Ordre des Avocats
au Barreau de Nice

ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI MILANO

avec la participation de l'Union des Avocats Européenset de l'Institut Méditerranéen des Procédures Collective

4EME RENCONTRE FRANCO-ITALIENNE ENTRE LES BARREAUX DE NICE ET DE MILAN

4° INCONTRO ITALO-FRANCESE FRA GLI ORDINI DEGLI AVVOCATI DI MILANO E NIZZA

Nice – Samedi 12 mai 2007- Salle Pierre JOSELET

IL DIRITTO FALLIMENTARE ITALIANO LE DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES EN DIFFICULTES

L'APPLICATION DES REFORMES

LE RÔLE DE L'AVOCAT

Maître Bernard TERRAZZONI
Avocat au Barreau de Nice

Quelles stratégies à mettre en place pour un dirigeant en difficulté?

Conseiller utilement un chef d'entreprise sur la stratégie à mettre en place permettant de remédier aux difficultés de son entreprise n'est pas chose aisée. Il s'agit, en effet, de se déterminer en tenant compte préalablement de la situation économique, financière et sociale de l'entreprise tout en préservant le propre intérêt de l'entrepreneur.

Le choix effectué n'est pas libre mais commandé par l'intensité des difficultés rencontrées.

Il faudra donc s'attacher à vérifier préalablement si l'entreprise est ou non, en état de cessation des paiements et en tirer, ensuite, les conséquences qui s'imposent quant à l'orientation de la procédure à suivre, laquelle pourra être seulement contractuelle entre l'entreprise et ses partenaires ou si le recours au Juge apparaît comme l'ultime solution.

A. En l'absence de cessation des paiements

Þ Le choix du mandat ad hoc, de la procédure de conciliation ou de celle de sauvegarde

La voie de la négociation sans contrainte judiciaire présente à l'évidence d'indéniables avantages, mais également des inconvénients.

1. Le mandat ad hoc

Sous réserves des incompatibilités légales, la demande au Président du Tribunal aboutit à la désignation d'un Mandataire dont la mission est en principe limitée.

- Les principaux avantages :

Sa souplesse : la mission du Mandataire pourra concerner des nouveaux concours avec les banquiers, la négociation de délais ou remise avec les créanciers.

Sa discrétion : pas de publicité, procédure parfaitement confidentielle.

De larges délais : pas de limitation de durée, prorogation possible de la mission du Mandataire.

- Les inconvénients :

Cette procédure repose entièrement sur la négociation.

Absence de pouvoirs de contrainte pour assurer l'efficacité des choix effectués.

Le mandat ad hoc permet donc de trouver une solution hors procédure pour préparer sereinement une conciliation en cas de coopération des créanciers, ou dans le cas contraire une procédure de sauvegarde.

2. La conciliation

La conciliation est ouverte à l'encontre de toute personne physique ou morale qui éprouve une difficulté juridique, économique, ou financière avérée ou prévisible et ne se trouve pas en état de cessation des paiements.

Les critères larges et flous présentant une certaine commodité puisque incluant une éventuelle cessation des paiements inférieure toutefois à 45 jours.

Permet de bâtir une solution consensuelle est viable.

Difficulté majeure :

Faut-il ou pas homologuer l'accord amiable au terme de la procédure ?

L'accord peut être soit constaté par le Tribunal, soit faire l'objet d'une homologation.

- Les avantages de l'accord homologué :

Accroît la sécurité de l'accord :

Le dirigeant est à l'abri des poursuites des créanciers signataires de l'accord.

En cas d'interdiction d'émettre des chèques antérieurs à l'accord, la levée de plein droit de cette interdiction interviendra.

Pour les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome (le dirigeant est souvent au nombre de ces personnes), elles peuvent se prévaloir des délais et/ou remises prévus dans l'accord.

- Les inconvénients de l'accord homologué :

L'accord homologué propage la fragilité de l'entreprise et fait l'objet d'une publication.

o Il entraîne la perte du caractère confidentiel car présence à l'instance de l'homologation des représentants du Comité d'Entreprise, des créanciers, du Conciliateur, ainsi que du Ministère Public.
o S'agissant de l'accord simplement constaté : il intervient à la diligence du Tribunal et reste discret.

On constate également une perte de la confidentialité car le Conciliateur sera amené à entendre un certain nombre de personnes.

Toutefois, il n'est pas procédé à une publication.

Les statistiques révèlent après plus d'une année d'application de la Loi du 25 Juillet 2005 que l'accord simplement constaté est davantage utilisé que l'accord homologué.

Dans tous les cas, la procédure de concertation qui se solde par un accord, qu'il soit ou non, homologué est limitée à quatre mois avec une prorogation d'un mois.

Cette durée se révèlera comme trop courte pour trouver une solution pérenne.

