

UN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ PROTECTEUR DES DÉBITEURS ?

Quelle(s) procédure(s) pour quel(s) débiteur(s) : des procédures amiables et collectives adaptées à la situation de chaque débiteur ?

GPL436r7

L'essentiel

Depuis 1985, le droit des entreprises en difficulté s'est étoffé au fil de nombreuses réformes : il propose désormais divers outils aux entreprises, chacun répondant à des critères propres. Le rôle des praticiens a en conséquence évolué, puisqu'il importe de guider le débiteur vers les mesures qui sont les plus adaptées à sa situation. En dépit de la complexité croissante de la matière, il est possible d'identifier des indicateurs, tant classiques que nouveaux, qui permettent d'orienter le débiteur en difficulté vers la meilleure procédure. Reste à la pratique à se saisir de tous les outils à sa disposition, et tout spécialement des procédures préventives, dont les taux de réussite montrent qu'elles sont efficaces.

Par
Laura SAUTONIE-
LAGUONIE
 Professeur à l'université
 de Bordeaux
 et **Virginie VERFAILLIE-**
TANGUY
 Avocate au barreau de
 Paris

Jamais le droit des entreprises en difficulté français n'a été aussi étoffé, aussi diversifié : si l'essentiel des mesures est regroupé au sein du livre VI du Code de commerce, il faut désormais prendre garde à des dispositions isolées, hors de tout code, telle

la procédure de traitement de sortie de crise, issue de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021. Faut-il en déduire que la boîte à outils qu'a conçue le législateur français offre désormais une procédure adaptée – qu'elle soit amiable ou collective – à la situation de chaque débiteur ?

Répondre à cette question suppose de déterminer non seulement si chaque situation d'une entreprise en difficulté peut être traitée par une procédure adéquate, mais également si, parmi les outils proposés, tous sont effectifs. En effet, les réformes se sont succédé pour tenter d'atteindre le même objectif : trouver le bon équilibre entre la protection du débiteur et la prise en compte des intérêts des parties prenantes, afin d'enrayer le nombre de liquidations judiciaires. Dans cette quête, le législateur n'a cessé de diversifier les mesures afin d'anticiper le traitement des difficultés, d'une part, et, d'autre part, d'adapter les solutions au profil de l'entreprise. Reste alors à vérifier si, au sein de ce droit sur-mesure, chaque débiteur peut trouver « sa » procédure, celle qui sera le remède à « ses » difficultés.

L'intitulé de ce colloque invite à prendre le temps d'un regard rétrospectif – depuis 1985 – tout en regardant droit devant – vers 2025.

S'agissant de l'architecture du droit des entreprises en difficulté, le regard rétrospectif permet de mesurer la profonde mutation de la matière. Il faut en effet se souvenir que, sous l'empire de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, les procédures collectives étaient limitées au redressement et à la liquidation judiciaires, tandis que, au stade de

la prévention, seul était prévu le règlement amiable. Le mandat *ad hoc* n'était alors qu'une création prétorienne. La distinction entre le judiciaire et l'amiable s'opérait facilement par la dichotomie : être ou ne pas être en cessation des paiements. Ce qui frappe par rapport à notre droit positif, c'est que le débiteur était alors perçu comme un « être indifférencié ». Il n'y avait guère de spécificité selon la taille de l'entreprise ou selon la nature de l'activité, réserve faite des entreprises agricoles à compter de 1988 ⁽¹⁾.

Après la loi de 1985, le législateur n'a eu de cesse de modifier notre droit afin de diminuer le nombre de liquidations judiciaires, tout en recherchant un équilibre entre protection des entreprises et des emplois et paiement des créanciers, dans le but de préserver le crédit. L'objectif, énoncé par l'article 1^{er} de la loi de 1985, a perduré jusqu'à aujourd'hui : « La sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité, de l'emploi et l'apurement du passif. »

