COMMISSION PROSPECTIVE & PRÉSIDENTIELLE 2022

# LES RECOMMANDATIONS AFIN DE PRÉSERVER LES ENTREPRISES, L'EMPLOI & FAVORISER L'INVESTISSEMENT

MARS 2022

COMMISSION PROSPECTIVE & PRÉSIDENTIELLE 2022

# LES RECOMMANDATIONS AFIN DE PRÉSERVER LES ENTREPRISES, L'EMPLOI & FAVORISER L'INVESTISSEMENT

MARS 2022

ARE

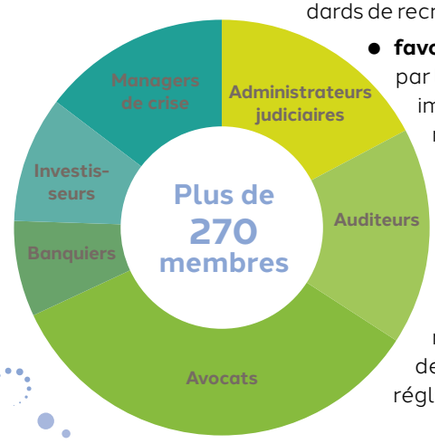
# PRÉSENTATION DE L'ARE

Constituée en 2002, l'Association pour le Retournement des Entreprises (ARE) regroupe l'ensemble des professionnels (avocats, auditeurs, conseils, administrateurs judiciaires, banquiers, fonds d'investissement, managers de crise, etc.) régulièrement impliqués dans les opérations de retournement, de refinancement ou de restructuration.

Unique en France par son caractère pluridisciplinaire, l'ARE réunit plus de 270 membres.

**L'association poursuit les objectifs essentiels suivants :**

- **développer** une culture de la prévention des difficultés ;
- **former** un *noyau dur* de membres pour lesquels les plus hauts standards d'expérience sont requis, et favoriser le recrutement de professionnels adhérant aux principes fondateurs d'éthique et de compétence de l'association ;
- **favoriser** la compréhension et la connaissance des techniques et impératifs du retournement par le monde des affaires, les organismes gouvernementaux et législatifs, et les médias ;
- **maintenir et améliorer** la performance des professionnels du retournement et de la restructuration en adoptant les plus hauts standards de recrutement, de gestion et d'autocontrôle des membres ;
- **favoriser** la création d'un réseau européen regroupant, par le biais d'associations identiques, les professionnels impliqués dans des opérations complexes et internationales de restructuration pour favoriser l'émergence d'une « *best practice* » européenne.




Chaque année, l'ARE remet le *Prix Ulysse* qui récompense le meilleur retournement d'entreprise de l'année écoulée.

Depuis plusieurs années, l'ARE est systématiquement consultée par les pouvoirs publics à l'occasion des projets de modification des dispositifs légaux et réglementaires concernant les entreprises en difficulté.

# AVANT-PROPOS

En 2020 et 2021, les règles applicables aux difficultés des entreprises ont été, d'une part, adaptées pour répondre aux nouveaux besoins entraînés par la pandémie de Covid-19, et, d'autre part, réformées en application de la loi PACTE pour transposer en droit interne la directive européenne « *restructuration et insolvabilité* » du 20 juin 2019, et articuler le droit des entreprises en difficulté avec le nouveau droit des sûretés.

Une procédure de traitement de sortie de crise a ainsi été créée par une loi du 31 mai 2021 pour donner aux entreprises touchées par les conséquences de la pandémie de Covid-19 un instrument supplémentaire d'aménagement de leur endettement. Par ailleurs, le droit des entreprises en difficulté et des sûretés a été réformé significativement dans le cadre de deux ordonnances publiées le 15 septembre 2021 et des décrets d'application qui ont suivi.

Avant cela, le président de la Conférence générale des juges consulaires avait été investi par le garde des Sceaux d'une mission d'étude tendant à la formulation de recommandations sur l'articulation des mécanismes de détection et de prévention des difficultés et l'accueil des dirigeants des entreprises concernées.

Pour aller au-delà de ces réformes et initiatives, une mission parlementaire sur les entreprises en difficulté du fait de la crise sanitaire a été constituée, regroupant 23 députés sous la présidence du député Romain Grau, pour examiner notamment si les modifications des textes alors en gestation seraient suffisantes pour faire face aux conséquences de la pandémie de Covid-19, et si d'autres voies devaient être explorées pour améliorer les dispositifs de sauvetage des entreprises. La mission a publié son rapport fin juillet 2021.

L'ARE a été systématiquement consultée par la Chancellerie, et plus généralement par les pouvoirs publics, au moment de l'élaboration de la loi du 31 mai 2021, des ordonnances du 15 septembre 2021 et de leurs décrets d'application. Elle a été particulièrement active pour alimenter les travaux de la mission d'étude et de la mission parlementaire évoqués et ses préconisations ont été retenues.

Toutefois, compte tenu du calendrier de publication des ordonnances du 15 septembre 2021 imposé par la directive et par la loi PACTE, ces préconisations n'ont pas pu être intégrées aux nouveaux textes.

Par ailleurs, dans le cadre des travaux d'élaboration des présentes recommandations menés par un groupe de travail de 30 professionnels de l'ARE, de nouveaux ajustements ont été identifiés comme souhaitables.

Au-delà des réformes déjà mises en œuvre, il doit être bien compris que toutes les préconisations de l'ARE ont pour objectif de préserver les entreprises et les emplois attachés et donc, plus généralement, le tissu économique français. Si ce dernier a pour l'heure été relativement épargné grâce aux aides de l'État, il sera durement touché lorsqu'il s'agira d'apurer le passif – notamment fiscal, social et financier – cumulé au cours des années 2020 et 2021.

Il est donc de la plus haute importance que les candidats à la Présidentielle se saisissent de ces sujets et les intègrent à leurs programmes pour que les réformes que l'ARE préconise soient mises en œuvre dès le début du prochain quinquennat dans un souci d'efficacité des instruments de prévention et de traitement des difficultés des entreprises face à leur endettement.

**BENOÎT DESTERACT**
*Président de l'ARE*

**SERGE PELLETIER**
*Membre du bureau de l'ARE en charge de la commission Prospective & Présidentielle 2022*

# 10 RECOMMANDATIONS

| CONSTATS | |
|---|---|
| 1 | Les procédures de prévention (mandat *ad hoc* et conciliation) permettent aux entreprises de traiter leurs difficultés avant la survenance de l'état de cessation des paiements.<br>Mais, même en l'absence d'état de cessation des paiements, certains établissements – par une interprétation extensive des accords de Bâle III sur les ratios d'insolvabilité – considèrent l'ouverture d'une procédure préventive comme un cas de défaut. Cela entraîne une dégradation de la note de crédit et une information de la Banque de France et, donc, des difficultés de financement de l'activité. |
| 2 | Le délai de reclassement de l'entreprise au statut de non-défaut est incompatible avec la pratique et avec l'effet escompté de la procédure préventive sur l'accès au crédit et ce, même en cas d'accord de conciliation homologué. |
| 3 | La procédure collective permet à l'entreprise de geler ses dettes antérieures. Cependant, la loi prévoit des exceptions, notamment pour le crédit-bail, qui rendent ce gel inefficace. |
| 4 | Les TPE et PME françaises sont fragiles : elles souffrent d'un manque de capitaux propres et, si elles ont été soutenues par les dispositifs mis en place dans le cadre de la crise sanitaire, ces dispositifs ont accru leur endettement. |
| 5 | Certaines contraintes, notamment environnementales, font obstacle à la reprise d'une entreprise en procédure collective et à sa survie post reprise. |
| 6 | Si des initiatives ont été prises pour faciliter l'accès à l'information sur les entreprises en difficulté et les démarches en ligne, elles restent très cloisonnées et sans aucune interaction entre elles. |
| 7 | Les délais pour faire valoir un droit de créance ou de propriété n'ont pas été modifiés depuis 1985, alors que les modes de communication ont été profondément transformés par l'avènement d'internet. Ces délais souffrent également d'un manque d'harmonisation. |
| 8 | Les exigences des procédures de droit social sont incompatibles avec les urgences auxquelles les entreprises en difficulté doivent faire face. Elles ne permettent pas de sauver les emplois qui pourraient l'être. |
| 9 | Les licenciements pour motif économique peuvent être remis en cause alors même qu'ils interviennent à la suite de plans de cession, en redressement ou en liquidation judiciaires. |
| 10 | Du fait de l'insécurité juridique rendue possible par le flou des textes applicables, le régime des sanctions des fautes de gestion commises par les dirigeants d'entreprise est dissuasif de l'initiative de prévention qui permettrait d'éviter les procédures collectives, et contraire au droit au rebond consacré en droit européen. |