Par ailleurs, seules les poursuites des créanciers partie à l'accord sont arrêtées, pour les autres, l'obtention de délais judiciaires sera nécessaire.

Pas d'intervention de l'Association de Garantie des Salaires en cas de licenciement, lesquels seront donc supportés par l'entreprise sans avance préalable de l'organisme social.

Enfin, si l'accord était inexécuté et la cessation des paiements constatés, le dirigeant sera éligible d'une procédure de redressement judiciaire.

3. La procédure de sauvegarde

Véritable innovation de la Loi de Juillet 2005, cette procédure nécessite l'absence de cessation de paiements.

Elle est applicable à tout débiteur justifiant de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements.

Procédure d'anticipation, reposant sur la seule initiative du dirigeant qui tient compte de difficultés graves, insurmontables si aucune mesure n'est prise, mais pas irrémédiables.

Est-elle préférable à la conciliation ?

Certes, le législateur a prévu un dispositif incitatif puisque l'on retrouve les avantages de la procédure de conciliation mais elle dispose également d'attrait que ne prévoit pas la conciliation pour assurer la survie de l'entreprise.

On peut cependant lui reprocher une protection insuffisante des dirigeants, ce qui a été jugé regrettable par la doctrine.

a. Par nature, procédure libérale et d'anticipation, elle offre les mêmes avantages que la conciliation

Ainsi, les coobligés ou les personnes physiques ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des remises et

des délais du plan de sauvegarde. Les personnes morales sont donc mieux traitées en conciliation.

Le plan de sauvegarde comme l'accord de conciliation peuvent être favorisé par des abandons de créances fiscales ou des délais de paiement depuis l'entrée en vigueur du Décret du 7 Février 2007.

b. Son efficacité est supérieure à la procédure de conciliation

- Pour les garants (qui sont souvent les dirigeants) :

Arrêt des poursuites contre les personnes physiques, cautions, co-obligés ou ayant consenti une garantie autonome pendant la période d'observation jusqu'à l'arrêt du plan, ainsi que la possibilité d'obtention de délais de paiement pendant deux ans après l'arrêté de ce plan.

Arrêt du cours des intérêts pour les prêts de moins d'un an qui profite à ces mêmes garants.

- Pour l'entreprise :

Ce qui est remarquable, c'est que les règles traditionnelles de la procédure trouvent application sans cessation des paiements.

Ø Arrêt des poursuites et procédure civile d'exécution ;
Ø Arrêt des paiements des créances antérieures et postérieures non privilégiées ;
Ø Arrêt du cours des intérêts des crédits inférieurs à un an.

Concernant le volet social de l'entreprise, les contrats de travail se poursuivent et les licenciements de la période d'observation sont soumis au droit commun.

L'Association Générale des Salaires (AGS) prend en charge ces licenciements au cours de la période d'observation et dans le mois de l'arrêt du plan.

c. Procédure moins attractive pour les dirigeants que la procédure de conciliation

A côté de son caractère incitatif, il faut tenir compte des rigidités dissuasives pour les dirigeants subissant une restriction de leurs pouvoirs.

Ces derniers peuvent être atteints dans leurs biens et accessibles à ces sanctions en cas d'échecs de cette procédure.

- la restriction des pouvoirs

Avec la désignation d'un Administrateur, les prérogatives du dirigeant diminuent. Les dirigeants peuvent être, en outre, remplacés si le plan le prévoit sur demande du Ministère Public, sauf procédure ouverte à l'encontre des professionnels libéraux.

- Atteinte aux biens et sanctions

L'incessibilité des parts sociales détenues par les dirigeants peut être ordonnée par le Tribunal, de même que le droit de vote qui leur est attaché peut être exercé par un Mandataire de Justice.

La cession forcée des parts sociales peut intervenir à dire d'expert.

En cas de résolution du plan, les dirigeants peuvent se voir appliquer des sanctions patrimoniales ou personnelles.

De telles mesures peuvent faire hésiter les dirigeants à choisir la stratégie de la sauvegarde et préférer celle de la conciliation.

B. Les stratégies en cas de cessation des paiements

Le dirigeant peut préférer attendre la cessation des paiements pour préférer le redressement judiciaire à la conciliation.

a. Choix entre conciliation et redressement judiciaire

La sauvegarde apparaissant comme une procédure de redressement judiciaire anticipée, les intérêts de ce choix sont globalement les mêmes qu'en cas de sauvegarde.

1. Les inconvénients pour les dirigeants et les garants

- Le redressement comme la sauvegarde a l'inconvénient d'entraîner pour le dirigeant une diminution de ses pouvoirs. En outre, l'Administrateur pourra en redressement judiciaire, représenter le dirigeant et non plus seulement l'assister.

