

TRANSITION ÉNERGÉTIQUE ET RESTRUCTURING

*par Bernard Cheysson,
avocat au Barreau de Paris*

CHEYSSON MARCHADIER & ASSOCIÉS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS



« L'histoire n'est pas utile parce qu'on y lit le passé, mais parce qu'on y lit l'avenir. »¹

À un horizon qui ne cesse de se rapprocher, les secteurs producteurs d'énergie (en particulier l'immobilier, l'industrie, les transports, l'agriculture) doivent totalement se décarboner. Au-delà de ces producteurs du premier rang se situe finalement toute la chaîne économique et ce jusqu'au consommateur qu'il soit professionnel ou particulier.

En bref, le monde est ou sera rapidement concerné.

La décarbonation consiste à réduire les émissions de gaz à effet de serre et prend pour l'essentiel 3 formes :

1. L'efficacité énergétique dont l'objet est d'optimiser l'utilisation de l'énergie à travers la mise en place de procédés ou technologies plus performants. L'amélioration de l'efficacité énergétique peut permettre de réduire les coûts, économiser des ressources, diminuer les émissions de gaz à effet de serre et promouvoir la durabilité.

2. La modification du mix énergétique qui impose de diversifier les sources d'énergie utilisées pour répondre aux

besoins des acteurs économiques et tend à instaurer un nouvel équilibre voire une inversion vers les sources d'énergies renouvelables.

3. Le captage du carbone (CO₂) qui implique (i) de le capturer avant qu'il ne soit émis dans l'atmosphère par les centrales électriques et les installations industrielles et (ii) de le stocker de manière permanente ou de le réutiliser.

Cette transition est en marche mais la route est à la fois encore longue et parsemée d'embûches.

A une politique d'objectifs et parfois de vœux pieux s'est progressivement substituée une économie d'incitations puis de contraintes.

On sait, en particulier en suite de la révolution industrielle, que toute transition porte en elle la restructuration. Contrainte ou volontaire cette restructuration s'impose comme une évidence.

Cependant, comme le font observer de nombreux travaux (voir encore récemment ceux repris dans le rapport Jean Pisani-Ferry et Selma Mahfouz et du groupe IC4E (Institut for Climate Economics)) « la mise en œuvre demeure

¹ Jean-Baptiste Say, in Traité d'économie politique (1803)

insuffisante, difficile. Nombre de ménages, de collectivités ou d'entreprises n'ont pas la capacité d'investir dans les alternatives aux énergies fossiles, et sont frappés de plein fouet par les nouvelles réglementations et la hausse des prix de l'énergie. »

Comme après-guerre, une forme de planification se met en place et impose aux acteurs économiques de se projeter dans la durée.

Cette projection nécessite des adaptations et une réallocation des ressources et sans doute - comme souvent en France - une augmentation des dépenses publiques affectées à cette transition.

Aucun secteur ne sera épargné par cette transformation qui contrairement à d'autres n'est pas la conséquence d'une rupture technologique mais celle d'un changement des mentalités vis-à-vis de l'utilisation des ressources énergétiques.

Cette mutation profonde des acteurs de toute la chaîne économique va en laisser de côté un certain nombre ; d'autres vont réussir à surmonter cette transition au prix d'efforts douloureux parfois programmés et maîtrisés mais le plus souvent de manière contrainte.

Cette transition oblige à remettre en cause beaucoup de modèles (social, alimentaire, industriel, ...).

Pour beaucoup d'entreprises il s'agit de se restructurer. Parfois, volontairement. Le plus souvent de manière forcée par le recours aux mécanismes prévus pour les entreprises en difficultés.

Le premier constat qui saisit le professionnel qui se penche sur la question de la transition énergétique et de la restructuration des entreprises est relativement sans appel.

