



Voyage d'études 2006

Journée de travail à Hôtel Méridien de Rio
Rio de Janeiro – Brésil

6 novembre 2006

Le droit de l'entreprise en difficulté. Expériences comparées au Brésil et en France

Intervention de **Madame Arlette Martin Serf**, *Professeur à l'Université de Bourgogne, Vice-présidente de Droit et Commerce.*

La nouvelle procédure de sauvegarde

Introduction

La sauvegarde est une procédure nouvelle, mesure phare de la réforme du 26 juillet 2005 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, inspirée en partie du chapitre 11 du titre 11 du code fédéral américain des faillites (Bankruptcy Code de 1978), et qui s'intercale entre la conciliation et le redressement judiciaire. La sauvegarde est une sorte de redressement judiciaire anticipé et allégé, destinée, aux termes du nouvel article L.620-1 du Code de commerce, "à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif".

Cette innovation tire les leçons de l'échec de la procédure de redressement judiciaire qui conduisait à une disparition de l'entreprise dans 90% des cas. La Banque Mondiale avait d'ailleurs, dans son rapport "Doing Business in 2004" recommandé à la France d'adopter une procédure de ce type.

La procédure de sauvegarde permet l'ouverture d'une procédure judiciaire sans constat de l'état de cessation des paiements, et en cela modifie l'architecture générale des procédures collectives, par rapport au droit antérieur qui faisait de l'état de cessation des paiements le critère unique de distinction entre la prévention amiable des difficultés de l'entreprise et leur traitement judiciaire.

I - Conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde

Une condition tenant à la situation économique de l'entreprise et une condition procédurale commandent l'ouverture d'une sauvegarde.

A. Des difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter et de nature à le conduire à la cessation des paiements

L'absence de cessation des paiements est donc une condition négative à vérifier, alors que doivent exister des difficultés suffisamment graves, que le débiteur ne peut surmonter sans se mettre sous la protection de la justice, et qui l'entraînent irrésistiblement vers la cessation des paiements.

Les sommes en caisse et autres actifs disponibles sont encore suffisants pour honorer les dettes venues à échéance.

Le législateur français n'a pas retenu le critère de l'imminence de la cessation des paiements, du bref délai par rapport à la cessation des paiements, contrairement à d'autres lois étrangères comme le droit belge ou allemand ou espagnol.

C'est le rapport de cause à effet qui est retenu: les difficultés doivent être avérées, alors que des difficultés prévisibles suffisent à obtenir l'ouverture d'une conciliation, et doivent être susceptibles de par leur nature de provoquer la cessation des paiements.

Il n'est pas exigé d'autres conditions préalables comme des mises en demeure ou des demandes de moratoire non satisfaites, des inscriptions de privilèges du Trésor public ou des organismes sociaux, des poursuites antérieures vaines de la part de créanciers, ni la mise en œuvre préalable d'une procédure de conciliation.

La sauvegarde n'est adaptée qu'à des difficultés conjoncturelles, des accidents de parcours, et non à des difficultés structurelles, car si une restructuration en profondeur doit être menée, le redressement judiciaire est plus approprié.

Quelques décisions jurisprudentielles¹, et tout spécialement celle plaçant sous sauvegarde Eurotunnel², nous donnent des indications sur la nature des difficultés entrant dans les prévisions de la loi, puisque la loi ne précise pas la nature des difficultés à mettre en avant: baisse sensible du chiffre d'affaires depuis plusieurs années, liquidation judiciaire de filiales de la société débitrice, dernier exercice comptable déficitaire, allongement du délai de rotation des stocks, diminution régulière de la trésorerie ou compte prévisionnel faisant apparaître un solde de trésorerie négatif, déclenchement d'une procédure d'alerte par les commissaires aux comptes, mise en œuvre d'un plan social prévoyant de nombreux licenciements.

Toutefois la frontière est souvent difficile à tracer entre le domaine de la sauvegarde et le domaine du redressement judiciaire, car économiquement parlant la nuance est plutôt subtile entre les difficultés suffisamment graves pour être de nature à conduire à la cessation des paiements et la cessation des paiements elle-même.