| RECOMMANDATIONS | |
|---|---|
| 1 | Uniformiser l'interprétation des règles des accords de Bâle III pour que l'ouverture d'une procédure préventive sans état de cessation des paiements ne soit pas appréciée par les établissements bancaires comme un cas de défaut d'exécution du contrat de prêt. |
| 2 | Permettre à l'entreprise de retrouver automatiquement, après l'homologation de l'accord de conciliation, le statut de non-défaut et l'amélioration de sa note de crédit. |
| 3 | Aligner le régime du crédit-bail sur celui du crédit bancaire. |
| 4 | Inciter l'investissement des particuliers dans les TPE et PME susceptibles d'être redressées. |
| 5 | Poursuivre la volonté de réindustrialiser la France en accompagnant les reprises sur le volet environnemental et en levant les contraintes liées aux reprises d'entreprises en difficulté. |
| 6 | Créer un portail unique pour centraliser l'ensemble des informations et le rendre accessible aux différentes parties (professionnels, débiteurs et créanciers) en fonction de leur droit d'accès. |
| 7 | Uniformiser les délais de revendication des meubles et de la déclaration de créances et les harmoniser avec le code de procédure civile.<br>Réduire le délai de déclaration de créance et de revendication à un mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective. |
| 8 | Simplifier les obligations et procédures de droit social dans les entreprises en difficulté pour en assurer un meilleur redressement et pour maintenir l'emploi. |
| 9 | Sécuriser les licenciements pour motif économique notamment lorsqu'ils sont consécutifs à des reprises en procédure collective afin de limiter le contentieux prud'homal. |
| 10 | Réformer le régime des sanctions pour qu'il ne dissuade plus les dirigeants de demander l'aide du tribunal, tout en maintenant le principe de sanction des dirigeants malhonnêtes. |

# FAVORISER LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Durant la crise sanitaire, parallèlement aux mesures gouvernementales adoptées pour pallier les risques de liquidité, les entreprises ont été fortement encouragées à traiter les difficultés financières et opérationnelles le plus en amont possible. Ce mouvement des différents acteurs, dont les praticiens du *restructuring*, a permis d'accompagner, en 2021, plus de 5 000[1] entreprises avec les procédures préventives et de préserver le tissu économique français[2].

Certains dirigeants craignent les conséquences de l'ouverture d'une procédure préventive et, surtout, le risque de l'éventuelle dégradation de la cotation de l'entreprise sur les relations avec les partenaires de la société voire du groupe à laquelle elle appartient.

Les établissements bancaires sont soumis à une réglementation prudentielle européenne (Bâle III) qui, du fait des ratios de solvabilité imposés et du renforcement de l'affectation de fonds propres (exigences prudentielles du risque de contrepartie), (i) éprouvent quelques difficultés à – voire ne peuvent – financer les entreprises en retournement et (ii) dégradent automatiquement la note de la société en prévention. Cette baisse de note de la contrepartie peut intervenir, dans certains établissements, dès la connaissance de l'ouverture d'une procédure confidentielle amiable.

Les deux réglementations s'opposent, entraînant un risque plus important de défaut en cas de notation négative et, donc, une politique restrictive de financement qui affecte non seulement l'emprunteur lui-même, mais encore l'ensemble du groupe auquel il appartient ; cette politique restrictive est appliquée par toutes les entités du groupe auquel l'établissement bancaire appartient (y compris les organismes de crédit-bail et d'affacturage, notamment).

*1. Selon les données publiées en janvier 2022 par l'Observatoire des données économiques du Conseil national des Administrateurs judiciaires et Mandataires judiciaires.*

*2. Voir, pour exemple, le site SOS ENTREPRISES CORONAVIRUS | Toutes les informations utiles pour aider votre entreprise à faire face à la crise (sos-entreprises-coronavirus.fr).*

## 1 PRÉSERVER LE FINANCEMENT DE L'ENTREPRISE LORS D'UNE PROCÉDURE PRÉVENTIVE

### • Éviter que l'ouverture d'une procédure préventive soit considérée comme un défaut

Il est constaté que certains établissements bancaires enclenchent, dès la connaissance d'une procédure préventive du débiteur, le processus de cotation spécifique du débiteur comme se trouvant en situation de défaut, c'est-à-dire avec une forte probabilité de ne pas pouvoir rembourser sa dette, alors que la procédure préventive a pour objet d'éloigner le débiteur de cette situation.

Rappelons que les parties appelées à la procédure de conciliation ou de mandat *ad hoc* sont tenues par la loi à un devoir de confidentialité (sous peine de poursuites éventuelles) et que, par ailleurs, les banques sont également tenues par le secret professionnel.

**> Dès lors que la juridiction mentionne dans l'ordonnance ouvrant la procédure que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements : interdire que la simple ouverture d'une procédure préventive ne puisse être appréhendée par les établissements bancaires comme un défaut. Cela conforterait l'esprit de ces procédures et correspondrait à l'intérêt du maintien du secret bancaire (sauf application des actuelles levées dudit secret).**

Par ailleurs, la dégradation de la cotation effectuée par les assureurs crédits dès qu'un ou plusieurs créanciers (principalement les fournisseurs) du débiteur assuré signalent des retards de paiements a des conséquences négatives voire destructrices, notamment sur le besoin en fonds de roulement de l'entreprise.

**> En cas d'information du retard de paiement et de l'ouverture d'une procédure amiable (ordonnance actant de l'absence de cessation des paiements), engagement de l'assureur crédit, alors invité à la procédure, de maintenir la note et des garanties accordées dans les conditions identiques à celles des établissements bancaires.**

# FAVORISER LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

[SUITE]

- **Donner à l'entreprise le temps de négocier avec ses principaux créanciers**

De nouveaux standards européens sur le défaut bancaire sont entrés en vigueur le 1er janvier 2022 (initialement prévu le 1er janvier 2021).

L'automatisation de la mise en défaut au titre des arriérés matériels de plus de 90 jours prévue par le CRR[3] est l'évolution la plus significative, et celle-ci institue un critère objectif pour caractériser le défaut.

Le même règlement institue une notion plus subjective relevant de l'appréciation par la banque de signes d'une « *probable absence de paiement* » pour « *estimer* » le défaut.

Or, on constate que la dégradation de la cotation est quasi automatique dès qu'un établissement bancaire est informé par le professionnel désigné de l'existence de la procédure préventive.

Le caractère automatique du signalement, même lorsqu'une suspension d'exigibilité est accordée par les créanciers participant à la procédure, met l'entreprise et les perspectives d'aboutir à un accord négocié en péril en raison de l'impact tant sur le besoin en fonds de roulement que sur la possibilité de maintenir ou de trouver les financements nécessaires à la continuité de l'exploitation.