En ce début 2024, aucune disposition du Livre VI du code de commerce relatif au traitement des entreprises en difficulté n'appréhende la question de la transition énergétique. Comme le soulignait un auteur, sous réserve de quelques très légères atténuations, « *le droit des entreprises en difficultés semble, lui, s'être figé dans les années 1980 et l'aspect environnemental apparaît comme le grand absent du Livre VI du Code de commerce* »². Pourtant, ces dernières années, le législateur a su intégrer dans le droit interne des procédures collectives des dispositifs conjoncturels, comme celui destiné au soutien des entreprises pendant la crise sanitaire puis en vue de la sortie de cette crise.

Faut-il s'inquiéter de cette absence de prise en compte des objectifs de décarbonation et de transition énergétique de l'économie française dans le droit des procédures collectives ?

Oui sans doute, si l'on considère (i) que la France a depuis 2015³ adopté toute une législation visant à accompagner et accélérer la décarbonation de l'économie et (ii) que le droit des entreprises en difficultés est un outil de façonnage de l'économie et qu'une main plus ou moins visible doit s'immiscer dans son fonctionnement.

Non si, dans le cadre d'une réflexion plus libérale, on considère que la restructuration est un mode normal de régulation de l'activité économique et qu'il appartient aux acteurs qui accompagnent les agents économiques de tenir compte des objectifs de cette transition énergétique.

Les quelques lignes qui suivent ont pour objet de s'intéresser brièvement et modestement à cette situation (ce paradoxe ?) que certains jugeront anormale quand d'autres l'appréhenderont pour mieux la surmonter. Mais finalement faut-il être si inquiet ?

1 – Le droit français des entreprises en difficulté ignore-t-il la transition énergétique et ses enjeux ?

► Une apparente ignorance

Le Code commerce (Livre VI) est clair :

■ La procédure de conciliation, prévue à l'article L.611-4 du code de commerce, est ouverte au profit des « *débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* ».

■ Les articles L.620-1 et L. 631-1 du code de commerce qui instituent respectivement la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement judiciaire donnent tout aussi vite le ton : elles sont destinées à permettre, notamment par la réorganisation de l'entreprise, « *la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*. »

La transition énergétique est donc très loin d'être envisagée comme l'un des principaux objectifs de la sauvegarde des entreprises.

Et de fait, aucune disposition du code de commerce n'intègre la transition énergétique dans les différentes phases du traitement des entreprises en difficultés.

De son côté, lorsque le Code de l'Energie pourtant issu de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 « *relative à la transition énergétique pour la croissance verte* » évoque les entreprises en difficulté, ce que l'on retient d'emblée c'est que le législateur est habité d'une grande méfiance à leur égard.

En effet, ledit Code n'appréhende la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaire des entreprises que pour :

² Olivier Buisine, « Transition écologique et entreprises en difficultés » Actu-Juridique.fr, Lextenso 22 juin 2022.

³ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

- faire obligation aux fournisseurs d'énergie (titulaire d'une autorisation d'exercer l'activité d'achat-revente d'électricité et de gaz naturel) d'informer le ministre de l'Énergie du jugement d'ouverture (Article R333-7-1 et R443-8-1)
- faire interdiction aux entreprises déléguataires de CEE d'être en redressement ou liquidation judiciaire ou en faillite personnelle (Article R221-6) et d'en informer le déléguant ou le ministre chargé de l'Énergie (Article R221-6-1)
- exclure les accompagnateurs agréés, dits "*Mon Accompagnateur Rénov'*" placés en redressement ou liquidation judiciaire du dispositif (Article R232-4)
- adapter le terme CP2 dans la formule de calcul du complément de prix ARENH pour tenir compte des cas de suspension de fourniture d'électricité ou de réduction significative et brutale de consommation à la suite de l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire (Article R336-35) ;
- organiser l'interruption en urgence et à tout moment par le Cordis, sur saisine du Président de la CRE, de tout ou partie de la livraison des volumes d'ARENH à un fournisseur d'électricité qui « *connaît des difficultés de nature à compromettre la poursuite de son activité* » :
- organiser la désignation d'un fournisseur de secours lorsque le fournisseur « *tombe sous le coup d'une procédure collective de liquidation judiciaire* » (sic) (art. L.333-3)⁴

De manière plus conjoncturelle, on mentionnera également que ne sont pas éligibles au dispositif du III de l'article 52 de la loi du 29 décembre 2023 de finances pour 2024 (dit « *d'amortisseur électricité* ») les entités « *se trouvant en procédure de sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire* » ; »

Par une métaphore empruntée à une autre actualité de l'année 2024, on serait tenté de dire : « *Chacun dans son couloir* » !