Faute de parvenir à véritablement réduire le nombre de liquidations judiciaires, et ce malgré les ajustements opérés en 1994, c'est une autre réforme d'ampleur qui résulte de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005. L'architecture du droit des entreprises en difficulté devient plus complexe. La cessation des paiements n'est plus le critère de distinction entre l'amiable et le judiciaire. Une petite révolution s'opère : le débiteur en cessation des paiements (depuis moins de 45 jours) peut se tourner vers la procédure de conciliation, qui succède au règlement amiable ⁽²⁾. Dans le même temps, le débiteur, qui n'est pas en cessation des paiements, peut néanmoins faire le choix d'une procédure collective : la sauvegarde. Plus nombreuses, les procédures sont également plus largement ouvertes, puisque, désormais, les professions indépendantes, y compris libérales, sont éligibles au livre VI du Code de commerce. La loi de 2005 est également celle qui renoue avec le traitement différencié selon la taille de l'entreprise. En effet, elle institue des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement, obligatoires pour les entreprises de plus de 150 salariés ou 20 millions d'euros

(1) L. n° 88-1202, 30 déc. 1988.

(2) Le mandat *ad hoc* fait son entrée dans le Code de commerce : C. com., art. L. 611-3.

de chiffres d'affaires ⁽³⁾. Pour les petites entreprises, elle institue une forme simplifiée de liquidation judiciaire ⁽⁴⁾.

Les réformes suivantes poursuivent le mouvement de diversification des procédures, notamment par la création de procédures hybrides, et multiplient le recours à des seuils d'éligibilité.

Ainsi, la sauvegarde accueille dans son giron la sauvegarde financière accélérée ⁽⁵⁾ puis la sauvegarde accélérée ⁽⁶⁾, subordonnées l'une et l'autre à des seuils. Des passerelles deviennent ainsi possibles entre l'amiable et le judiciaire ⁽⁷⁾, mais sont dans un premier temps réservées à des entreprises de taille importante.

L'objectif de simplification et de rapidité de la liquidation est poussé à son paroxysme par la création du rétablissement professionnel, lui aussi conditionné à de nouveaux seuils ⁽⁸⁾.

La géométrie variable des procédures se traduit également sur le terrain procédural, en 2015, par la création des tribunaux de commerce spécialisés (TCS). Ils sont habilités à traiter des dossiers les plus complexes, entendus comme ceux qui concernent les plus grosses sociétés ou bien qui ont un volet international ⁽⁹⁾.

Au terme de ces évolutions, avant la crise sanitaire, le droit français n'est plus le même quel que soit le profil du débiteur en difficulté. La nature de son activité, sa structure d'exploitation ⁽¹⁰⁾, la gravité de ses difficultés mais aussi sa taille sont désormais déterminantes des solutions qui peuvent lui être proposées, avec une frontière entre l'amiable et le judiciaire qui n'est plus étanche.

Pourtant, l'objectif de ces réformes n'est pas pleinement atteint dès lors que le pourcentage de liquidations judiciaires n'a guère baissé au fil du temps ⁽¹¹⁾. Si de nouvelles pratiques se créent, elles restent encore destinées aux plus grosses entreprises, s'agissant des solutions amiables ou encore de la sauvegarde, qui peine à trouver son public.

La survenance brutale de la crise sanitaire en mars 2020 a contraint le législateur à tenter, de nouveau, d'adapter le droit des entreprises en difficulté. La législation de crise a été l'occasion de revoir les seuils des procédures dont il a paru nécessaire d'élargir le spectre : abaissement du seuil de la sauvegarde accélérée et rehaussement des seuils de la liquidation judiciaire simplifiée et du rétablissement professionnel ⁽¹²⁾. De nouvelles solutions sont également

tentées, telle celle du mandat *ad hoc* de sortie de crise, et, surtout, celle de la procédure de traitement de sortie de crise.

C'est dans ce contexte inédit que s'est parachevée la transposition de la directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021. Cette réforme a pérennisé certaines des solutions de la législation de crise et a, de nouveau, fait évoluer le panel des procédures de traitement des difficultés des entreprises, notamment pour faire de la sauvegarde accélérée le cadre de restructuration préventive français.