**> Reporter de 90 jours à compter de la connaissance de la procédure le moment où les établissements bancaires pourront considérer le cas de défaut comme étant constitué, diffuser l'information et inscrire l'information dans le système interne à leur groupe.**

**> Mettre en place un fonds spécial d'aide aux entreprises (le cas échéant garanti par l'État) pour financer l'échéance avant l'expiration du délai de 90 jours et permettre l'accès aux procédures préventives pour une entreprise dans l'hypothèse où un délai de plus de 90 jours apparaît nécessaire.**

*3. Article 178, paragraphe 1, point b) du Règlement (UE) n°575/2013 – Capital Requirement Regulation (CRR).*

**> Différer la date de déchéance du terme à l'expiration du délai de 90 jours ou geler légalement les conséquences de la déchéance du terme dans les mêmes conditions (et pour une durée maximum de 6 mois) si une procédure préventive a été ouverte, de manière à ne pas condamner l'hypothèse d'une procédure de sauvegarde.**

**> Renforcer l'obligation de confidentialité auxquelles les parties appelées à la négociation sont soumises en considérant que le secret bancaire est maintenu, sous toutes ses formes, jusqu'au jugement/ordonnance constatant la fin de la procédure amiable.**

## 2 FAVORISER LE FINANCEMENT POST PRÉVENTION

La dégradation de la cotation entraîne des conséquences non négligeables pour l'entreprise. En effet, les possibilités d'accès à un financement bancaire supplémentaire sont réduites et les fournisseurs réduisent ou suppriment les délais de paiement initialement octroyés. Ces conséquences peuvent dans certains cas mettre en péril les accords trouvés avec les créanciers.

Il est constaté que le délai de reclassement de l'entreprise au statut de non-défaut est incompatible avec la pratique.

**> Permettre à l'entreprise de retrouver automatiquement, dès l'homologation de l'accord de conciliation, une note de crédit supérieure à celle attribuée antérieurement à l'ouverture de la procédure de prévention. La Banque de France pourrait attribuer la cotation en complétant l'information sur la base de la documentation financière et de l'entretien avec le chef d'entreprise.**

**> Conférer au jugement d'homologation de l'accord les effets favorisant la mise en œuvre des propositions ci-dessus, y compris en instituant le jugement comme le point de départ du délai de retour au statut de non-défaut.**

# FAVORISER LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

[SUITE]

## 3 ALIGNER LE TRAITEMENT DU CRÉDIT-BAIL SUR CELUI DU CRÉDIT BANCAIRE

À l'heure où l'endettement des entreprises a fortement augmenté en raison de la crise Covid, un effort équitable de l'ensemble de leurs créanciers financiers est nécessaire pour sauvegarder leur activité et assurer leur rebond post crise sanitaire. Cet effort équitable passe notamment par la nécessité de remédier à la différence de traitement, en procédure collective, entre le crédit-bail, « *mode de financement significatif des PME – TPE* »[4] et les prêts à moyen et long termes, notamment.

En l'état, cette différence de traitement n'est justifiée que par le décalage dans le temps du transfert de propriété du bien financé.

Grâce à une pratique de place, les procédures préventives permettent d'obtenir un gel des redevances de crédit-bail dans des conditions alignées sur celles des échéances de prêts moyen/long terme.

À l'inverse, en procédure collective, par exception au gel des prêts bancaires, au cours de la période d'observation ou de poursuite de l'activité, l'entreprise est contrainte de payer les redevances aux échéances prévues par le contrat avec l'impact corrélatif sur la trésorerie de l'entreprise et, donc, sur les effets du gel du passif né antérieurement à l'ouverture de la procédure.

La différence de traitement n'est pas justifiée en ce que, notamment :

– les crédits bailleurs participent aux mêmes comités ou classes de créanciers que les établissements prêteurs classiques,

– les normes comptables de consolidation traitent le crédit-bail comme un mode de financement d'actif – au même titre que les contrats de prêt – et

– la médiation du crédit elle-même considère le crédit-bail comme une forme de crédit[5].

Remédier à cette différence de traitement en procédure collective libérerait l'entreprise et maximiserait ses chances de continuation et/ou de cession.

**> Aligner le régime des contrats de crédit-bail mobilier sur celui des contrats de prêt en procédure collective.**

*4. Rapport « Le financement des PME-TPE » publié en décembre 2019 par l'observatoire du financement des entreprises.*

*5. Cf. Note de l'ARE en date du 20 mai 2021 à la Mission Parlementaire : Les entreprises en difficulté du fait de la crise sanitaire.*

# FAVORISER L'INVESTISSEMENT DANS LES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

## 4 INCITER L'INVESTISSEMENT DES PARTICULIERS DANS LES TPE ET PME SUSCEPTIBLES D'ÊTRE REDRESSÉES

**● Inciter fiscalement l'investissement et le redressement des TPE et PME**

Depuis 2020, les dispositifs mis en place par l'État dans le cadre de la crise sanitaire ont permis de préserver le tissu économique français, principalement composé de très petites entreprises (TPE) et de petites et moyennes entreprises (PME).

Néanmoins, ces entreprises se trouvent aujourd'hui fragilisées car ces dispositifs ont accru leur endettement.

Parallèlement, une grande partie des particuliers a revu la gestion de ses revenus et fait le choix d'épargner massivement, soit, à fin septembre 2021, plus de 293 milliards d'euros[6].

Afin de poursuivre les efforts inédits mis en place depuis mars 2020 et d'aider les entreprises à renforcer leurs fonds propres, il faut favoriser l'investissement des particuliers dans ces TPE et PME :

> Instaurer un dispositif permettant aux particuliers d'investir directement au sein de TPE et PME, qui sont *in bonis* ou en cours d'exécution d'un plan (de sauvegarde ou de redressement), aux fins de rachat, de recapitalisation, d'apport d'argent frais ou de financement du besoin en fonds de roulement, en faisant bénéficier ces particuliers des avantages fiscaux des fonds TEPA ou de réductions d'impôts sur le revenu ou sur la fortune immobilière.

*6. Selon les données publiées par la Banque de France le 15 décembre 2021.*

## 5 LEVER LES CONTRAINTES LIÉES AUX REPRISES À LA BARRE D'ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

**● Poursuivre la volonté de réindustrialiser la France en accompagnant les reprises avec des contraintes environnementales**

Les fonds consignés à la Caisse des Dépôts et Consignations dans le cadre de procédures collectives qui sont en déshérence sont acquis à l'État au bout de 30 ans.

Parallèlement, il est constaté qu'il est nécessaire de prévoir un traitement des contraintes environnementales qui font obstacle à la reprise de certaines entreprises.

Il s'agit en pratique des charges liées à des mises en conformité exigées par la DREAL. Elles doivent logiquement être connues par le cédant et portées à la connaissance des candidats à la reprise par l'administrateur judiciaire en charge de la recherche de repreneurs. Les candidats doivent alors estimer avec l'aide d'experts (sauf si le cédant a fait procéder lui-même à ces expertises), les coûts de mise en conformité. L'importance de ces coûts peut décourager les candidats à la reprise.

> Créer un fonds dédié à traiter le passif lié aux contraintes environnementales, sur la base des fonds en déshérence à la Caisse des Dépôts et Consignations.

> Alternativement, utiliser des fonds en déshérence dans le cadre de la volonté de réindustrialiser la France, pour financer les transformations de sites industriels.

**● Favoriser l'intégration de l'entreprise reprise à la barre ou en situation de difficulté au sein du groupe de sociétés du repreneur**

Même si la notion de groupe n'existe pas en droit français, il existe néanmoins un certain nombre de critères « *consolidant* » (l'Unité

# FAVORISER L'INVESTISSEMENT DANS LES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

[SUITE]

économique et sociale ou le co-emploi en matière sociale, les obligations de consolidation ou normes IFRS en matière comptable).

L'application automatique des critères de consolidation empêche les groupes ou les PME de taille importante de reprendre des entreprises dans un cadre in bonis ou en plan de cession, car elle entraîne une « *consolidation* » immédiate de filiales pérennes et de filiales en situation de retournement.

