



**Attractivité et efficacité des procédures de
prévention et de traitement des difficultés
des entreprises**

10 recommandations de l'ARE

10 RECOMMANDATIONS DE L'ARE

- 1. Préserver les atouts du système français de prévention et traitement des difficultés des entreprises.**
- 2. Maintenir la souplesse du mandat ad hoc.**
- 3. Renforcer la confidentialité des procédures de mandat ad hoc et conciliation.**
- 4. S'affranchir du critère de la cessation des paiements pour fusionner la sauvegarde et le redressement judiciaire avec en contrepartie un rééquilibrage du rapport de force débiteur/créancier.**
- 5. Créer une Sauvegarde Financière.**
- 6. Favoriser le fonctionnement des comités.**
- 7. Moderniser et simplifier la vérification de passif.**
- 8. Limiter la dégradation de la trésorerie en période d'observation.**
- 9. Intégrer au droit français le concept de Centre des Intérêts.**
- 10. Rendre plus transparent le régime de la responsabilité des dirigeants.**

PRESENTATION DE L'ARE

L'ARE (Association pour le Retournement des Entreprises) réunit dans une approche pluridisciplinaire les meilleurs experts du retournement des entreprises. Ses plus de 160 membres sont ainsi investisseurs, conseils financiers, avocats, mandataires ad hoc, banquiers spécialisés, investisseurs ou managers de crise.

L'association poursuit les objectifs essentiels suivants :

- développer une culture de la prévention des difficultés ;
- promouvoir les bonnes pratiques et favoriser l'amélioration des techniques de prévention et traitement des difficultés ;
- former un *noyau dur* de membres pour lesquels les plus hauts standards d'expérience sont requis et favoriser le recrutement de personnes adhérant aux principes fondateurs d'éthique et de compétence ;
- maintenir et améliorer la performance des professionnels du retournement et de la restructuration ;
- favoriser la compréhension et la connaissance des techniques et impératifs du retournement par la communauté des affaires, les organismes publics, les médias et le public.

L'association publie chaque trimestre « l'Indicateur Avancé des Difficultés des Entreprises », véritable baromètre de la prévention. Les informations recueillies permettent, d'appréhender le profil des entreprises en difficultés financières et de mettre en lumière les résultats des actions engagées pour les résoudre.

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

10 RECOMMANDATIONS DE L'ARE

1- Préserver les atouts du système français de prévention et traitement des difficultés des entreprises

Les résultats obtenus au cours des récentes années de crise financière et économique ont démontré la pertinence globale du système français de prévention et traitement des difficultés.

- Les procédures de prévention (mandat ad hoc et conciliation) ont permis d'éviter efficacement la défaillance de nombreuses entreprises. L'Indicateur Trimestriel de l'ARE montre ainsi un taux de succès de ces procédures très stable de 69% en moyenne depuis 2009.
- Le nombre limité de sauvegardes, et encore plus de SFA, ne doit pas être mal interprété : leur existence est déterminante pour favoriser le succès de la prévention.
- Le développement des comités de créanciers a introduit une réelle contractualisation des procédures collectives au bénéfice de tous les partenaires des entreprises concernées. Les données publiées par les AGS montrent d'ailleurs que près de 60% des emplois affectés par des procédures collectives sont préservés.

Le cadre est certes perfectible, ainsi que nous le suggérons plus avant dans le présent document, mais la modernisation des procédures ne doit pas remettre en cause les avancées réelles déjà réalisées.

- **Dans un souci évident de prévisibilité et de sécurité juridique pour les acteurs économiques, il importe que toute réforme qui interviendrait s'inscrive dans la continuité du travail accompli.**

2- Maintenir la souplesse du mandat ad hoc

La loi de sauvegarde a consacré la procédure de mandat ad hoc en lui dédiant un article de loi à part entière. Elle a conservé toute la souplesse de cette procédure puisqu'il n'est prévu aucune règle spécifique, laissant à l'entreprise et au Président du Tribunal toute latitude pour définir la mission du mandataire ad hoc et sa durée. La procédure de mandat ad hoc a largement démontré l'efficacité que lui confère cette souplesse.

- **La procédure de mandat ad hoc devrait être maintenue en l'état sans être plus réglementée.**

3- Renforcer la confidentialité des procédures de mandat ad hoc et conciliation

La loi de sauvegarde a considérablement renforcé la procédure de conciliation :

- en ouvrant la procédure de conciliation aux entreprises en cessation des paiements depuis moins de 45 jours ;
- en rendant inefficace toute assignation en redressement judiciaire d'une société en conciliation ;
- en favorisant l'investissement dans les entreprises en conciliation par la création du privilège de conciliation et par l'impossibilité en cas d'homologation de l'accord de conciliation de faire remonter la date de cessation des paiements de la société à une date antérieure à celle du jugement d'homologation ;
- en offrant la possibilité aux dirigeants de choisir entre un simple constat de l'accord de conciliation afin d'en préserver la confidentialité et une homologation de cet accord qui lui apporte plus de sécurité juridique, et lui permet d'obtenir de nouveaux financements au prix d'une publicité limitée.

