le mérite d'obliger à des

perspectives ambitieuses et porteuses d'avenir. Mais elle souffre d'un double risque d'inadaptation aux urgences du moment et d'une méconnaissance certaine de la sociologie des entrepreneurs concernés. Cette approche risque de laisser au bord du chemin de nombreux chefs d'entreprises et leurs salariés qui, faute de capacités réelles de reconversion, viendront grossir les rangs des chômeurs et alourdir le coût social supporté par la collectivité. Il faut éviter que cette ambition louable ne devienne une validation de l'impuissance à faire face aux besoins. Ce processus serait alors plus destructeur que créateur.

Nous avons déjà vécu des situations où les théories les plus intelligentes ont conduit à ignorer le pragmatisme indispensable au sauvetage des entreprises pour privilégier des perspectives séduisantes. Cela a conduit notamment à un appauvrissement irrémédiable du tissu industriel français.

Ne pas reproduire les mêmes erreurs est nécessaire pour faire face aux besoins d'accompagnement de nos entreprises dans la situation qui s'annonce. Il faut donc leur donner des moyens suffisamment diversifiés pour qu'elles les adaptent aux multiples situations qui vont se présenter. Les concours participatifs, sous toutes leurs formes, en font partie.

UNE NOUVELLE APPROCHE DE LA PRÉVENTION ET DU TRAITEMENT ?

PAR GEORGES TEBOUL *

La crise de la covid-19 qui dure depuis plus d'un an nous a donné plusieurs enseignements qui permettent, avec un recul désormais suffisant, de réfléchir à une prévention aménagée et adaptée à la grande crise que nous vivons.

La prévention, outil de traitement de la crise :

La prolifération des webinars permet de constater que les professionnels sont très assidus mais les chefs d'entreprise ne sont guère empressés à s'informer des outils de la prévention. D'une manière générale, les professionnels ont au contraire observé un attentisme encouragé par le soutien économique dispensé à juste titre par l'État.

Concrètement, les chefs d'entreprise ont plutôt été encouragés à se tourner vers leurs banques pour demander des PGE, vers les créanciers sociaux pour demander des moratoires (voir en dernier lieu le décret n° 2021-316 du 25 mars 2021 sur les plans d'apurement et de remises partielles de dettes, de cotisations et de contributions sociales dans le cadre de la crise sanitaire), vers leurs bailleurs pour demander des réaménagements, etc.

C'est donc un morcellement des solutions qui a été constaté, les aides largement distribuées ayant permis à des entreprises de « tenir » jusqu'à la fin de la crise dont nous croyons voir le bout, sans certitude.

Certains chefs de juridiction indiquent que leur activité a notablement chuté, d'autres que la prévention s'est au contraire maintenue et surtout la conciliation avec sans doute des entreprises plus importantes concernées par les mesures de prévention.

Globalement, nous n'avons cependant pas assisté au bond en avant que nous aurions dû constater devant une crise d'une telle ampleur.

Ceci pose la question de la coordination des mesures d'aides, du déficit d'information qui a été pointé par la commission Richelme et d'une manière générale, du peu d'encouragement de la prévention qui a été plutôt laissée de côté. En pratique, la prévention n'a pas été assortie de réelles incitations au niveau des apports de fonds, les PGE n'ayant pas été en général facilités par des mesures de prévention et n'en constituent pas l'enjeu. En outre, les mesures d'aides d'État n'ont pas été accompagnées de cette incitation à la prévention, et elles n'ont jamais évoqué cette condition.

Cela peut apparaître regrettable car une large diffusion aurait sans doute permis un traitement préventif et surtout une analyse globale de la situation des entreprises qui auraient bien été utiles.

C'est donc un constat plutôt mitigé qui doit être fait sur l'utilisation de l'outil de la prévention.

Parallèlement, il n'y a pas eu de réelles modifications dans les critères d'ouverture de la prévention si l'on excepte l'ordonnance du 27 mars 2020 qui prétendait geler un état de cessation des paiements au 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence, ce qui a été fixé au 23 août par une ordonnance ultérieure du 20 mai.

Par la suite, l'appréciation de la cessation des paiements n'a pas changé et c'est sans doute la raison pour laquelle, il y a eu relativement peu de mandats ad hoc, ce qui suppose une absence d'état de cessation des paiements.

Certains présidents de tribunaux de commerce sont restés vigilants sur ce critère et cela ne correspond pas toujours à la réalité de ce que nous constatons. En effet, le critère de la cessation des paiements a montré sa relative

* Georges Teboul est avocat (AMCO) et Président d'honneur de l'association Droit & Commerce.

inefficacité en prévention. Il s'agit plutôt de savoir s'il est réaliste et raisonnable de vouloir l'accompagner pour négocier avec ses créanciers, ce qui est un tout autre critère et qui mérite un audit préalable ou une vérification rapide.

D'une manière souvent inégalitaire suivant les régions, certains départements ou des régions se sont saisis du problème en accordant des subventions à des entreprises pour leur permettre, à tout le moins, de procéder à un diagnostic de leur situation et de les accompagner dans leur difficulté. Les Hauts-de-France sont notamment intervenus à ce titre avec un certain succès pour aider des TPE/PME.

Ces initiatives doivent être saluées mais elles mériteraient d'être systématisées et sans doute mieux encadrées et mieux connues.