Ce flot de réformes donne quelque peu le tournis, même sans y intégrer la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 sur le statut de l'entrepreneur individuel ⁽¹³⁾. Les orientations initiées par la loi du 26 juillet 2005 se confirment et s'accroissent : l'amiable devient une priorité, les niveaux de difficultés sont analysés plus finement, des solutions spécifiques sont proposées tantôt aux plus grandes entreprises, tantôt aux petites voire très petites entreprises (TPE).

La pratique doit aujourd'hui s'adapter à ces différentes évolutions. Pour ce faire, il faut s'approprier les nouvelles mesures et intégrer les changements opérés dans les procédures plus connues. Il faut aussi faire évoluer ses habitudes pour oser aller vers les outils qui offrent les meilleures chances de réussite.

Plus que jamais, le chef d'entreprise a besoin de professionnels du droit à même de l'accompagner et, en premier lieu, de l'orienter vers la procédure la plus adaptée à sa situation. Mais comment faire ? Il paraît indispensable de réaliser un diagnostic de la situation de l'entreprise pour trouver dans le droit sur-mesure créé par le législateur français la meilleure procédure. Pour ce faire, il convient de partir d'indicateurs qui permettent de choisir entre les mesures : certains sont incontournables, classiques (I), tandis que d'autres, nouveaux, ont émergé au fil des dernières réformes, et induisent une évolution des pratiques (II).

I. LES INDICATEURS CLASSIQUES D'ORIENTATION DU DÉBITEUR VERS LA BONNE MESURE

Il est indispensable de cerner le niveau de difficulté (A), qui reste le critère central d'orientation. S'y ajoutent l'identification des perspectives de l'entreprise (B) et l'éventuel volet social (C).

A. Le niveau de difficultés

Au moment du diagnostic, plusieurs types de situations peuvent se rencontrer. Sans prétendre à l'exhaustivité, il peut tout d'abord s'agir d'une situation de décroissance. Ainsi, une entreprise peut être confrontée à une chute de son chiffre d'affaires, notamment pour des raisons structurelles, telle, par exemple, la situation du marché de l'automobile avec une hausse de l'inflation et des véhicules plus coûteux du fait des critères environnementaux. Il faudra alors procéder à des mesures drastiques de réorganisation opérationnelle, voire de restructuration de son

(3) C. com., art. R. 626-52 anc. En dessous de ces seuils, les comités peuvent être constitués à la demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire et sur autorisation du juge-commissaire (v. C. com., art. L. 626-29 anc.).

(4) V. C. com., art. L. 644-1 et s.

(5) L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010.

(6) Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014.

(7) V. aussi la création du *prepack-cession* par ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 et C. com., art. L. 611-7.

(8) V. C. com., art. L. 645-1 et C. com., art. R. 645-1 visant initialement l'absence de contentieux prud'homains, l'absence de salariés sur les six derniers mois et un actif d'un montant maximal de 5 000 €.

(9) V. C. com., art. L. 728-1 institué par L. n° 2015-990, 6 août 2015.

(10) Et not. la possible exploitation sous forme d'EIRL, introduite en 2010.

(11) Ainsi, sur 10 ans, entre 2009 et 2018, le nombre de liquidations judiciaires directes est resté assez stable, représentant entre 65 et 68 % des procédures collectives ouvertes chaque année. V. Altares, étude, 2018, « Défaillance et sauvegardes d'entreprises en France, bilan 2018 ».

(12) V. ord. n° 2020-596, 20 mai 2020.

(13) V. intervention de F. Reille et S. Jonval, GPL 28 juin 2022, n° GPL436r9.

endettement. Le choix de la procédure va dépendre de ces mesures.

Il peut ensuite s'agir d'une entreprise en besoin de croissance, laquelle n'est, pour l'heure, pas financée. Dans un tel cas, le besoin en fonds de roulement augmente et il faudra donc choisir une procédure permettant de trouver des leviers de financement. Il peut s'agir d'accords avec les créanciers pour étaler la dette, voire d'obtenir des abandons de créance, avec clause de retour à meilleure fortune, ou encore de recherche de *new money*.

D'autres situations, fréquentes, correspondent à un endettement trop important (financier, social/fiscal notamment), avec, désormais, le cas particulier des prêts garantis par l'État (PGE).