Malheureusement cette frontière peut être franchie d'un moment à l'autre par le débiteur: la demande de mise sous sauvegarde ne l'immunise pas contre la cessation des paiements, elle n'est pas un vaccin anti cessation des paiements, et si cet événement survient, le tribunal devra en tirer les conséquences en faisant passer l'entreprise sous le régime du redressement judiciaire, par conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, et au pire en liquidation judiciaire si entretemps la situation de l'entreprise s'est tellement dégradée que tout redressement paraît impossible.

S'il s'avère que le débiteur était en cessation de paiements lors de l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou s'il vient à se trouver dans cette situation en cours de procédure, le tribunal doit alors convertir la sauvegarde, qui n'est plus de mise, en redressement judiciaire voire prononcer la liquidation.

1. Cf. par exemple CA Lyon, 31 mai 2006, Sté Euler hermès Sfac c/Sté Intexa: RTDcom.2006,675, obs.J.L.Vallens. -CA Versailles, 13ème ch., 15 juin 2006: Juris-Data n°2006-303989.

2. T.com.Paris, 2 août 2006: D.2006,2329, note R.Dammann et G.Podeur.

B - Une initiative du chef d'entreprise

L'ouverture d'une sauvegarde résulte toujours d'une démarche volontaire du débiteur. Seul celui-ci, qu'il soit chef d'entreprise individuelle, commerçant, artisan, agriculteur, professionnel indépendant ou représentant légal d'une personne morale, peut solliciter la mise sous sauvegarde de l'entreprise qu'il dirige: il bénéficie sur ce point d'un monopole. De toute façon les créanciers continuent d'être payés, puisqu'il n'y a pas par hypothèse cessation des paiements, et ils n'auraient aucun intérêt né et actuel à assigner pour demander l'ouverture d'une procédure collective.

Le chef d'entreprise ne subit pas la sauvegarde, il la choisit.

L'absence de cessation des paiements explique que la procédure soit facultative, alors qu'une fois la cessation des paiements acquise l'ordre public économique impose que l'entreprise débitrice soit soumise à une procédure collective, et à l'initiative d'autres personnes que le chef d'entreprise si celui-ci ne dépose pas son bilan spontanément.

Parallèlement et logiquement, si l'entrée est libre, la sortie l'est aussi, à tout moment en théorie. Est-ce si sûr?

En principe en effet l'entrée volontaire en sauvegarde va de pair avec la sortie de son plein gré lorsque le chef d'entreprise juge que le moment est venu de retrouver la pleine possession de ses moyens: ses difficultés ont été surmontées, sa motivation a faibli, ou pour toute autre raison il décide de mettre fin à l'expérience.

L'article L.622-12 du Code de commerce permet au chef d'entreprise de demander au tribunal de mettre fin à la procédure lorsque les difficultés qui en avaient justifié l'ouverture ont disparu³: c'est la sortie officielle et noble, la tête haute, in bonis à condition qu'il ait pu payer le passif postérieur et les créanciers antérieurs ayant déclaré et fait vérifier leurs créances.

Mais l'inertie du débiteur peut tout autant mettre fin à la procédure. S'il n'élabore pas de plan de sauvegarde, s'il ne fait aucune proposition aux créanciers⁴, nul ne peut le forcer à continuer à faire semblant: c'est la sortie par défaut⁵. Bien plus, si une décision contraire le chef d'entreprise ou s'il est entré en conflit avec l'administrateur, dont il ne supporte plus la présence, il peut solliciter du tribunal la clôture de la sauvegarde⁶. Prendront alors fin les fonctions de tous les organes de la procédure, de l'administrateur judiciaire, du juge-commissaire, du représentant des salariés, du mandataire judiciaire qui travaille à la vérification du passif....

Cette liberté de mettre fin à la procédure, corollaire du pouvoir exclusif du chef d'entreprise de déclencher la sauvegarde, connaît une seule limite, mais elle est de taille: ne pas être en cessation des paiements, auquel cas, non seulement la porte se referme derrière le chef d'entreprise avec un verrou empêchant toute marche arrière, le prenant au piège, mais il est poussé vers d'autres procédures.