La conciliation est ainsi devenue la procédure phare de traitement amiable des difficultés des entreprises.

Elle constitue un outil très efficace pour inciter peu à peu les dirigeants à rechercher en amont la protection du tribunal.

Le succès des procédures de mandat ad hoc et conciliation tient en grande part au respect de leur confidentialité. Celle-ci se trouve pourtant de plus en plus souvent violée notamment par certaines entreprises qui diffusent de l'information financière sur internet, profitant de la déloyauté de certaines parties.

- **La violation de la confidentialité du mandat ad hoc et de la conciliation par toute personne qui en serait informée, quelle que soit la source de cette information, devrait être sanctionnée à nouveau pénalement.**

4- S'affranchir du critère de la cessation de paiements pour fusionner la sauvegarde et le redressement judiciaire avec en contrepartie un rééquilibrage du rapport de force débiteur/créancier.

Même assoupli par l'accroissement du délai de déclaration de la cessation des paiements de 15 à 45 jours, la cessation des paiements reste le critère disqualifiant pour le recours à la sauvegarde.

Dans un environnement qui recherche bien souvent une continuité entre des négociations en conciliation (autorisée après cessation des paiements) et une mise en œuvre en

sauvegarde (aujourd'hui impossible si cessation des paiements), le critère de la cessation de paiements n'a aucune pertinence pour écarter l'ouverture d'une sauvegarde.

- **La sauvegarde devrait être possible même lorsqu'une entreprise est en cessation des paiements.**
- **Le redressement judiciaire pourrait alors être fusionné avec la sauvegarde, les deux procédures fonctionnant déjà de manière très similaire.**
- **Dans une première période de 6 mois, les règles de la sauvegarde actuelle favorables aux dirigeants seraient maintenues mais le rééchelonnement du passif limité à 7 ans.**
- **Après 6 mois, à défaut de présentation d'un plan de sauvegarde voté par les comités à la majorité des 2/3 ou approuvé par le Tribunal, les créanciers seraient autorisés à présenter des propositions au tribunal et l'administrateur judiciaire pourrait rechercher des repreneurs en plan de cession.**
- **L'obligation de solliciter l'ouverture d'une sauvegarde (procédure fusionnée avec le redressement judiciaire) ou d'une liquidation dans les 45 jours de la cessation des paiements serait néanmoins maintenue.**

5- Créer une sauvegarde financière

Entrée en vigueur le 1er mars 2011, améliorée par le décret n°2012-1071 du 20 septembre 2012, la sauvegarde financière accélérée est une passerelle entre les procédures préventives et la procédure de sauvegarde.

Elle nécessite que le débiteur soit engagé dans une procédure de conciliation et soit éligible à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, ce qui permet de la qualifier de sauvegarde « accélérée » puisque la société justifie, lors de l'ouverture de la procédure collective, de l'élaboration d'un projet de plan recueillant un large soutien des créanciers financiers appelés à la conciliation.

- **Suppression de l'exigence de l'ouverture d'une conciliation préalable.**
- **Suppression de l'exigence de l'absence de cessation de paiements.**
- **Création de la sauvegarde financière dans laquelle seules les dettes des membres du comité des établissements de crédit et les dettes publiques seraient gelées et restructurées.**
- **Pour le reste, les règles instituées pour la sauvegarde (voir 4 ci-dessus) resteraient applicables.**
- **La procédure accélérée de la SFA resterait une option (sans critères exclusifs) en cas de conciliation préalable ayant dégagé la majorité requise et sans exiger l'absence de cessation des paiements.**

6- Favoriser le fonctionnement des comités

La loi du 26 juillet 2005 a instauré deux comités de créanciers, pour les entreprises d'une certaine taille :

- le comité des établissements de crédit ;
- le comité des principaux fournisseurs de biens.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a instauré l'assemblée générale unique des obligataires (article L. 626-32 du Code de commerce).

Ce faisant, les obligataires se voient attribuer un droit de véto sur le plan de Sauvegarde que rien ne justifie au regard de leur position économique

Par ailleurs, en vertu des dispositions de l'article L. 626-34 du Code de commerce, le silence ou le refus de l'un des comités de créanciers ou de l'assemblée des obligataires paralyse l'arrêté du plan.

- **Les obligataires devraient être intégrés de droit au Comité des établissements de crédit qui serait ainsi fusionnée avec l'assemblée générale unique des obligataires.**
- **Le plan ne devrait pas être empêché par le refus de l'un des comités si les créanciers qui en font partie voient leurs créances seulement rééchelonnées par la décision du tribunal.**

7- Moderniser et simplifier la vérification du passif

La procédure de vérification de passif actuelle est longue alors que beaucoup la considèrent en outre obsolète puisque les entreprises sont tenues d'avoir une comptabilité.

La loi prévoit déjà l'obligation pour le débiteur d'établir la liste de ses créanciers avec le montant des sommes dues (L. 622-4 du Code de commerce) mais essentiellement afin de permettre au mandataire d'avertir les créanciers d'avoir à déclarer leur créance.