Ce sont, enfin, parfois les relations de l'entreprise – internes ou externes – qui sont la principale cause des difficultés : ainsi du conflit entre actionnaires, ou encore d'une relation conflictuelle avec un important client ou fournisseur.

En réponse à ces diverses situations, il faudra orienter le débiteur vers la procédure adaptée. Les conditions d'ouverture sont ici déterminantes mais il faut également tenir compte du taux de réussite des procédures. Ainsi, les procédures préventives permettent d'aboutir à des accords amiables dans environ deux tiers des cas⁽¹⁴⁾, tandis qu'un redressement judiciaire n'aboutira à un plan que dans environ un quart des procédures⁽¹⁵⁾.

Chaque fois que l'amiable est possible, il reste à choisir entre le mandat *ad hoc* et la conciliation. Le premier offre l'avantage de la souplesse, l'absence de durée limitée, voire d'un coût maîtrisé si les seuils du mandat de sortie de crise sont tenus⁽¹⁶⁾. La conciliation pourra être choisie à la suite du mandat *ad hoc*, pour profiter des attraits de l'accord amiable homologué⁽¹⁷⁾, ou bien en première intention si le délai des négociations, imposé par la loi, ne pose pas de difficulté⁽¹⁸⁾. S'agissant du niveau de difficultés, la cessation des paiements récente laisse accessible la seule conciliation⁽¹⁹⁾.

“ Il est tout à fait possible que le risque pour les créanciers d'une application forcée interclasse facilite l'aboutissement d'un accord en conciliation ”

Ce passage par l'amiable pourra conduire à une transition vers le judiciaire, soit qu'il s'agisse de faire valider

une cession préparée à titre confidentiel (*prepack-cession*)⁽²⁰⁾, soit qu'il s'agisse de faire imposer par le tribunal un accord amiable qui n'a pas obtenu l'unanimité des parties prenantes. À cet égard, il importe de noter que la sauvegarde accélérée⁽²¹⁾ a changé de physionomie depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021. Elle n'est plus « une planche de rappel » pour une conciliation qui n'aurait pas abouti. La constitution, désormais obligatoire, de classes de parties affectées⁽²²⁾ va conduire à anticiper l'ouverture d'une sauvegarde accélérée. La conciliation servira désormais à préparer cette procédure que le débiteur choisira pour faire adopter rapidement un plan selon la loi de la majorité. Il est tout à fait possible que le risque pour les créanciers d'une application forcée interclasse facilite l'aboutissement d'un accord en conciliation.

S'agissant enfin des procédures collectives classiques, l'orientation du débiteur dépendra naturellement de son niveau de difficultés. Mais, au-delà des critères d'ouverture légaux⁽²³⁾, il est bon que le praticien intègre, là aussi, le taux de réussite des procédures. À cet égard, alors même que la sauvegarde ne représente qu'environ 2 % des procédures ouvertes⁽²⁴⁾, elle permet d'adopter un plan dans 62 % des cas, là où le redressement n'aboutit à un plan que dans 27 % des procédures⁽²⁵⁾. Il serait donc souhaitable que la sauvegarde ne reste pas la procédure des grandes entreprises, mais qu'elle soit également ouverte par des débiteurs de taille plus modeste.

Outre ces différentes procédures classiques, il faut désormais faire une place à la nouvelle procédure de traitement de sortie de crise. D'une durée d'application en principe limitée (jusqu'au 2 juin 2023), cette procédure est réservée aux entreprises de moins de 20 salariés et dont le bilan fait apparaître moins de 3 millions d'euros de passif hors capitaux propres⁽²⁶⁾. Elle s'ouvre à la demande exclusive du débiteur, dont les comptes sont « réguliers, sincères et aptes à donner une image fidèle de la situation financière de l'entreprise »⁽²⁷⁾. Le débiteur est en cessation des paiements, mais il doit avoir encore des « fonds disponibles pour payer ses créances salariales »⁽²⁸⁾. Il lui faut enfin justifier d'être en mesure d'élaborer un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise qui peut être arrêté dans les trois mois⁽²⁹⁾.