II - Avantages du placement d'une entreprise sous sauvegarde

La sauvegarde est une vraie procédure collective et judiciaire comme les deux autres que sont le redressement et la liquidation judiciaires, dont l'ouverture, le déroulement et la clôture relèvent d'un tribunal, et s'y retrouvent tous les ingrédients d'une procédure collective: inventaire, prise, vérification des créances, revendications, arrêt des poursuites individuelles, interdiction de l'inscription des sûretés et actes translatifs ou constitutifs de droits réels

Mais, mis à part ce socle commun à toutes les procédures collectives, qui en fait au demeurant une procédure très élaborée et potentiellement très coûteuse, la sauvegarde se distingue nettement, est beaucoup plus attrayante, plus rassurante pour le chef d'entreprise que les deux autres: évidemment elle est plus rassurante que la liquidation judiciaire qui sonne le glas de l'entreprise, mais elle présente de nombreux avantages par rapport au redressement judiciaire. Sauvegarde et redressement judiciaire sont à la fois proches et bien différents: outre que l'une est exclusive d'une cessation des paiements alors que l'autre a été ouverte à cause de la cessation des paiements, outre que le débiteur est volontaire dans un cas et pas forcément dans l'autre, bien d'autres aspects du déroulement de la procédure de sauvegarde sont, pour le chef d'entreprise, beaucoup plus avantageux qu'un redressement judiciaire.

L'idée force de la sauvegarde est qu'il ne faut pas décourager les bonnes volontés, il faut inciter les chefs d'entreprise en difficulté à recourir à la sauvegarde, et dans cette perspective tout est fait pour rendre la procédure de sauvegarde la moins menaçante possible.

Trois caractéristiques de la procédure de sauvegarde sont censées attirer et rassurer le chef d'entreprise.

A. Conservation des pouvoirs de gestion du chef d'entreprise

L'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation, qui dure en principe 6 mois et au maximum 18 mois sur prorogations, et qui est mise à profit pour faire un bilan économique, social et environnemental de l'entreprise en difficulté⁷. Cette activité reste globalement sous la direction du chef d'entreprise. Le débiteur ou les dirigeants n'ont pas à craindre un dessaisissement qui les mettrait sur la touche. Si un administrateur est nommé, il a la main légère, sa mission allant de la surveillance à l'assistance du débiteur, jamais plus⁸, et le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur⁹.

L'administration de l'entreprise ne change pas de mains.

Le chef d'entreprise reste aux commandes.

Trois caractéristiques de la procédure de sauvegarde sont censées attirer et rassurer le chef d'entreprise.

B. Elaboration d'un plan de sauvetage en profitant de l'arrêt des poursuites des créanciers

Aux termes de l'article L.626-2 du Code de commerce, le projet de plan qui sera soumis au tribunal -qui sera libre de l'adopter ou de le rejeter- détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles. Il ne peut prévoir de cession totale ou partielle à un repreneur, la seule issue permise étant la continuation.

Il définit les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire pour en assurer l'exécution.

La durée maximum d'un plan de sauvegarde est en principe de 10 ans, ou 15 ans pour une entreprise agricole, mais peut dépasser ces limites si le projet de plan a été adopté par les comités de créanciers¹⁰.

Ce projet expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité.

3 Le tribunal accédera à la demande du débiteur après avoir entendu ou dûment appelé l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, et avoir recueilli l'avis du ministère public.

4 C.com., art.L.626-30: le débiteur doit présenter aux comités de créanciers, lorsqu'il en existe et dans un délai de 2 mois à partir de leur constitution, des propositions en vue d'élaborer un projet de plan.

5 En sens inverse et tout aussi logiquement, afin que le débiteur ne se prélassse pas en procédure de sauvegarde, l'article 134, alinéa 2, du décret du 28 décembre 2005 dispose que le tribunal convoque le débiteur aux fins de clôture de la procédure si le débiteur ne présente pas de projet de plan dans les délais prévus à l'article L.621 -3 du Code de commerce (durée de la période d'observation).

