

La prévention des difficultés des entreprises

« La procédure de sauvegarde judiciaire : outil de gestion de l'entreprise »

Intervention Me Coronel-Kissous
du 18 mai 2010 / Mairie de Saint Cloud / Rotary Club

Introduction :

Contexte :

Quand une entreprise éprouve des difficultés financières, le plus souvent, elle cherche des solutions seules :

- Soit en mettant la pression sur le commercial pour faire entrer plus de CA
- Et / ou en jonglant le plus habilement possible avec sa trésorerie
- Et / ou en allégeant les charges de personnel et en procédant à des plans de licenciement

Mais bien souvent, ces mesures ne sont pas suffisantes pour produire l'effet souhaité et l'entreprise est en risque certain de se retrouver en état de cessation des paiements.

Définition de l'état de cessation des paiements :

Lorsque l'entreprise n'est plus en mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Or, le dirigeant qui pilote l'entreprise a bien souvent en ligne de mire ce risque.

Conséquences :

Il sait que lorsque cela se produit, il a 45 jours pour « déposer le bilan » au tribunal de commerce.

Il peut alors demander l'ouverture d'un redressement judiciaire s'il y a possibilité de proposer un plan de redressement et de remboursement de la dette ; mais il sait qu'en contrepartie il sera dessaisi de la gestion de son entreprise ; c'est ce qu'il redoute et c'est la raison pour laquelle la plupart du temps il répugne à déposer le bilan pensant qu'il peut s'en sortir seul.

Ou bien demander la liquidation judiciaire pure et simple si la situation apparaît irrémédiablement compromise.

Dans les deux cas, il est bien souvent trop tard pour espérer sauver l'entreprise.

Statistiques :

Il est constant que sur l'ensemble des dépôts de bilan, 85% des dépôts donnent lieu à une liquidation judiciaire directe ; et sur les 15% autre qui donnent lieu à ouverture d'un redressement judiciaire, seulement 30% arrivent à s'en sortir, les 2 autres tiers des RJ sont convertis en LJ en cours de procédure.

C'est dire qu'il est déjà trop tard pour sauver quoique ce soit lorsque l'on se déclare en état de cessation des paiements.

C'est sur la base de ce constat que la loi du 26 juillet 2005 a instauré la procédure de sauvegarde judiciaire.

I- La sauvegarde

Définition procédure de sauvegarde :

Elle permet à tout dirigeant :

- dont l'entreprise n'est pas en état de cessation de paiement ;
- Et qui justifie de difficultés (~~de nature à conduire à la cessation des paiements~~ supprimé par ordonnance du 28 décembre 2008) qu'il n'est pas en mesure de surmonter (seul)

de solliciter le tribunal en demande d'ouverture de procédure de sauvegarde

Les effets d'une procédure de sauvegarde :

- L'arrêt des poursuites en paiement et l'interdiction de payer les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture = Gel du passif exigible
- Ouverture d'une période d'observation (pour établir un plan de redressement et d'apurement de la dette)
- Poursuite de l'activité et continuation des contrats en cours (notamment obligation des partenaires stratégiques de la société de continuer à travailler avec elle alors qu'ils n'ont pas été payés sur les prestations antérieures) permettant de faire rentrer du CA

= dispositif permettant à l'entreprise de retrouver du souffle et de la trésorerie afin qu'elle puisse proposer un plan de redressement, de restructuration, et négocier un plan d'apurement de la dette en forçant les créanciers à renégocier la dette.

= du temps pour se reconstituer

Avantage de la Sauvegarde par rapport à la procédure de Redressement judiciaire :

Et surtout, cette procédure, contrairement à la procédure de RJ, ne dessaisi pas le chef d'entreprise de la direction de celle-ci : il reste aux manettes pour piloter la sauvegarde, avec l'aide de l'administrateur judiciaire et du mandataire.

Et comme il n'est pas en cessation des paiements, il ne court pas de risque de sanctions à titre personnel tel que la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, ou une condamnation, sur ses biens personnels en comblement pour insuffisance d'actif.

Il sait aussi qu'en cas de faute de gestion, il est susceptible d'être poursuivi sur ses biens personnels en comblement pour insuffisance d'actif.

Donc sauvegarde = Outil de gestion :

- De sa trésorerie
- De renégociation des relations avec les partenaires financiers et fournisseurs stratégiques de l'entreprise.

Exemples :

- **Eurotunnel** ; et notamment comité de créanciers des établissements de crédit qui ont conduit les banques qui ne voulaient pas du plan d'apurement de la dette tel qu'il était présentait se le sont vu imposé du fait des règles de vote régissant les comités de créanciers.

II- LIMITES : la juste qualification des difficultés / assouplissement des critères d'ouverture, mais ne pourra jamais couvrir la fraude aux droits des créanciers.

Exemple : AFFAIRE CŒUR DEFENSE

- Sauvegarde de gestion ne pourrait pas être un outil de renégociation des contrats si les difficultés rencontrées n'étaient pas de nature à conduire à la cessation des paiements ;

CA Paris, 25 février 2010 SA Eurotitrisation c/ SARL Dame Luxembourg et autres, RG n° 09/ 22756 : Affaire cœur Défense

Les faits :

- La société Cœur Défense a acquis un ensemble immobilier grâce à un prêt à taux variable remboursable in fine, seuls étant remboursés jusqu'à la revente les intérêts du prêt.