Il faut proposer une période de transition avant consolidation au sein du groupe des entreprises reprises à la barre ou faisant l'objet d'une procédure de prévention des difficultés (mandat *ad hoc* ou conciliation), ce qui permettrait d'attirer plus d'investisseurs, notamment ceux qui ont quitté le monde du *restructuring*.

**> Instaurer un sursis de trois ans à l'application des effets de « *consolidation de groupe* », en matière tant comptable que sociale pour favoriser la reprise d'entreprises en difficulté.**

- **Sécuriser la reprise de fonds de commerce d'un éventuel redressement fiscal[7]**

Lorsqu'un investisseur reprend, en plan de cession, l'activité d'une société en procédure collective, ce repreneur prendra l'engagement de verser les indemnités de départ à la retraite (IDR) du personnel repris (conformément aux dispositions du droit du travail).

Conformément aux recommandations de l'ANC (autorité des normes comptables), le repreneur devra majorer le montant pour lequel le fonds de commerce repris sera inscrit à l'actif de son bilan, le montant à retenir correspondant à la provision IDR du personnel repris.

À l'occasion d'un contrôle fiscal, il arrive régulièrement que l'administration fiscale réintègre au bénéfice imposable de la société repreneuse le montant correspondant à la provision IDR du personnel reprise à l'actif du bilan (la provision n'étant pour sa part pas déductible), alors qu'il n'y a eu aucun enrichissement du repreneur.

Ce redressement aboutit à taxer le repreneur à hauteur du montant de la provision pour IDR sur le personnel repris, *i.e.* à le taxer sur un passif repris.

**> Prévoir la déductibilité fiscale pour le repreneur de la provision pour IDR sur le personnel repris, pour éviter une taxation résultant d'un traitement comptable sans création de valeur.**

- **Faciliter et pérenniser les reprises en simplifiant les aides**

Il est constaté que les repreneurs n'ont, pour une grande majorité, pas connaissance de l'ensemble des aides à la reprise.

Ces aides peuvent constituer un levier important pour renforcer et pérenniser la reprise d'une entreprise à la barre.

**> Créer un portail unique permettant d'être informé de toutes les aides disponibles et d'effectuer l'ensemble des démarches.**

*7. Voir également en ce sens la recommandation de l'Association des investisseurs en retournement (AIR).*

# MODERNISER LE DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Les procédures françaises sont parfois alourdies par une difficulté d'accès à l'information et par une mauvaise maîtrise du temps procédural par certains justiciables.

L'harmonisation de certains délais – non modifiés par la réforme intervenue en septembre 2021[8] – pourrait participer à une simplification des procédures, favorisant également une modernisation du droit des entreprises en difficulté.

Dans un même objectif de modernisation de la pratique du droit des entreprises en difficulté, il apparaît fondamental pour le droit français d'organiser une simplification de l'accès à l'information par la numérisation/digitalisation de nombreuses démarches, dans un contexte où le droit des sûretés s'apprête, en parallèle, à vivre une avancée majeure en cette matière.

## 6 RENFORCER LA DIGITALISATION DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'introduction des nouvelles technologies digitales dans le droit a connu une croissance importante avec la crise sanitaire.

Ce mouvement de digitalisation simplifiée des outils se manifeste notamment par la création, d'ici janvier 2023, d'un *Registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes* afin de centraliser leurs inscriptions[9]. Ce registre devrait être accessible à partir d'un portail national sur internet permettant la consultation des informations inscrites dans les registres des sûretés mobilières tenus localement par chaque greffier, institué sous la responsabilité du CNGTC[10].

*8. Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.*

*9. Voir en ce sens, les futurs articles R. 521-1 et suivants du code de commerce, qui entreront en vigueur le 1er janvier 2023.*

*10. Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce.*

Concernant le droit des entreprises en difficulté, les sources d'accès à l'information pour les différentes parties, notamment les débiteurs, les salariés, les créanciers, les cocontractants, les candidats à la reprise, etc., sont multiples : BODACC ; KBIS ; accès en open data via l'INPI ; administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, etc.

Les applications développées par les professionnels (Actify pour les cessions d'entreprises et d'actifs pour le CNAJMJ, Marketplace par le CNGTC, demande d'ouverture de procédure sur Tribunal Digital) sont un plus mais elles restent très cloisonnées et sans aucune interaction entre elles.

Actuellement, la diffusion de l'information dépend ainsi en très grande partie des professionnels intervenant sur la procédure avec des usages et des procédés très variables qui nuisent à la fluidité des échanges et qui ne permettent pas d'assurer un traitement homogène des procédures.

> Centraliser l'ensemble de l'information avec la création d'un portail unique accessible, en fonction de leur droit d'accès, aux professionnels du traitement des difficultés des entreprises mais également au débiteur et aux créanciers qui ne sont pas initiés aux procédures collectives. Ce portail permettrait de fluidifier les échanges en vue de favoriser la restructuration par l'accès aux informations (i) à l'ouverture et pendant la procédure (accès aux dossiers d'audience ; dépôt et suivi des instances en contestation de créances, revendication, demande de résiliation de contrats), (ii) au moment d'un plan de cession (accès aux appels d'offres en cours, consultation des offres de reprises déposées) ou d'un plan de sauvegarde, de redressement judiciaire (accès au plan déposé et circularisé ; accès au retour de la consultation des créanciers et, en cas de modification du plan, possibilité d'avoir accès à la décision du tribunal).

# MODERNISER LE DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

[SUITE]

## 7 RENFORCER L'INTELLIGIBILITÉ DES RÈGLES DES PROCÉDURES COLLECTIVES PAR L'HARMONISATION DES DÉLAIS

Le droit des entreprises en difficulté contient un grand nombre de délais à respecter, qu'il s'agisse de délais de forclusion (comme c'est le cas du délai de déclaration de créances) ou de délais établissant des dates butoirs. Si chaque délai a sa raison d'être, il pourrait être utile de s'interroger sur le caractère raisonnable de chacun de ces délais par rapport au but qu'il poursuit.

- **Harmoniser les délais de distance applicables aux déclarations de créances avec ceux prévus par le code de procédure civile**

Le Livre VI du code de commerce[11] prévoit que les créanciers ont deux mois à compter de la date de publication du jugement d'ouverture au BODACC[12] pour déclarer leurs créances. Cette règle s'accompagne d'un délai de distance de deux mois supplémentaires au bénéfice des créanciers ne résidant pas sur le territoire de la France métropolitaine[13]. Cet allongement s'applique ainsi de manière indiscriminée à tout créancier résidant (i) sur les territoires d'outre-mer lorsque la procédure a été ouverte sur le territoire de la France métropolitaine, (ii) sur le territoire de l'un des pays membres de l'Union Européenne et (iii) sur le territoire de tout pays extra-européen.

Sachant que le Livre VI du code de commerce prévoit déjà, s'agissant notamment des voies de recours, qu'à moins qu'il en soit disposé autrement par le code de commerce, les règles du code de procédure civile sont applicables en matière de droit des entreprises en difficulté.

**> Aligner les délais de distance applicables aux déclarations de créance sur ceux du code de procédure civile, à savoir[14] : (i) un mois pour les personnes qui demeurent en Guadeloupe, en Guyane, à la Martinique, à La Réunion, à Mayotte, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises ; (ii) deux mois pour celles qui demeurent à l'étranger.**

- **Uniformiser les délais de revendication des meubles et de la déclaration des créances**

En l'état, le Livre VI du code de commerce prévoit[15] que le délai de revendication de propriété offert aux propriétaires de biens meubles est de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure.

Sachant que le code de commerce prévoit en outre un délai d'un mois – à compter de la réception de la demande – offert à l'administrateur judiciaire pour y répondre, ainsi qu'un délai d'un mois à compter de l'expiration du précédent délai pour saisir le juge-commissaire à défaut d'acquiescement de l'administrateur ; la procédure classique de revendication peut durer jusqu'à cinq mois à compter de la publicité du jugement d'ouverture de la procédure collective au BODACC.