Les créanciers figurant sur cette liste, laquelle devrait être certifiée sincère et véritable par le débiteur (le cas échéant, certifiée par le Commissaire aux Comptes), devraient être avisés du montant de leur créance.

Seule la contestation par le créancier ouvrirait ainsi l'accès à la procédure de vérification de passif par le Juge-commissaire.

- **Sauf contestations par les créanciers, les créances figurant sur la liste des créances certifiées sincères et véritables par le débiteur (le cas échéant par le commissaire aux comptes) seraient admises au passif.**

8- Limiter la dégradation de la trésorerie en période d'observation

La loi de sauvegarde et ses améliorations n'ont pas réglé le problème de la dégradation de la trésorerie en période d'observation tant en procédure de sauvegarde qu'en procédure de redressement judiciaire.

La multiplication des dérogations à la suspension des poursuites (actions directes, droits de rétention ou clauses de réserve de propriété, etc.) a considérablement réduit l'effet protecteur de la période d'observation. Au lieu de bénéficier d'un rétablissement de leur trésorerie, les entreprises en sauvegarde ou en redressement judiciaire sont ainsi rapidement privées d'une réserve de trésorerie, pourtant indispensable à la recherche d'une solution de redressement pérenne.

→ **Il pourrait être envisagé de revenir à une application plus stricte de la suspension des poursuites. Les bénéficiaires de clauses de réserve de propriété, de droits de rétention, d'actions directes des sous-traitants verraient leurs droits maintenus mais la mise en œuvre de leurs droits privilégiés serait provisoirement gelée et reportée à la fin de la période d'observation sous forme d'octroi d'un rang privilégié dans les termes des articles L.622-17 (sauvegarde et redressement judiciaire) et L. 641-13 du code de commerce (liquidation judiciaire).**

9- Incorporer en droit français le concept de centre des intérêts principaux

En vertu des dispositions des articles L. 662-2 et R. 662-7 du Code de commerce, lorsque les intérêts en présence le justifient, le Premier Président de la Cour d'appel ou de la Cour de cassation peuvent décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction, pour connaître de la procédure de conciliation ou des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Ce *dépaysement* peut être sollicité soit d'office par le Président du Tribunal saisi ou par le Ministère public mais seulement *a posteriori* ce qui ne répond pas aux besoins de rapidité et de prévisibilité en cette matière.

Paradoxalement, ce renvoi ne peut être en aucun cas sollicité *en amont* de toute ouverture de procédure par le débiteur et son motif n'est pas encadré.

- **Il est souhaitable que la société puisse solliciter d'elle-même et directement auprès du Premier président de la Cour d'appel ou, le cas échéant, de la Cour de cassation, le renvoi de l'affaire.**
- **Le recours à la notion du centre des intérêts principaux, centrale dans le Règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, permettrait d'unifier la pratique et la jurisprudence française au regard de cette règle communautaire.**

10- Rendre plus transparent le régime de la responsabilité des dirigeants

Le régime des sanctions, bien qu'assoupli par la loi de sauvegarde, est encore trop complexe et peu lisible.

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants et les sanctions doivent être connues de tous et déterminées avec précision.

Or, la diversité et la variabilité des critères et des sanctions retenus par la jurisprudence créent une grande incertitude quant aux risques auxquels s'exposent les dirigeants.

Les dispositions relatives à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (art. L. 651-2 du code de commerce) sont bien trop générales et laissent un pouvoir d'appréciation trop large au juge.

Une première évolution a eu lieu en ce sens par l'abrogation de l'obligation aux dettes sociales par la réforme du 18 décembre 2008.

Pourtant, les régimes de responsabilités restent incohérents avec les principes fondamentaux de la responsabilité civile de droit commun :

- absence de proportionnalité de la condamnation à l'intensité de la faute et au dommage : le juge peut ainsi décider de dispenser le dirigeant de toute condamnation, quand bien même sa faute serait établie. À l'inverse, une faute, si minime soit-elle, peut autoriser le juge à mettre l'intégralité des dettes du débiteur à la charge du dirigeant poursuivi ;
- absence de lien de causalité entre la faute et le dommage, puisque la faute doit simplement avoir contribué au dommage. Le Tribunal n'a donc pas à établir que la faute a directement et exclusivement entraîné l'insuffisance d'actif.

➤ **La responsabilité pécuniaire des dirigeants devrait donc intégrer les principes fondamentaux du droit civil de la responsabilité que sont la causalité et la proportionnalité de la sanction au dommage.**

Le système de notation de la Banque de France institue une sanction automatique à l'encontre de tout dirigeant de société en liquidation judiciaire, et ce pendant trois années à compter du jugement d'ouverture de cette procédure.

➤ **Il est essentiel de mettre fin à la sanction administrative aveugle que constitue la dégradation des notes Banque de France à l'égard des dirigeants de sociétés en liquidation judiciaire.**

* *
*