Les enjeux de la nouvelle prévention :

Il existe un paradoxe : les outils n'ont pas été sensiblement modifiés. Il s'agit toujours du mandat ad hoc et de la conciliation assez peu adaptés aux TPE et « petites » PME. De nouvelles possibilités ont cependant été ajoutées surtout par l'ordonnance du 20 mai 2020 et ont été ensuite pérennisées par une loi du 7 décembre 2020.

Nous connaissons ces avancées dont certaines ont été confirmées et d'autres pas. La cession facilitée de l'entreprise n'a pas réellement connu le succès que l'on pouvait en attendre pendant la crise. Si l'on a dans un premier temps permis à des dirigeants et associés d'acquiescer leur propre entreprise en se débarrassant de leur passif dans des conditions plus accessibles (en leur ouvrant la possibilité de présenter une requête à cet effet), cette facilité n'a pas été jugée satisfaisante et il y a été mis fin en décembre 2020.

Cela paraît plutôt compréhensible car l'idée de permettre à un dirigeant de continuer son activité en se débarrassant de son passif pouvait poser problème. En revanche, il aurait sans doute été possible de favoriser cette possibilité après une conciliation et une renégociation du passif avec les créanciers pour valider cette capacité de reprise, le cas échéant, tout en permettant une mise en concurrence en cas de besoin. Ce type de prépack cession pourrait avoir un intérêt mais il n'a pas été réellement utilisé.

Si les critères d'ouverture du mandat ad hoc et de la conciliation n'ont pas été modifiés, ce

qui aurait sans doute été souhaitable pour favoriser le recours à la prévention, il a été rendu possible de demander des délais sur requête en paralysant les paiements et la mise en jeu des garanties pendant la durée de la conciliation dont la durée était parallèlement prolongée à 10 mois maximum, ce qui a constitué une avancée. Il serait bienvenu de pérenniser cette possibilité de suspension des paiements.

Certaines décisions ont cependant indiqué que la conciliation ne devait pas être instrumentalisée pour favoriser des situations de fuite en avant.

Tout ceci pose la question du tri des entreprises éligibles et du fait que ce tri, favorisé par un pré-audit aurait sans doute permis de distinguer les entreprises irrémédiablement condamnées de celles qui avaient une chance d'assurer leur pérennité après un retour à une activité normale.

Ce n'est pas cette solution qui a été privilégiée sans doute à des fins politiques, les aides tous azimuts ayant été préférées dans un premier temps (avec des conditions ne prenant pas en compte la pérennité validée mais plutôt un niveau de baisse de chiffre d'affaires, des seuils de montants, etc.)

Il faudra cependant bien en venir à une obligation de tri des entreprises à aider, ce qui rendra plus légitimes les mesures dérogatoires accordées à la conciliation pour assurer la pérennité d'entreprises qui méritent d'être sauvées. A cet égard, les sacrifices imposés aux créanciers par la suspension des poursuites à la carte et sur requête ainsi que par la durée extraordinaire de la conciliation se conçoivent pour des entreprises dont la pérennité doit être vérifiée et à tout le moins plausible. Ce tri sera donc nécessaire.

La création de nouveaux outils financiers est aussi une innovation d'importance : à cet égard, la réflexion sur les prêts participatifs et leur évolution montre que cette inventivité est indispensable et que nous devons changer de culture en favorisant la mobilisation de l'épargne vers des entreprises en difficulté avec un réel potentiel de rebond. Là encore, la question du tri est importante et la corrélation avec une prévention pourrait être utile, ce qui constituerait une réelle incitation.

À cet égard, Bercy a été inventif et a montré qu'avec la participation d'acteurs privés et avec une rémunération raisonnable au-delà de 3 %, ce type d'outil peut être favorisé avec un avantage fiscal indispensable et sans doute à parfaire pour créer une réelle incitation.

Des propositions ont été faites, notamment par le rapport Richelme pour associer davantage les experts-comptables à une participation à l'incitation à la prévention, ce qui ne doit certes pas être perçu comme une alerte mais plutôt comme un outil qui donne une chance supplémentaire de redressement à l'entreprise en difficulté. Là encore, un changement de culture est nécessaire.

Nous devons souligner le fait que le développement des nouveaux modes de communication, notamment en visioconférence, a profondément changé les rapports humains dans le cadre de la prévention, qu'il s'agisse de la consultation, des réunions préparatoires, de l'audience avec le président ou du suivi des négociations avec les créanciers privés ou publics.

À cet égard, le recul du « présentiel » a montré les limites de l'exercice mais aussi ses mérites, en fluidifiant la tenue des réunions, en la simplifiant, ce qui peut être un avantage important, notamment en cas d'urgence et pour des réunions préparatoires. Cependant pour des audiences importantes et dans la mesure du possible, le « présentiel » devrait être privilégié.

En mini conclusion, nous devons souligner que l'année passée, si elle a été abominable, a permis, comme souvent, de provoquer des progrès, tant dans nos réflexions que dans nos outils. La participation du gouvernement a été bouillonnante et plutôt positive mais il faudra ensuite poser le problème du traitement social des dirigeants d'entreprises laissés sur le côté qu'il faudra accompagner, afin de les dissuader de s'acharner au traitement d'entreprises parfois moribondes. Là encore, la question du tri sera centrale.