La distinction entre le délai de déclaration de créance et le délai offert aux propriétaires pour revendiquer la propriété de leurs biens n'apparaît pas justifiée. En effet, ces délais ont des points communs : (i) leur point de départ est identique[16] ; et (ii) leur vocation est de permettre, d'une part, aux créanciers de faire valoir leurs droits et, d'autre part, d'évaluer le patrimoine du débiteur.

**> Uniformiser les délais de revendication des meubles et de la déclaration de créance pour permettre une meilleure visibilité de ses droits par le créancier notamment lorsqu'il est propriétaire d'un bien détenu par le débiteur ou transféré dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance.**

*11. Articles L. 622-24 et suivants et R. 622-24, applicables au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire par les articles L. 631-14 L. 641-3, R. 631-27 et R. 641-25 du code de commerce.*

*12. Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.*

*13. Article R. 622-24, alinéa 2, du code de commerce.*

*14. Article 643 du code de procédure civile.*

*15. Article L. 624-9 – applicable en redressement et en liquidation judiciaire par les articles L. 631-18 et L. 641-14 – applicables au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire par les articles L. 631-14, L. 641-3, R. 631-27 et R. 641-25 du code de commerce.*

*16. Date de publicité du jugement au BODACC – ceci a été définitivement unifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Auparavant, le point de départ du délai de revendication n'était pas uniforme.*

# AMÉLIORER LE DROIT DE LA RESTRUCTURATION SOCIALE

En 2021, 75 356 emplois[17] ont été menacés dans le cadre des procédures collectives judiciaires et environ le double dans le cadre des procédures amiables. Les enjeux sont considérables et pourtant le droit de la restructuration sociale reste difficilement lisible et marqué par de nombreuses incertitudes, ce qui peut constituer un frein au maintien de l'emploi, à la restructuration indispensable voire au rebond de l'entreprise en difficulté. L'ARE recommande – comme l'OCED[18] – (i) d'adapter le droit social aux spécificités des procédures collectives en simplifiant les obligations et les procédures, (ii) de sécuriser les restructurations sociales indispensables.

## 8 ADAPTER LES PROCÉDURES ET OBLIGATIONS DU DROIT SOCIAL AUX PROCÉDURES COLLECTIVES

### ● Simplifier les obligations et procédures sociales liées aux Instances représentatives du personnel (IRP)

Si certains délais ont déjà été raccourcis dans le cadre des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire, le nombre et le périmètre des obligations incombant à l'employeur en difficulté restent en revanche quasiment les mêmes que pour les employeurs *in bonis*.

Or, d'autres délais voire certaines obligations ne sont, pour la plupart, pas adaptés au contexte particulier des entreprises en difficulté et compliquent la mise en œuvre de la restructuration sociale de l'entreprise en procédure collective.

**> Remplacer l'obligation d'information-consultation[19] des IRP qui doit être mise en œuvre avant la demande d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en simple obligation d'information devant se tenir au plus tard la veille de l'audience d'ouverture pour préserver les intérêts de l'entreprise et donc de ses salariés.**

**> Prévoir une prorogation automatique des mandats des IRP lorsqu'ils se terminent au plus tard 30 jours avant l'ouverture d'une procédure collective, au cours de la période d'observation, et au cours de la poursuite d'activité en liquidation judiciaire et dans les 30 jours de l'arrêt de l'activité.**

**> En cas d'existence d'un Comité social et économique central (CSEC) et d'un Comité social et économique d'établissement (CSEE), ramener le délai de convocation du CSEC (de huit jours) au délai de convocation du CSEE, à savoir trois jours francs en cas de redressement ou de liquidation judiciaires[20].**

**> Neutraliser les délais prévus dans les conventions collectives lorsqu'ils sont plus longs que les délais légaux.**

**> Revoir les délais de négociation prévus pour les accords de performance collective et ramener le délai de réflexion des salariés au délai de 15 jours si l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaires, soit le délai prévu en cas de modification du contrat de travail[21].**

### ● Rendre possible la dispense d'activité en procédure collective

Compte tenu de l'obligation de fournir un travail à ses salariés, aucune circonstance n'exonère l'employeur de cette obligation.

S'il dispense le salarié d'activité, ce dernier peut se retourner contre l'employeur, prendre acte de la rupture et ainsi voir la rupture de son contrat de travail analysée comme un licenciement dénué de cause réelle et sérieuse.

Lorsque la société est en redressement ou en liquidation judiciaires, il n'est pas rare que, pendant plusieurs jours/semaines nécessaires à l'avancée de la procédure, l'employeur ne dispose pas d'un niveau d'activité suffisant pour occuper ses salariés, ou que, dans l'attente

*17. Selon les données publiées en janvier 2022 par l'Observatoire des données économiques du CNAJMJ.*

*18. Observatoire consulaire des entreprises en difficulté.*

*19. Cette obligation est prévue par l'article L. 2312-53 du code du travail.*

*20. Articles L. 2316-17 et L. 2316-27 du code du travail.*

*21. Article L. 1222-6 du code du travail.*

# AMÉLIORER LE DROIT DE LA RESTRUCTURATION SOCIALE
[SUITE]

de leurs licenciements en application d'un plan de cession, les salariés non repris ne puissent travailler pour le repreneur.

> Prévoir la possibilité pour une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire de recourir à des dispenses d'activité sans l'exposer à un risque contentieux.

- **Supprimer les différences de traitement injustifiées entre les salariés d'une entreprise en procédure collective et ceux d'une entreprise *in bonis***

La portabilité de la mutuelle des salariés d'entreprises en difficulté, notamment en liquidation judiciaire, pose toujours des difficultés, faute pour le législateur d'avoir respecté l'article 4 de la loi du 14 juin 2013. Il est pourtant indispensable que ces salariés puissent bénéficier de la portabilité de la mutuelle et de la prévoyance.

> Pérenniser la jurisprudence de la Cour de cassation en ajoutant une précision à l'article 911-8 du code de la sécurité sociale sur le fait que les salariés dont l'employeur est placé en redressement ou liquidation judiciaires bénéficient également du maintien des garanties de leur mutuelle et de la prévoyance en imposant leur portabilité, dans les mêmes conditions que les salariés des entreprises *in bonis*.

- **Inadéquation entre la notion d'entité économique autonome du code du travail et celle d'activité susceptible d'exploitation autonome ou encore de cession d'actifs isolés prévus par le code de commerce**

En droit du travail, la notion d'entité économique autonome conditionne la règle du transfert automatique des contrats de travail.

Celle-ci ne se retrouve pas dans le code de commerce dans lequel ce sont les notions d'activité susceptible d'exploitation autonome, de branche complète et autonome d'activité ou d'actif isolé qui sont prises en compte.

Par ailleurs, en cas de cession d'actif isolé en liquidation judiciaire, l'éventuelle requalification de l'actif dit isolé en entité économique autonome dans le sens du droit du travail fait courir un risque non maîtrisable pour le repreneur qui peut se voir contraint de reprendre l'ensemble des salariés alors même qu'il ne les a pas mentionnés dans son offre.

Afin de clarifier la situation et d'éviter de faire supporter aux repreneurs le risque d'un retour de salariés non prévus dans son offre de reprise, il convient de préciser que dès lors que la juridiction commerciale a arrêté un plan de cession total ou partiel ou la cession d'actifs isolés en redressement ou en liquidation judiciaire, le repreneur ne peut se voir opposer les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail à l'égard des salariés non repris dans le cadre de son offre.

Cette disposition est parfaitement compatible avec les dispositions de la directive européenne qui prévoit que le régime de protection offert ne s'applique pas « *au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente* ».