Originale par ses critères d'ouverture, cette procédure a principalement pour objectif, compte tenu de son bref délai, d'instituer un traitement de la dette existante par un moratoire, voire des abandons de créances. Elle peut être préparée, le cas échéant, par un mandat *ad hoc*, qui peut être de sortie de crise. On soulignera que, dans les textes, rien n'indique que les difficultés rencontrées par

(14) D'après le constat fait par le Centre national d'information sur la prévention : v. cip-national.fr.

(15) V. la note d'analyse par France Stratégie, « Entreprises en difficulté : quelle efficacité des procédures préventives ? », février 2020 : <https://text.so/edO9tf>.

(16) Coût plafonné à 1 500 € HT pour les entreprises de moins de 5 salariés et de 3 000 € HT pour les entreprises de 5 à 10 salariés.

(17) V. C. com., art. L. 611-11.

(18) V. C. com., art. L. 611-6.

(19) V. C. com., art. L. 611-4 qui pose la limite de 45 jours après la cessation des paiements.

(20) V. C. com., art. L. 642-2.

(21) V. C. com., art. L. 628-1.

(22) V. C. com., art. L. 628-4.

(23) V. C. com., art. L. 620-1, pour la sauvegarde – C. com., art. L. 631-1, pour le redressement judiciaire – C. com., art. L. 640-1, pour la liquidation judiciaire.

(24) V. Altares, étude, 2018, « Défaillance et sauvegardes d'entreprises en France, bilan 2018 ».

(25) V. la note d'analyse par France Stratégie, « Entreprises en difficulté : quelle efficacité des procédures préventives ? », février 2020 : <https://text.so/edO9tf>.

(26) V. D. n° 2021-1355, 16 oct. 2021, art. 1.

(27) L. n° 2021-689, 31 mai 2021, art. 13.

(28) L. n° 2021-689, 31 mai 2021, art. 13.

(29) L. n° 2021-689, 31 mai 2021, art. 13.

le débiteur doivent résulter de la crise. Au 9 mai 2022, 17 procédures de traitement de sortie de crise ont été ouvertes, ce qui est assez peu ⁽³⁰⁾.

B. Les perspectives de l'entreprise

Le diagnostic de l'entreprise doit ici permettre de répondre à plusieurs questions.

Où veut-on aller ? Selon la taille du groupe, il peut être décidé par exemple, dans le cadre d'une réorientation stratégique, de céder une branche d'activité. Si cette branche est déficitaire, alors il peut être utile de recourir à une procédure de conciliation. Une banque d'affaires pourra être désignée, le conciliateur s'assurera que la reprise est suffisamment financée (négociations avec le vendeur et l'acquéreur). La cession peut intervenir dans le cadre d'un protocole de conciliation homologué avec apports de fonds (privilège de *new money*) et restructuration de l'endettement. Parfois, la fermeture de cette branche d'activité s'impose, sans possibilité de trouver un repreneur *in bonis*, et une procédure collective est adaptée. Un redressement judiciaire peut être ouvert avec appel d'offres et, à défaut, liquidation judiciaire.

Où peut-on aller ? Ainsi, il faut déterminer si l'entreprise est limitée par sa trésorerie, afin d'identifier les leviers avec l'aide de spécialistes (exemple du *retail* avec les clauses de réserve de propriété (CRP), crédits documentaires ou encore garanties à première demande dont il faut tenir compte). Plus l'anticipation est importante, plus l'entreprise disposera de marges de manœuvre pour mener à bien son retournement.

Quelle est l'importance de la confidentialité pour l'entreprise en cause ? Selon l'activité, la confidentialité peut être clé, et conduira donc à s'orienter vers les mesures amiables. Par exemple, dans un groupe travaillant avec des grands comptes, une procédure collective peut être problématique. La communication avec les clients et fournisseurs doit être préparée si cette procédure est inéluctable.

C. Le volet social

L'existence d'un volet social sera importante pour choisir entre la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement. Si aucune restructuration sociale n'est envisagée et que la situation de trésorerie ne requière pas d'avance de l'AGS, alors la sauvegarde est plus adaptée (sous réserve de l'absence de cessation des paiements). Mais, selon les besoins de trésorerie à l'ouverture, l'avance des salaires du mois en cours peut permettre de disposer du temps nécessaire à la mise en œuvre d'une solution de cession, et il faudra donc une intervention de l'AGS, ce qui conduira à opter pour le redressement judiciaire. Il faut toutefois être prudent dans ses prévisions car il arrive que l'AGS s'oppose à cette avance au motif que l'entreprise ne justifie pas de l'absence de fonds disponibles pour payer elle-même ses salariés.

