

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.