Fort heureusement, cette ignorance -qui pour certains pourrait confiner à une forme de mépris - n'est qu'apparente.

► Des outils *ad'hoc* éparpillés

Quelques petites précisions environnementales ont réussi à s'infiltrer dans le code de commerce au fil des années et les praticiens, habitués à s'adapter, les ont intégrées dans leurs pratiques.

On retiendra comme dispositifs favorisant la prise en compte de la dimension environnementale des entreprises ceux qui préoccupent surtout le sort des ICPE :

- l'établissement d'un bilan environnemental dans le cadre des opérations d'audit de l'entreprise réalisées par l'administrateur judiciaire au stade du bilan économique, social et environnemental en cas d'exploitation d'une ICPE (art. L.621-54 du code de commerce) ;
- l'obligation de constituer les garanties prévues aux articles L. 516-1 et L. 516-2 du Code de l'environnement, notamment dans les plans de cession avec ICPE
- le financement des opérations de dépollution (Fonds « *friches* » issu du plan de relance de 2022)

À côté des dispositifs intégrés à la loi figurent des outils d'aides ponctuelles qui peuvent être mobilisés par les praticiens pour la restructuration. On pense en particulier aux aides des collectivités ou encore à des fonds structurels européens (le FEDER par exemple).

Le fonds européen d'ajustement à la mondialisation (FEM) peut également être mobilisé sous certaines conditions. Ce fonds, créé en 2007 par l'Union européenne, était initialement destiné à financer les mesures de reclassement des travailleurs ayant perdu leur emploi en raison de la mondialisation. Doté d'un budget annuel d'un peu plus de 200 millions d'euros pour la période 2021-2027, il a été élargi aux licenciements liés à la transition énergétique et numérique. Il est toutefois réservé aux entreprises qui mettent en place des plans sociaux d'ampleur se traduisant par au moins 200 départs intervenants dans le cadre d'une restructuration et se limite à un co-financement des mesures d'accompagnement.

Le Fonds européen pour une transition juste (FETJ) s'inscrit dans ce cadre. Il accompagne les territoires et les acteurs économiques confrontés à d'importantes émissions de CO2 dans leur transition écologique et sociale⁵.

De son côté l'Ademe prend toute sa part à la restructuration des entreprises en pilotant des aides particulières :

- le Fonds de décarbonation vise à décarboner les sites industriels les plus émetteurs, tels que les aciéries, la chimie lourde, les cimenteries et l'aluminium, en déployant des solutions matures et innovantes pour réduire rapidement et massivement les émissions de gaz à effet de serre. En 2023, l'investissement était d'environ 1,7 milliard d'euros.

⁴ Dispositif utilisé à l'égard des fournisseurs Hydroption, Hydroption Collectivité, Oui Energy et E-Pango

⁵ À ce jour 6 programmes régionaux en France sont concernés, à savoir les Hauts-de-France, la Provence-Alpes-Côte d'Azur, l'Auvergne-Rhône-Alpes, le Grand-Est, la Normandie et les Pays-de-la-Loire.

■ **le Fonds chaleur**, dispositif issu de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Il vise à soutenir les projets de production de chaleur à partir d'énergies renouvelables et de récupération d'énergie (EnR&R), ainsi que les réseaux de chaleur associés à ces installations. Les aides financières se présentent sous forme de subventions, couvrant jusqu'à 60% des investissements pour les réseaux de chaleur et de froid, jusqu'à 45% pour les énergies renouvelables telles que la biomasse, le solaire et la géothermie, et jusqu'à 30% pour la production de chaleur à partir de sources d'énergies renouvelables et de récupération de chaleur. Enfin, les petites et moyennes entreprises (PME) ont la possibilité de bénéficier d'un bonus supplémentaire de 10 à 20%.