Relevons à cet égard un jugement du tribunal de commerce de Bobigny du 6 mai 2021 ⁽³¹⁾ considérant que la

vérification de l'existence de fonds disponibles relève de la prérogative du seul mandataire judiciaire.

Le redressement judiciaire offre également plus de souplesse pour procéder aux licenciements, puisque les délais et contraintes du droit du travail sont assouplis ⁽³²⁾, ce qui n'est pas le cas en procédure de sauvegarde. Il permet également de sécuriser le motif économique de licenciement, qui est apprécié au niveau de l'entreprise et non du groupe ⁽³³⁾.

II. LES NOUVEAUX INDICATEURS D'ORIENTATION DU DÉBITEUR VERS LA BONNE PROCÉDURE

De nouveaux indicateurs émergent, au fil des réformes et de l'évolution des pratiques : la taille du débiteur (A), le rapport avec les créanciers, qui est parfois un rapport de force (B), l'incitation à aller vers les modes amiables (C) et le degré d'engagement personnel du dirigeant (D).

A. La taille du débiteur

Le droit des entreprises en difficulté est aujourd'hui souvent fonction de la taille de l'entreprise. Au stade du diagnostic, il importe donc de déterminer le nombre de salariés, le chiffre d'affaires et, désormais, le passif à traiter (nouveau critère de seuil introduit pour la procédure de traitement de sortie de crise ⁽³⁴⁾). Selon les seuils, certaines procédures ne seront pas accessibles au débiteur. Sont ainsi réservés aux petites entreprises le mandat *ad hoc* de sortie de crise, la procédure de traitement de sortie de crise ⁽³⁵⁾, la liquidation judiciaire simplifiée ⁽³⁶⁾ et le rétablissement professionnel ⁽³⁷⁾.

On peut également noter que certaines mesures, ciblées pour les TPE et PME, sont prévues hors procédures. C'est ainsi le cas de la renégociation d'un PGE qui peut se faire dans le cadre de démarches simplifiées au travers de la médiation du crédit s'il est de moins de 50 000 €. Sont à l'opposé réservés aux plus grosses entreprises d'autres dispositifs, telle l'intervention, au stade amiable, des CRP et, au-delà de 400 salariés, du comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI).

Au sein des procédures collectives, c'est le déroulement de la procédure qui sera différent selon la taille de l'entreprise. Ainsi, celles ouvertes à l'égard d'entreprises de moins de 20 salariés et de 3 millions d'euros de chiffre d'affaires peuvent se dérouler sans administrateur judiciaire ⁽³⁸⁾, tandis que, pour les entreprises plus impor-

(30) V. observatoire des données économiques du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ) : <https://lexet.sofia.luz7v>.

(31) T. com. Bobigny, 6 mai 2021, n° 2021L01170.

(32) V. not., pour la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, pour les délais d'information-consultation du comité social et économique, l'absence de congé de reclassement, l'absence d'obligation de revitalisation du bassin d'emploi, etc.

(33) Dès lors que les licenciements ont fait l'objet d'une autorisation judiciaire (ordonnance du juge-commissaire ou jugement du tribunal de commerce) devenue définitive, le motif économique de licenciement ne peut plus être contesté. Il n'est, en effet, plus permis au juge prud'homal d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif économique de la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-43374 – Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-44647).

(34) V. *supra*.

(35) V. *supra*.

(36) V. C. com., art. D. 641-10.

(37) V. C. com., art. L. 645-1 – C. com., art. R. 645-1.

(38) C. com., art. R. 621-11.

tantes, il faut au contraire une double désignation des organes de la procédure (co-mandat de justice) ⁽³⁹⁾.