> Prévoir que l'article L. 1224-1 du code du travail n'est pas applicable aux cessions intervenant en application de l'article L. 642-5 et 642-19 du code de commerce

## 9 FACILITER ET SÉCURISER LES LICENCIEMENTS POUR MOTIF ÉCONOMIQUE EN PROCÉDURE COLLECTIVE

- **Remédier à l'absence de sécurité juridique des restructurations sociales en procédure collective**

Les licenciements pour motif économique qui interviennent au cours de la procédure collective sont bien souvent inévitables et indispensables. Pourtant, dans certaines situations, ils ne sont pas encadrés par des textes clairement déterminés.

# AMÉLIORER LE DROIT DE LA RESTRUCTURATION SOCIALE
[SUITE]

Il est nécessaire d'adapter ces dispositions car l'absence de reconnaissance légale du motif économique lié à une restructuration en procédure collective fragilise la sécurité juridique des licenciements pour motif économique notamment en liquidation judiciaire où la jurisprudence rattache ce motif à la cessation d'activité.

**> Modifier les dispositions de l'article L. 631-17 du code de commerce selon lesquelles l'administrateur judiciaire peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à des licenciements en ajoutant que, sauf fraude, ces derniers seront réputés fondés sur un motif économique.**

**> Modifier les dispositions de l'article L 641-10 du code de commerce, en y ajoutant : « *Dans les conditions prévues à l'article L 631-17, le liquidateur peut procéder aux licenciements qui, sauf fraude, seront réputés fondés sur un motif économique.* »**

Cette reconnaissance légale du motif économique permettrait de sécuriser la restructuration sociale en redressement judiciaire lorsqu'elle est indispensable à la survie de l'entreprise et en liquidation judiciaire. Elle assurerait également une prise en charge plus rapide de l'AGS pour ces salariés.

**> Permettre, en cas d'arrêt de travail pour maladie professionnelle ou accident du travail[22], de contrat à durée déterminée ou de contrat de professionnalisation signé sous forme de CDD[23], voire pour les employés en congé de maternité ou de paternité bénéficiant d'une protection supplémentaire[24], le licenciement (pour les salariés en CDI), la rupture du contrat de travail de manière anticipée du fait de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires qui constituerait par principe, sauf fraude, une impossibilité de maintenir le contrat de travail. Le motif économique devra néanmoins toujours être caractérisé.**

- **Simplifier la procédure de licenciement et de transfert des salariés protégés en procédure collective**

Le licenciement du salarié protégé est source d'insécurité tant pour le salarié protégé qui est dans une situation d'attente et d'incertitude que pour le repreneur, dans le cadre d'un plan de cession, qui subit une éventuelle désorganisation et supporte un coût financier qui n'a pas été prévu en amont.

En effet, la procédure protectrice, demande de l'autorisation de l'inspection du travail pour le licenciement du salarié protégé, est longue et a pour principal objet de vérifier l'absence de discrimination. Le délai[25] laissé à l'inspecteur du travail pour qu'il puisse mener son enquête n'est pas justifié, dans le cadre d'un plan de cession ou d'une liquidation judiciaire avec suppression de l'ensemble des postes, puisque, dans la première situation, la liste des salariés repris et, corrélativement, la liste des suppressions de poste par catégorie, ne sont pas établies par le candidat repreneur et, dans la seconde, l'ensemble des postes est supprimé sans discrimination possible.

**> Supprimer en liquidation judiciaire sans poursuite d'activité l'autorisation de l'inspecteur du travail requise pour les salariés protégés tout en prévoyant une obligation d'informer la DREETS dans les 15 jours du licenciement.**

**> Prévoir, en cas plan de sauvegarde, de redressement ou de cession que le défaut de réponse de l'inspection du travail dans un délai de 30 jours qui court à compter de la date de sa saisine vaut autorisation de licencier et que ce délai de 30 jours ne peut pas être prorogé par l'inspecteur.**

Par ailleurs, le délai actuel de traitement peut entraîner une rupture d'égalité dans le traitement des salariés.

Pour les salariés protégés, le délai de 21 jours pour l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle (CSP) est prorogé au lendemain de la décision de l'inspection du travail. Néanmoins, l'AGS ne prend pas en charge le salaire dû pendant le délai prorogé d'adhésion au CSP.

Par conséquent, en cas d'absence de trésorerie, ces salariés peuvent ne pas être payés d'une partie de leur salaire et, ce faisant, être

*22. Article L. 1223-9 du code du travail.*

*23. Article L. 1243-1 du code du travail.*

*24. Articles L. 1132-1, L. 1225-4 et L. 1225-4-1 du code du travail.*

*25. L'article R. 2421-4 du code du travail prévoit un délai de deux mois qui court à compter de la réception de la demande d'autorisation de licenciement et le silence gardé pendant plus de deux mois vaut décision de rejet.*

## AMÉLIORER LE DROIT DE LA RESTRUCTURATION SOCIALE
[SUITE]

moins bien traités que les salariés ne bénéficiant pas d'une protection contre le licenciement (salariés non protégés).

**> Préciser les dispositions légales afin qu'il soit clair que le délai de réflexion CSP d'un salarié protégé est pris en charge au titre de la garantie de l'AGS et ce, quel que soit le délai de l'enquête contradictoire de l'inspection du travail pour les entreprises en liquidation judiciaire.**

La procédure spécifique liée au statut des salariés protégés s'applique également en cas de plan de cession partielle d'entreprise arrêté par jugement du tribunal. Dans ce type d'opération, le transfert des salariés intervient, en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, à la date d'entrée en jouissance fixée par le jugement, sauf pour le salarié protégé.

Dans les faits, le salarié protégé reste employé de l'entreprise en procédure collective jusqu'à la décision d'autorisation de transfert alors que celle-ci n'a plus de mission à lui confier. Le salarié est alors en dispense d'activité et son salaire est supporté par la trésorerie mais sans garantie de l'AGS en cas d'insuffisance.

En pratique, le repreneur peut le faire travailler pendant cette période, mais sans aucun fondement juridique, de sorte que le repreneur prend un risque de requalification de la relation de travail. Par ailleurs, le temps de l'enquête de l'inspection du travail ralentit la prise de poste effective sans bénéfice ni pour le salarié ni pour le repreneur.

**> Supprimer l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'inspection du travail pour les salariés non repris en cas de plan de cession partielle arrêté par jugement du tribunal.**

# ACCOMPAGNER LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

**Durant la crise sanitaire, la mobilisation inédite de tous les créanciers et de l'État a permis d'accompagner plus de 5 00026 entreprises notamment dans le cadre de procédures préventives. L'enjeu de la mise en œuvre de procédures préventives est crucial : statistiquement, plus le dirigeant s'adresse au tribunal en amont des difficultés financières et opérationnelles, plus l'entreprise a des chances de rebond.**

Or, depuis 2015, sept procédures collectives sur dix[27] sont des liquidations judiciaires directes, dans lesquelles aucun sauvetage n'est possible, d'une part, et le recouvrement des créanciers est faible voire inexistant, d'autre part. Ces procédures s'imposent lorsque le dirigeant se présente au tribunal trop tard pour envisager une quelconque solution aux difficultés de l'entreprise.

Une des explications est le manque de connaissance des dirigeants et de leurs conseils habituels des différentes procédures disponibles.

Mais, même lorsqu'ils connaissent ces procédures, les dirigeants sont réticents à l'idée de franchir les portes du tribunal dès le début des difficultés. Cette réticence est légitime puisque ce même tribunal qui pourrait les aider est susceptible de prononcer de lourdes sanctions à leur encontre. Même hypothétique, cette perspective de sanction est exclusive de la confiance pourtant nécessaire pour mettre en œuvre une procédure dont la vocation est d'aider à surmonter les difficultés de l'entreprise.