2 - Des pistes d'amélioration ?

En juin 2023, le président de la commission financement de la CPME évoquait une épine dans les pieds à l'occasion de la mise en place du « *plus grand défi de l'histoire des entreprises* » : la transition énergétique.

« *Les investissements de transition seront repoussés car, ils ne produisent pas la rentabilité à court terme qui permettrait d'assumer le surcoût du financement* », soulignait-t-il.⁶

Il convient de nuancer cette mauvaise nouvelle puisqu'au contraire la transition énergétique est clairement devenue un facteur différenciant et un avantage compétitif pour les entreprises. Encore faut-il qu'elles anticipent. Le droit des entreprises en difficulté ne doit pas être réservé à celles qui jonglent avec la définition de l'état de cessation des paiements ou qui attendent des difficultés insurmontables et irrémédiables.

Et qu'il soit permis de rappeler que le droit des entreprises en difficulté permet :

- de négocier de manière confidentielle des accords avec ses fournisseurs et créanciers ;
- de contraindre un co-contractant à poursuivre sa relation contractuelle ; ou au contraire d'y mettre fin par anticipation ;
- de céder très rapidement les activités rentables sans l'effet négatif de la publicité de la procédure collective par le recours au *prepack cession* (cf. par ex. le dossier Mega Energie)⁷ ;
- de refinancer des investissements par la mise en place d'une fiducie ;

■ de restructurer l'endettement par l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement d'une durée de 10 ans qui peut correspondre à celle de l'amortissement des nouveaux investissements

Ces outils bien anticipés et pensés dans une optique de transition énergétique constituent de forts atouts compétitifs pour les entreprises françaises intervenant aussi bien sur le seul territoire domestique que pour celle ayant des ambitions internationales.

Pour réussir cette transition énergétique et si on peut s'autoriser quelques suggestions il pourrait être envisagé :

- d'intégrer dans l'examen des plans l'effet de la restructuration de l'activité sur la transition énergétique avec l'utilisation d'indicateurs simples et suivis pendant la durée du plan et éventuellement des avantages sous forme de réduction d'impôt (d'abandon de créance en cas de plan) si les jalons sont atteints ;
- de faciliter l'accès au crédit et au refinancement des projets vertueux selon un certain nombre de critères
- de faire accompagner les porteurs de projets connaissant des difficultés ou désireux de faire évoluer leur entreprise vers cette transition énergétique par des cellules de conseils ou de sages qui les suivraient et les conseilleraient dans leur parcours.

Au-delà de la protection des entreprises se pose depuis plusieurs années la nécessité, à l'aube d'une transition énergétique majeure, d'adresser des signaux de long terme aux investisseurs. Grâce à un ensemble de praticiens très aguerris et habitués à s'adapter, le droit français des entreprises en difficulté est plutôt bien armé pour relever le défi de cette transition énergétique.

Si on peut se permettre ce comparatif, comme pour les contrats d'énergie⁸, le droit des procédures collectives, pourtant contraint en permanence à l'urgence de la situation (notamment en matière de gestion de cash et d'interactions avec les autres intervenants) gagnerait à bénéficier d'un temps long et prévisible pour produire ses meilleurs effets.

En 2024 devrait se mettre en place un cadre nouveau pour en débattre : la stratégie pluriannuelle de financement de la transition. Débattue pour la première fois au Parlement lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2025, cette stratégie nourrit de fortes attentes y compris chez les praticiens du droit des entreprises en difficultés.

⁶ Les Échos du 30 juin 2023

⁷ Trib. Com. de Montpellier, 10 novembre 2023, n°2023 020873

⁸ On pense aux « Power purchase agreement » (PPA)