6 Sauf aux associés ou actionnaires à révoquer les dirigeants récalcitrants pour en nommer d'autres qui se chargeraient de continuer la procédure.

C'est ce volet social qui avait fait dire à des députés de l'opposition devant le Parlement que la sauvegarde serait "une machine à licencier plus rapidement et à moindre coût"¹¹. Le législateur s'est donc refusé à prévoir des mesures particulières aux licenciements pour motif économique en procédure de sauvegarde, ces mesures particulières restant cantonnées au redressement judiciaire.

Toutefois l'AGS peut avoir à faire l'avance des sommes dues aux salariés licenciés¹², si le mandataire judiciaire justifie d'une insuffisance de fonds disponibles caractérisée, solution curieuse puisque le débiteur, qui est censé ne pas être en cessation des paiements, devrait pouvoir y faire face.

C. Immunité évitant au chef d'entreprise de multiples sanctions patrimoniales ou personnelles

La nouvelle loi repousse les sanctions patrimoniales prévues à l'encontre des dirigeants de sociétés ou personnes morales jusqu'à la résolution du plan en ce qui concerne l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif¹³, et jusqu'à l'ouverture d'une liquidation judiciaire en ce qui concerne l'obligation aux dettes sociales¹⁴.

Tant que la sauvegarde suit son cours, les fautes de gestion commises antérieurement au jugement d'ouverture ne peuvent pas être invoquées au soutien d'une action en responsabilité: le président ou le gérant fait en effet ses preuves en sollicitant et en exécutant correctement la procédure de sauvegarde de la personne morale. Par sa démarche, il procure la même immunité aux autres dirigeants, administrateurs ou membres du directoire par exemple, quant à l'obligation aux dettes sociales même s'ils ont commis les agissements peu recommandables recensés par l'article L.652-1 du Code de commerce.

Mais les dirigeants sociaux vont être rattrapés par leur passé et ils paieront peut-être chèrement leurs erreurs si la cessation de paiements de la personne morale entraîne la résolution du plan de sauvegarde¹⁵ et la mise en liquidation judiciaire.

Quant aux personnes physiques chefs d'entreprises individuelles ou dirigeants sociaux, les cas de faillite personnelle, d'interdiction de gérer ou de banqueroute ne pourront être relevés contre eux pendant le déroulement d'une procédure de sauvegarde.

7 C.com., art.L.622-9.

8 C.com., art.L.622-1. L'assistance n'est pas si anodine que cela, elle équivaut à une sorte de tutelle plus ou moins pesante, en tout cas à une co-direction de l'entreprise pouvant aller jusqu'au blocage. Elle pousse les tiers à exiger la signature de l'administrateur voire une autorisation du juge-commissaire dans des cas douteux, s'ils craignent de se retrouver hors procédure!

9 C.com., art.L.622-3.

10 C.com., art.L.626-30, al.4.

11 A.Vidalies, AN compte rendu des débats, Une séance, 2 mars 2005.

12 C.trav., art.L.143-11-1-2°: l'assurance couvre les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation, dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde.

13 C.com., art.L.651-2.

14 C.com., art.L.652-1.

15 L'action en responsabilité peut alors être engagée très tardivement si le plan était long et la cessation des paiements intervenue en fin d'exécution de plan: par exemple un plan de 10 ans résolu dans la dernière année.

Conclusion

En fin de compte tant que se déroule normalement la procédure de sauvegarde, c'est-à-dire tant que l'entreprise se maintient in bonis, elle n'a que des attraits pour le débiteur.

Mais l'échec de la procédure de sauvegarde peut faire tomber toutes les barrières protectrices du chef d'entreprise: il ne sera alors plus maître du sort de son entreprise, ni de son propre sort, et son passé d'incompétence ou d'indélicatesse pourra resurgir et anéantir tout ce qu'il avait cru bâtir, les acquis qu'il avait cru sauvegarder, sans mauvais jeu de mots.

Or un accident de parcours est vite arrivé, qui provoquera immédiatement cette sortie de route tant redoutée. Le chef d'entreprise, s'il veut rester chef dans son entreprise et garder le contrôle de la situation passée, présente et future, doit être résolument optimiste et performant.