Dans le contexte particulier de l'après pandémie, de la crise économique qui s'annonce et des défaillances qui en découleront, il est indispensable que toute entrave à la démarche de mise en œuvre précoce

*26. Selon les statistiques publiées en janvier 2022 par l'Observatoire des données économiques du CNAJMJ, 5 110 procédures de prévention ont été ouvertes en 2021, soit 47,7 % de plus qu'en 2020.*

*27. Selon les chiffres cités dans le rapport de la mission « Justice économique » de février 2021.*

# ACCOMPAGNER LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ
[SUITE]

de procédures de prévention des difficultés soit éliminée. À l'évidence, cela passe par une réforme des règles applicables aux sanctions qui, certes, doivent écarter les dirigeants malhonnêtes, mais ne doivent pas pour autant constituer un frein à l'accès à ces procédures.

## 10 RÉFORMER LE RÉGIME DES SANCTIONS DES DIRIGEANTS POUR QU'IL NE LES DISSUADE PLUS DE S'ADRESSER AU TRIBUNAL POUR METTRE EN PLACE DES PROCÉDURES DE PRÉVENTION ET DE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS

L'amélioration des dispositifs concerne, d'une part, les règles de procédure, et, d'autre part, les règles de fond.

- **Règles de procédure**

1 Le plus souvent, le dirigeant reçoit une assignation quelques jours avant l'expiration du délai de prescription de trois ans à compter du jugement qui a prononcé la liquidation judiciaire qui, lui-même, est souvent prononcé après une période d'observation qui a pu durer jusqu'à 18 mois. À ce moment-là, le dirigeant n'a plus ni la mémoire, ni les ressources documentaires pour assurer sa défense.

Le point de départ comme la longueur du délai ne sont donc pas compatibles avec les droits au rebond et de la défense. Ils ne se justifient pas puisque l'insuffisance d'actif comme les faits pouvant occasionner la mise en œuvre des procédures de sanction sont identifiés pendant la période d'observation et donc bien avant le prononcé de la liquidation.

**> Réduire le délai de prescription de l'action de trois à deux ans à compter du jugement qui ouvre la procédure collective.**

Par ailleurs, en droit français, toutes les fautes, y compris les crimes les plus graves, se prescrivent lorsqu'un certain nombre d'années se sont écoulées depuis la commission des faits. Il n'existe que deux exceptions : les crimes contre l'humanité et les fautes de gestion du dirigeant. De ce point de vue, le régime des sanctions du dirigeant d'une entreprise en difficulté fait exception, puisque, en l'état des textes, les fautes que l'action en responsabilité a pour objet de sanctionner sont imprescriptibles.

En l'état de notre droit, avoir commis une faute de gestion d'une entreprise serait donc plus risqué en termes de responsabilité que d'avoir commis des crimes, y compris les plus graves.

**> Fixer une date au-delà de laquelle la faute commise ne pourra plus être sanctionnée (trois ans avant le jugement d'ouverture de la procédure).**

2 Compte tenu de son dessaisissement, le dirigeant n'a plus accès à la documentation de l'entreprise et se retrouve donc démuni lorsqu'il s'agit de préparer sa défense dans le cadre d'une action en responsabilité. De même, la confidentialité des documents et informations échangées au cours du mandat *ad hoc* et de la conciliation peut lui être opposée alors qu'ils peuvent être cruciaux pour sa défense.

**> Instaurer une obligation d'archivage des pièces et de préservation des éléments de preuve (sauvegarde des serveurs, conservation des fichiers FEC, etc.) par le liquidateur judiciaire.**

**> Instaurer un accès aux pièces mêmes couvertes par la confidentialité (mandat *ad hoc*/conciliation).**

3 Les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif sont souvent fondées sur une note technique établie par un expert-comptable désigné par le juge-commissaire sur requête du liquidateur judiciaire, sans qu'il s'agisse d'une mesure d'expertise contradictoire, et les règles de procédure d'expertise judiciaire ne sont pas applicables.

Certaines notes dépassent le cadre prévu par la loi et constituent de véritables rapports dans lesquels les techniciens se livrent à des appréciations juridiques pour démontrer l'existence de fautes de gestion, au mépris du principe fondamental selon lequel le juge ne

## ACCOMPAGNER LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

[SUITE]

peut jamais déléguer à un technicien l'exercice de son pouvoir juridictionnel. Le rapport est même parfois dévoyé pour permettre au liquidateur d'obtenir un avis sur un point qui ne peut plus être tranché (ex.: rapport qui tend à proposer une nouvelle date de cessation des paiements, alors que celle-ci est définitive).

**> Instaurer le respect du contradictoire lors des investigations tendant à la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait de l'entreprise. Toute transmission au technicien, au liquidateur judiciaire, au juge-commissaire ou au tribunal ayant trait aux sanctions devrait être communiquée le moment venu au dirigeant mis en cause pour lui permettre de répondre.**

**> Autoriser le dirigeant mis en cause à solliciter la réalisation d'investigations ou la communication d'informations de la part du technicien désigné ou du liquidateur judiciaire, tout désaccord à cet égard étant soumis au juge-commissaire.**

4 L'article L. 651-3 du code de commerce[28] attribue compétence exclusive pour initier l'action et la Cour de cassation refuse que le dirigeant poursuivi puisse attraire dans la cause, en intervention forcée, ses codirigeants de fait ou de droit qui auraient commis des fautes de gestion. Cette application tend à faire assumer au seul dirigeant mis en cause les conséquences de fautes commises par d'autres.

**> Permettre aux dirigeants poursuivis d'attraire dans la cause d'autres dirigeants de droit ou de fait.**

5 La faillite personnelle et l'interdiction de gérer tendent non pas à la protection de l'intérêt collectif des créanciers mais à celle de l'intérêt général. En l'état, la Cour de cassation en déduit que le liquidateur n'a pas le pouvoir de transiger en la matière, au contraire du ministère public qui, lui, peut se désister de l'action.

Ce principe entrave l'amélioration de la situation des créanciers par la voie transactionnelle dans les actions en sanctions patrimoniales puisque, sans accord sur l'ensemble des sanctions recherchées (pécuniaires et professionnelles), le dirigeant en cause n'est pas enclin à transiger. En outre, il pose des problématiques de cohérence avec (i) la liberté des parties de mettre fin à l'instance (article 1 du code de procédure civile), (ii) la volonté des pouvoirs publics d'accélérer les procédures (tant civiles que pénales) qui ouvre des alternatives amiables pour des infractions pénales autrement plus graves socialement que des fautes dans la gestion d'une entreprise et (iii) le droit au rebond intégré au règlement européen.

Par ailleurs, après condamnation, l'intéressé peut demander au tribunal de le relever des déchéances et interdictions et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective s'il a apporté une contribution suffisante au paiement du passif. On comprend mal que la contribution volontaire au passif – dont le caractère suffisant est apprécié en amont dans le cadre de la transaction en matière de sanction patrimoniale – ne permette pas d'éviter la condamnation puisqu'elle permet d'en être relevé.

En matière de sanction patrimoniale, la Cour de cassation refuse toute transaction en cause d'appel sur une condamnation à combler l'insuffisance d'actif prononcée, ce qui est également incohérent avec les principes rappelés ci-dessus.

**> Permettre à l'initiateur de la procédure en sanctions professionnelles, y compris le liquidateur, de transiger en présence d'une contribution suffisante au paiement du passif.**

**> Permettre de transiger, y compris en cours d'instance d'appel, suite à une condamnation par le tribunal.**

- **Règles de fond**

6 En l'état des textes, l'effort du dirigeant qui a mis en œuvre une procédure de prévention pour tenter de résoudre les difficultés n'est pas pris en compte lorsque les mesures acceptées par les créanciers participants n'ont, finalement, pas permis d'éviter le dépôt de bilan.

*28. Article L. 651-3 du code de commerce : « dans les cas prévus à **l'article L. 651-2**, le tribunal est saisi par le liquidateur ou le ministère public. Dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur n'a pas engagé l'action prévue au même article, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixées par décret en Conseil d'État.*

*Les dépens et frais irrépétibles auxquels a été condamné le dirigeant ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée sont payés par priorité sur les sommes versées pour combler le passif. ».*

## ACCOMPAGNER LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ
[SUITE]

L'intérêt du rôle du tribunal dans les procédures de prévention est donc absent des textes relatifs au sort du dirigeant. La juridiction est donc, au premier chef, perçue comme un pouvoir sanctionnateur, ce qui n'incite pas les dirigeants à la confiance pour tenter de trouver des solutions dans un cadre amiable.