Un traitement particulier est désormais réservé aux entreprises de plus de 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires ou de plus de 40 millions d'euros de chiffres d'affaires. Elles relèvent non seulement de la compétence des seuls tribunaux de commerce spécialisés (TCS) ⁽⁴⁰⁾, mais sont aussi contraintes de mettre en place des classes de parties affectées ⁽⁴¹⁾.

Cette multiplication des seuils ⁽⁴²⁾ est une source de complexification du droit applicable, qui perd en lisibilité et en accessibilité. S'il est tout à fait concevable, voire souhaitable, d'adapter la législation à la taille de l'entreprise, il faudrait à tout le moins harmoniser les seuils fixés.

B. Le rapport (de force ?) avec les créanciers

Plusieurs cas de figure peuvent se rencontrer au stade du diagnostic. S'il est nécessaire d'obtenir de nouveaux financements, les privilèges de la procédure peuvent être intéressants. Il s'agira donc d'aller vers la conciliation, pour bénéficier du privilège de *new money*, en cas d'accord homologué. Il peut aussi s'agir désormais d'arguer du privilège de *post money*, institué par les dernières réformes ⁽⁴³⁾, pour les apports de trésorerie réalisés en période d'observation, ou pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement ⁽⁴⁴⁾.

Les solutions à mettre en place dépendront également de la qualité des rapports avec les créanciers. Il faudra apprécier s'il est judicieux de les soumettre à des contraintes, par les délais (délais de grâce en conciliation, délais du plan...) ou bien si ce sont eux qui sont en situation d'imposer des contraintes au débiteur, spécialement par le biais des classes de parties affectées. Le risque d'un projet de plan concurrent doit être pris en compte, et on signalera qu'il n'existe désormais qu'en redressement judiciaire ⁽⁴⁵⁾, ce qui peut rendre attractive la sauvegarde. Parfois, le débiteur et les créanciers majoritaires se retrouveront sur un projet commun, et il ne faut alors pas sous-estimer l'intérêt de se placer volontairement sous le régime des classes de parties affectées, afin d'imposer un plan aux créanciers récalcitrants.

Par ailleurs, lors du diagnostic, il faudra répertorier tous les créanciers qui sont en position d'échapper au gel du passif, du fait d'un nantissement, d'un privilège ou d'un droit de rétention. Ces créanciers peuvent ne pas redouter l'ouverture d'une procédure collective, ce qui limitera d'autant les chances de les amener à accepter un accord amiable. Certains établissements financiers, pour des questions de place, préféreront en outre que des délais leur soient imposés en sauvegarde ou redressement judiciaire plutôt que d'accepter des efforts équivalents en conciliation.

(39) C. com., art. L. 621-4-1 – C. com., art. R. 621-11-1.

(40) C. com., art. L. 721-8.

(41) C. com., art. R. 626-52.

(42) Pourrait encore être ajouté le seuil ne permettant pas d'imposer un plan à une classe de détenteurs de capital, ayant voté contre le projet de plan : v. C. com., art. L. 626-32.

(43) C. com., art. L. 622-17 – C. com., art. L. 626-10.

(44) Le privilège peut également être attractif pour obtenir de nouveaux financements dans le cadre d'une modification de plan : C. com., art. L. 626-26.

(45) C. com., art. L. 631-19.

C. L'incitation au traitement anticipé des difficultés

Les procédures amiables présentent de nombreux avantages qui conduisent les acteurs de terrain à se mobiliser, afin que davantage d'entreprises y aient recours. Outre le bon taux de réussite, elles offrent un cadre souple de négociations confidentielles, grâce à l'intervention d'un tiers professionnel. De nouveaux interlocuteurs peuvent permettre de faire évoluer les positions de chacun (commissions des chefs de services financiers – CCSF –, direction générale des entreprises au ministère de l'Économie et des Finances – DGE –, CIRI, commissaires aux restructurations et prévention des difficultés des entreprises – CRP). La crise liée aux conséquences de la Covid-19 a permis une communication importante sur les atouts du mandat *ad hoc* et de la conciliation qui, poursuivant les démarches antérieures, commence à produire leurs fruits. En effet, les procédures amiables ont représenté, en 2021, 16 % des procédures ouvertes, soit 22,5 % de plus qu'en 2019, et près de 48 % de plus qu'en 2020 ⁽⁴⁶⁾. À cela s'ajoute qu'elles ne sont plus mises en œuvre par les seules grandes entreprises. En effet, en 2021, le nombre moyen de salariés des entreprises ayant ouvert un mandat *ad hoc* ou une conciliation était de 23 ⁽⁴⁷⁾, ce qui montre que les TPE commencent à se placer sous ces dispositifs. Il s'agit d'un mouvement qu'il faut encourager, et donc intégrer dans l'accompagnement du chef d'entreprise en difficulté. Pour ce faire, il importe de rassurer ce dernier, en lui expliquant que ces mesures ne lui font pas perdre de pouvoir décisionnel ni de pouvoir de gestion de son activité, le convaincre qu'il s'agit d'un outil de bonne gestion de l'entreprise.