Le prêteur avait exigé une garantie de couverture du risque de variation du taux d'intérêt ; cette garantie avait été fournie par Lehman Brothers

Mais entre temps, Lehman Brothers a été mis en liquidation judiciaire, ne pouvant plus exécuter cette garantie.

En conséquence, le prêteur a exigé de cœur défense qu'elle trouve un nouveau garant.

Cœur Défense s'y est opposé, considérant que les conditions de la crise financière mondiale rendait impossible, pour l'heure, la souscription d'une telle garantie eu égard au coût prohibitif de l'opération.

Le prêteur a alors menacé de faire jouer la clause de déchéance du terme rendant l'ensemble de la dette immédiatement exigible (clause d'exigibilité anticipée du prêt)

Dans ses conditions, se trouvant acculée, Cœur Défense a sollicitée l'ouverture d'une procédure de sauvegarde qui a fait droit à sa demande le 3 novembre 2008,

Effet

Cela avait pour effet de faire échec à la déchéance du terme du prêt, évitant ainsi à la société Cœur Défense d'être placée devant des difficultés financières qu'elle redoutait ;

(déchéance faisant naître une créance de remboursement et d'intérêts antérieure au jugement d'ouverture et soumettant le prêteur à la règle d'interdiction des poursuites en paiement)

Le critère d'ouverture est alors celui de la loi du 26 juillet 2005, où il faut justifier de difficultés qu'on n'est pas en mesure de surmonter ET de nature à conduire à la cessation des paiements ;

Or les arguments de Cœur défense pour obtenir l'ouverture de la sauvegarde était de dire que :

- Elle était contrainte de trouver un nouveau garant, ne pouvant faire autrement puisque son ancien garant n'était plus en mesure de le faire ;= **difficulté qu'elle ne peut résoudre seule**
- Elle ne pouvait trouver ce nouveau garant qu'à un coût prohibitif compte tenu du contexte de crise financière mondiale= **difficulté, mais qui n'est pas de nature à la mettre en péril**

Mais en disant cela, elle démontre, certes, que cela va la placer dans des difficultés qu'elle n'avait pas prévu, mais elle ne démontre pas que cela va la conduire à la cessation de paiements.

En appel, la Cour a infirmé la décision du Tribunal de commerce en décidant que Cœur Défense n'était pas recevable à l'ouverture de la sauvegarde.

Il ne suffit donc pas de démontrer que la difficulté est de s'exposer à un surcoût, même prohibitif, car la garantie nouvelle n'est pas de l'ordre de l'impossible, elle est simplement d'un coût prohibitif ; il faut surtout, a estimé la cour d'appel, montrer que ce surcoût conduirait à la cessation des paiements.

La cour d'appel **dénonce** dans la motivation de son arrêt, **l'utilisation de la procédure de sauvegarde comme un moyen indirect mais certain, de réécrire le contrat selon sa propre volonté**, avec l'appui du juge, alors que hors de cette procédure, une telle renégociation sans l'accord de son cocontractant n'est pas possible.

En d'autres terme la Cour **dénonce une instrumentalisation** du juge comme levier de négociation dans la mesure où il est sollicité, non pas pour aider à préserver la continuité de l'activité, la sauvegarde des emplois et l'intérêt des créanciers, mais pour prévenir le seul péril que représenterait le fait pour une société de ne pas gagner autant d'argent qu'elle l'avait prévu.

Pour ouvrir une sauvegarde et réclamer la protection du tribunal contre les créanciers, il faut qu'il existe des difficultés qu'on n'est pas en mesure de surmonter seul et qui sont de nature à conduire à la cessation des paiements dicit le la Cour d'appel.

Une telle exigence était celle édictée par la loi de 26 juillet 2005.

Depuis l'ordonnance du 28 décembre 2008, cette exigence a été supprimée ; il suffit de justifier de difficultés que l'on n'est pas en mesure de surmonter.

L'assouplissement de la loi permet de penser que la sauvegarde est donc un moyen de renégociation sans avoir à justifier d'une épée de Damoclès qu'est la cessation des paiements ;

Ce qui fait dire à certains auteurs, et en particulier à Monsieur le Professeur Le Corre que *« L'opprobre jeté sur celui qui utilise les procédures collectives de paiement comme une technique de gestion n'est plus d'actualité »*

Plus que jamais, l'anticipation des difficultés est encouragée.

(A condition toutefois de bien se faire conseiller de manière à bien qualifier la nature des difficultés pour que la sauvegarde gestion puisse être ouverte par les tribunaux.

Car il est un droit posé par la loi de forcer les partenaires à la renégociation uniquement dans le cadre d'une procédure collective, mais en aucun cas elle ne peut servir de couverture à une fraude à la loi ou à conduire à un déséquilibre trop prononcé en défaveur de l'intérêt des créanciers. Car si les créanciers sont démesurément pénalisés pour sauver une entreprise, c'est eux qui seront à leur tour en danger et menacés par des difficultés sérieuses, voire irrémédiables)