**> Créer une présomption simple de non-responsabilité pour les dirigeants de bonne foi ayant mis en œuvre une conciliation qui a abouti à un accord homologué par le tribunal ou constaté par son président. Cette présomption, applicable sauf fraude du dirigeant, pourrait procéder du même régime que la sanctuarisation de l'absence d'état de cessation des paiements antérieurement à la date d'homologation de l'accord de conciliation, de sorte qu'il ne pourrait être reproché au dirigeant aucune faute trouvant son origine antérieurement au jugement d'homologation.**

7 Au cours de la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire dans le cadre desquels le dirigeant peut être partiellement dessaisi (mission d'assistance), ce dernier ne peut prendre aucune décision de gestion sans l'intervention de l'administrateur, délégataire de l'autorité du tribunal. Par ailleurs, la période d'observation déficitaire ne peut être poursuivie que sur décision du tribunal. Pourtant, la jurisprudence récente de la Cour de cassation permet la condamnation du dirigeant pour des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure collective.

**> Limiter les fautes susceptibles d'être reprochées au dirigeant aux seules fautes commises avant l'ouverture de la procédure collective, sauf les cas de fraude du dirigeant commise postérieurement au jugement d'ouverture.**

8 Dans le silence de la loi, la jurisprudence a dressé un catalogue (non-exhaustif) des fautes de gestion ouvrant la voie à la sanction pécuniaire.

Il s'ensuit une grande hétérogénéité de l'approche des tribunaux et des liquidateurs judiciaires, pouvant conduire à une inégalité très forte entre les justiciables, ce qui constitue une violation des principes fondamentaux de la justice.

Par ailleurs, la sanction patrimoniale a pour rôle d'améliorer partiellement le sort des créanciers de la procédure. Du point de vue du dirigeant, elle ne se conçoit que s'il a tiré un bénéfice direct ou indirect des conséquences de ses fautes et ce, au détriment des créanciers.

Un texte plus précis est nécessaire pour définir de manière objective la faute de gestion et donc homogénéiser l'appréciation des juridictions et des entités poursuivantes. Cette homogénéisation est nécessaire tant pour garantir le principe du contradictoire que pour limiter l'insécurité juridique.

**> Instaurer une définition légale des fautes de gestion en précisant strictement le champ d'application du régime et subordonner l'engagement de la responsabilité du dirigeant à la démonstration d'une faute commise dans son intérêt personnel direct ou par personne interposée.**

Enfin, les assignations en sanctions patrimoniales contiennent souvent, pour la détermination de l'insuffisance d'actif, des éléments pourtant écartés par la jurisprudence (notamment les indemnités contractuelles consécutives à la résiliation suite à l'ouverture de la procédure, les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture, etc.)

**> Définir légalement les éléments de détermination de l'insuffisance d'actif en excluant expressément les dettes nées postérieurement ou consécutivement à l'ouverture de la procédure collective.**

9 En l'état du texte applicable[29], les dirigeants peuvent être condamnés à supporter la totalité de l'insuffisance d'actif alors même que les fautes de gestion reprochées n'ont que partiellement contribué à cette insuffisance d'actif. Si, en pratique, certains tribunaux en tiennent compte, le texte applicable est muet sur la prise en considération de la situation financière et personnelle du

*29. Article L. 651-2 du code de commerce :* « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la personne morale, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée. Lorsque la liquidation judiciaire concerne une association régie par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le code civil applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et non assujettie à l'impôt sur les sociétés dans les conditions prévues au 1 bis de l'article 206 du code général des impôts, le tribunal apprécie l'existence d'une faute de gestion au regard de la qualité de bénévole du dirigeant.

Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, le tribunal >>>

## ACCOMPAGNER LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

[SUITE]

>>> peut, dans les mêmes conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Les sommes versées par les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés.»

dirigeant, de son état psychologique, des tentatives de mise en œuvre de mesures de restructuration opérationnelle ou financière ou encore de sa coopération dans le cadre de la procédure collective pour ajuster à la baisse les sanctions prononcées.

**> Instaurer un principe de réparation reposant sur le droit commun de la responsabilité (et en particulier le principe de la réparation intégrale) afin que le montant de la condamnation corresponde à la seule part de l'insuffisance d'actif directement causée par sa faute, avec faculté pour le tribunal de minorer (et non d'aggraver) le *quantum* de la condamnation eu égard aux circonstances, et notamment à la situation financière du dirigeant, sa situation familiale, son état psychologique, les mesures de restructuration qu'il a tenté de mettre en œuvre, à sa coopération au bon déroulement de la procédure collective et à la gravité de la faute.**

# REMERCIEMENTS AUX CONTRIBUTEURS

L'ARE remercie **Serge Pelletier** qui, avec l'aide précieuse de **Muhamed-Ali Kocaman**, étudiant en Master ALED à Lyon 3, a animé la commission Prospective & Présidentielle 2022, ainsi que les membres de la commission pour leurs précieuses contributions.

### FACILITER LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

- **Antoine Diesbecq,** avocat, Racine
- **Céline Domenget-Morin,** avocat, Goodwin Procter
- **Éric Étienne-Martin,** administrateur judiciaire, AJ UP
- **Laurence Rival,** responsable du Pôle amiable, AJ UP
- **Marie Tellechea,** avocat, Tellechea Avocats
- **Marie-Laure Tuffal-Quidet,** Philippe Hottinguer Finance
- **Laure Warembourg,** avocat, Simon Associés
- **Patricia Lemarchand,** avocat, PLM Avocats
- **Serge Pelletier,** avocat, Rescue

### MODERNISATION DES PROCÉDURES COLLECTIVES

- **Laurent Assaya,** avocat, Vivien & Associés
- **Vincent Gillibert,** administrateur judiciaire, Thevenot Partners
- **Sébastien Vigreux,** administrateur judiciaire, Ajlink

### FAVORISER LES REPRISES DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

- **Eugénie Amri,** avocat, Bredin Prat
- **Alexandra Bigot,** avocat, Latham & Watkins
- **Gaël Couturier,** administrateur judiciaire, FHB
- **Jean-Dominique Daudier de Cassini,** avocat, Weil Gotshal & Manges
- **Emmanuel Drai,** avocat, Simon Associés
- **Frédéric Jouenne,** Excelrise
- **Marine Pacé,** administrateur judiciaire, 2M & Associés

### AMÉLIORER LE DROIT DE LA RESTRUCTURATION SOCIALE

- **Déborah David,** avocat, De Gaulle Fleurance & Associés
- **Hubert de Fremont,** avocat, Simon associés
- **Nathalie Leboucher,** administrateur judiciaire, FHB
- **Virginie Lockwood,** avocat, Valoren
- **Virginie Verfaillie,** avocat, Valoren

### ACCOMPAGNER LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

- **Amaury Dumas-Marze,** avocat, Delsol Avocats
- **Nassim Ghalimi,** avocat, Osborne Clarke
- **Nicolas Partouche,** avocat, Peltier, Juvigny, Marpeau & Associés
- **Serge Pelletier,** avocat, Rescue
- **Virginie Verfaillie,** avocat, Valoren
- **Patricia Le Marchand,** avocat, PLM Avocats

**ASSOCIATION POUR LE RETOURNEMENT DES ENTREPRISES**
29 rue Auguste Vacquerie 75116 Paris – www.are.fr

Conception graphique **Millefeuille Design** – Réalisation **Yuruga** – Crédits photos @ Shutterstock : couverture DrHitch

ARE – 29 RUE AUGUSTE VACQUERIE 75116 PARIS – TÉL/FAX : + 33 1 47 20 48 02