D. Le degré d'engagement personnel du dirigeant

Il importe de prendre en compte l'incidence de toute procédure sur la situation personnelle du dirigeant. Parfois, afin d'éviter de devoir consentir de nouvelles garanties personnelles dans le cadre d'une procédure amiable, le dirigeant préférera une procédure collective permettant d'imposer des délais aux créanciers. Dans d'autres cas, le dirigeant sera caution de sa société. Il faut ici tenir compte de la nouvelle extension au plan de redressement de l'opposabilité des délais et remises à la caution personne physique ⁽⁴⁸⁾. Certains redoutent que cet alignement du redressement sur la sauvegarde ne fasse perdre de l'attractivité à cette dernière. Il est toutefois possible d'avoir une autre lecture en considérant la situation du dirigeant caution d'une société en cessation des paiements. Là où ses craintes d'être poursuivi personnellement pouvaient le conduire à la passivité jusqu'à ce que la liquidation judiciaire ne soit inéluctable, il peut aujourd'hui faire le choix de solliciter un redressement judiciaire. L'objectif est donc de convaincre et d'inciter le dirigeant à réagir sans attendre qu'il ne soit trop tard et qu'il n'ait plus le choix de la procédure.

En définitive, le droit des entreprises en difficulté français offre aujourd'hui un panel de procédures variées au débiteur en difficulté. Il s'agit incontestablement d'un atout car

(46) Observatoire des données économiques du CNAJMJ.

(47) V. Observatoire des données économiques du CNAJMJ : <https://lxt.sofqluz7v>.

(48) C. com., art. L. 631-14.

la volonté est bien d'adapter au mieux les solutions proposées au profil du débiteur, qu'il s'agisse de son niveau de difficultés ou, désormais, de sa taille et de son degré d'anticipation. Pour autant, si l'on regarde vers 2025, des évolutions sont encore à venir. Il s'agira tout d'abord de prendre parti sur le sort de la procédure de traitement de sortie de crise. Conçue comme une procédure éphémère, il est possible de se demander si elle ne devrait pas être reconduite au-delà du 2 juin 2023, notamment dans l'hypothèse où la crise ne serait pas terminée d'ici là. Ce choix dépendra également du succès que connaîtra ce modèle de procédure très rapide, destinée à une restructuration de la dette et accompagnée par un mandataire unique. Il est également possible de se demander si les équilibres entre sauvegarde et redressement sont les bons. Le redressement judiciaire n'a, en effet, guère été modifié par les dernières réformes, et sa coexistence avec la sauvegarde, qui en est une figure anticipée, interroge. Enfin, et

peut-être surtout, il importe que la pratique se saisisse véritablement de tous les outils que lui offre le législateur. Il est dommage que les procédures qui produisent les meilleurs résultats – mandat *ad hoc*, conciliation et sauvegarde – soient celles qui sont les moins mises en œuvre. Les efforts de tous sont donc nécessaires et doivent être poursuivis pour que ces procédures soient mieux connues, et que les leviers permettant leur efficacité soient actionnés, comme l'ont proposé les derniers rapports officiels ^[49].

(49) V. rapp., mission sur la justice économique, présidée par G. Richelme. V. rapp., mission d'information relative aux entreprises en difficulté du fait de la crise sanitaire, présidée par R. Grau.