- L'ouverture du redressement entraînera le blocage des titres et les frappera d'incessibilité.

Mesure automatique en redressement judiciaire :

Elle est laissée à l'appréciation du Tribunal dans la procédure de sauvegarde.

- C'est le Juge Commissaire qui fixe la nouvelle rémunération du dirigeant laquelle peut être réduite à la perception de subsides pour lui et sa famille.

- Les coobligés et garants autonomes même personnes physiques ne peuvent plus se prévaloir des délais du plan de redressement judiciaire.

2. Les atouts pour l'entreprise

Le redressement dispose de certains atouts que ne présente pas la conciliation.

- Arrêt des poursuites individuelles et voies d'exécution ;
- Interdiction des inscriptions et paiements ;
- Possibilité de contraindre le cocontractant à poursuivre un contrat ;
- Priorité de paiement de certains créanciers de la période d'observation ;
- Remise de droit des majorations fiscales et sociales ;
- Possibilité d'imposer des délais de paiement dans le plan.

Les inconvénients existent aussi :

- La perte de confidentialité et le crédit :

En cas d'échec du plan, des sanctions peuvent être prononcées contre les dirigeants.

Entre la conciliation et le redressement judiciaire, la conciliation est préférable parce qu'elle entame moins le crédit du dirigeant et la concertation sur laquelle elle repose donnent plus de chance à un succès durable.

Le redressement et la sauvegarde peuvent cependant être brandis comme une menace pour faire fléchir les créanciers et aboutir à un accord de conciliation.

Sous d'autres aspects, le redressement judiciaire peut être regardé comme une stratégie autonome et à un degré moindre et il en va de même de la procédure de liquidation judiciaire.

b. Le choix du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire qui fait suite au choix entre la conciliation et le redressement judiciaire

Le redressement judiciaire permet le traitement social des difficultés, le jeu des nullités de la période suspecte et l'organisation de la cession.

Cette procédure par l'Association de Garantie des Salaires (AGS) interposée prend en charge le coût des licenciements ou des salaires dus aux salariés au jour de l'ouverture de la procédure.

L'AGS finance ainsi le redémarrage de l'entreprise en période d'observation en prenant en charge le passif salarial.

La remise en cause de certains actes effectués en période suspecte par le biais des nullités permet de reconstituer le patrimoine de l'entreprise.

Enfin, la cession peut être préparée au cours de la période d'observation de redressement judiciaire et permet ainsi la pérennité de l'entreprise, mais entre les mains d'un tiers… possibilité que n'offre pas la sauvegarde.

Quant au dirigeant qui n'a pas commis de faute de gestion, il pourra reprendre une activité professionnelle dès la clôture de la procédure de liquidation en étant débarrassé de son passif.

En conclusion, la Loi du 25 Juillet 2005 permet la mise en place de nouvelles stratégies sans oublier que le droit reste à la remorque de l'économie.

Si la voie contractuelle est moins dangereuse, elle sera souvent inefficace à défaut de pouvoirs de contrainte et même si les statistiques font état de 60% de réussite, c'est un nombre très limité de saisines du Président du Tribunal.

Elle repose sur le contrat et la conciliation.

L'avantage tient à la protection des créanciers par l'homologation avec son inconvénient, la perte de confidentialité. La stratégie est alors de savoir s'il faut être caché ou au grand jour.

Dans l'ombre, c'est la force du contrat et de la parole donnée qui prévaut. Au grand jour, la contrainte de l'homologation judiciaire.

Le placement sous sauvegarde est attractif mais à utiliser avec prudence. Il faut vraiment s'assurer que l'entreprise n'est en état de cessation des paiements car si un plan de sauvegarde est bâti et qu'il échoue, la liquidation est prononcée avec son cortège de sanctions éventuelles.

La procédure de sauvegarde repose sur une stratégie de réussite, il faut qu'elle demeure une procédure d'anticipation très en amont de la cessation des paiements.

Reste que bien souvent que l'état de cessation des paiements brisera les stratégies et que le redressement judiciaire présentera toujours son intérêt à condition de nommer un professionnel pour le conduire et que la liquidation judiciaire aura toujours l'intérêt « d'en finir » pour passer à d'autres choses et prendre un nouveau départ, surtout s'il s'agit d'une procédure simplifiée, elle devient une stratégie à ne pas négliger, la période de dessaisissement étant dans ce cas très brève.

L'expérience montre que celui qui veut jouer un rôle important, bien avant l'intervention de l'avocat qui malheureusement est le plus souvent consulté tardivement, c'est à l'évidence l'expert comptable.

Ce professionnel est, en effet, en prise directe et régulière avec l'exploitation et se doit, selon les circonstances incitées le chef d'entreprise à réagir avant qu'il ne soit trop tard…