DIFFICULTES PRATIQUES DANS L'APPLICATION DE LA LOI DE SAUVEGARDE

Pierre MULHAUPT
Administrateur Judiciaire

L'une des innovations essentielles de la Loi du 26 juillet 2005 est constituée par la création d'une procédure collective nouvelle, la procédure de sauvegarde.

Nombre de spécialistes des procédures collectives attendaient beaucoup de cette nouvelle procédure dont il faut bien admettre qu'elle n'a pas eu, au cours des premiers mois de l'application de la Loi nouvelle, le succès que l'on pouvait escompter.

Pour autant, se sont près de 325 procédures qui ont été ouvertes à ce jour, pour l'essentiel par des juridictions provinciales, le Tribunal de Commerce de PARIS n'ayant pour sa part prononcé que trois ouvertures dont deux concernent des dossiers extrêmement médiatiques (EUROTUNEL, LIBERATION).

Les praticiens du droit se sont adaptés progressivement aux innovations de la Loi et c'est à la lumière d'un dossier choisi plus particulièrement que nous examinerons les composantes de la Loi nouvelle au travers de trois approches complémentaires, savoir les conditions d'ouverture de la procédure, l'objectif du maintien de l'emploi et les comités des créanciers qui constituent un apport important de la Loi de juillet 2005.

I. DIFFICULTES RELATIVES AUX CONDITIONS D'OUVERTURE DE LA PROCEDURE

L'article L.620-1 du code de commerce dispose qu'il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande du débiteur (…) qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter de nature à le conduire à la cessation des paiements.

Tout le problème réside dans la définition que l'on retient de l'état de cessation des paiements. Si l'on part du texte, l'état de cessation des paiements se définit comme l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. Cette définition était d'ailleurs déjà celle retenue sous l'empire de l'ancienne loi ce qui permet de considérer comme toujours d'actualité la jurisprudence rendue sur la base de la loi de 1985 modifiée.

Quoi qu'il en soit, dans la procédure que je souhaite évoquer, nous avons été confrontés à une tierce opposition diligentée par une société d'assurance-crédit qui, se basant sur le critère du caractère non insurmontable à ses yeux des difficultés, conteste le choix des dirigeants et la décision du Tribunal d'ouvrir une procédure de sauvegarde.

A l'appui de ses prétentions, l'opposante cite les débats parlementaires au cours desquels J-Jacques HYEST, rapporteur de la Commission des Lois pour le Sénat avait rappelé que « la commission des lois estime que, pour limiter les effets d'aubaine qui pourraient survenir, il serait nécessaire de préciser que la procédure de sauvegarde ne pourrait être sollicitée *que si les difficultés rencontrées par le débiteur sont réellement de nature à le conduire à la cessation des paiements*, si les mesures applicables, grâce à la procédure de sauvegarde, n'étaient pas mises en œuvre. (…) Il semble indispensable que le débiteur soit, à tout le moins,

dans une situation suffisamment préoccupante pour que, si aucune mesure de protection judiciaire n'ait été prise, il se trouve rapidement face à une panne de trésorerie qui caractérise l'état de cessation des paiements[1] ».

Dans la procédure dont j'ai la charge, l'appartenance de la société débitrice à un groupe n'a pas simplifié les choses puisque la société d'assurance-crédit soutenait que, grâce à une intervention du groupe, la situation financière de la débitrice pouvait être remise à flots.

Pour ce qui me concerne, la demanderesse a été déboutée en première instance et l'affaire vient d'être plaidée en appel.

La Cour d'Appel de Colmar a rendu sa décision dans un arrêt du 26 septembre 2006 qui déboute l'appelante de ses prétentions. Les motivations retenues pas la Cour permettent de rappeler qu'il convient d'apprécier quelle est la situation de la société au moment de l'ouverture de la procédure peu importe les capacités financières du groupe auquel elle appartient et peu importe que la société mère puisse venir en aide à sa filiale au cours de la période d'observation ou de l'élaboration du plan de sauvegarde.

En ce sens, cet arrêt rejoint celui rendu par la Cour d'Appel de Versailles le 15 juin 2006 qui déboute également ce même assureur-crédit et qui estime également qu'il s'agit de prendre en considération la situation de la seule société concernée et non celle du groupe dans son ensemble. L'intéressée est effectivement une entité autonome tant juridiquement que dans ses rapports intra-groupe et à l'égard des tiers.

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Colmar est par ailleurs intéressant dans la mesure où l'assureur-crédit mettait en avant la non utilisation intégrale des lignes de découverts conséquentes qui aurait permis à son débiteur de financer le plan social envisagé. L'arrêt estime qu'il suffit que l'épuisement de ces lignes soient prévisibles dans un proche avenir et que le passif d'ores et déjà échu soit conséquent pour que la société soit dans une situation fragile de nature à la conduire à la cessation des paiements.

A l'heure actuelle, la jurisprudence semble donc s'orienter vers une définition plutôt large des difficultés impossibles à surmonter et de nature à conduire à l'état de cessation des paiements. En effet, il est ainsi possible de citer un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon[2] qui indique qu'il n'est pas nécessaire que le dirigeant ait eu des mises en demeure ou qu'il ait tenté sans succès de négocier des moratoires pour pouvoir se placer sous la protection de la procédure de sauvegarde.

Cette largesse montre toute la volonté avec laquelle les juridictions souhaitent que les difficultés puissent être traitées de manière suffisamment anticipée afin que les dirigeants puissent les surmonter avec succès.

Quoi qu'il en soi, cet assureur-crédit tente vraisemblablement de faire générer de la jurisprudence puisqu'il a effectivement formé tierce opposition à l'encontre de bon nombre de procédures de sauvegarde.

En tout état de cause, agir en amont de l'état de cessation des paiements doit permettre d'éviter d'être face à une désorganisation et à une situation irrémédiablement compromise qui conduirait inévitablement à la fermeture de l'entreprise et à la suppression des emplois y attachés.

Cela me conduit tout naturellement à me pencher sur le traitement des salariés et de l'emploi au sens large.

---

[1] Jean-Jacques HYEST, rapporteur de la Commission des lois au Sénat, séance du 30 juin 2005
[2] CA Lyon, 3ème civ., 31 mai 2006

II. DIFFICULTES RELATIVES A L'OBJECTIF DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

Le second objectif de la procédure de sauvegarde après la poursuite de l'activité est le maintien de l'emploi.

Lorsqu'une entreprise est au bord de l'état de cessation des paiements, il est souvent inévitable d'envisager une restructuration des effectifs. Avec la procédure de sauvegarde, cette réduction est bien entendu possible mais elle ne doit pas être une fin en soi et, à ce titre, elle ne peut se réaliser par le biais du droit dérogatoire applicable en matière de redressement ou de liquidation judiciaire.

Le garde des sceaux avait clairement affiché sa position en indiquant dans un entretien à « La Tribune » que la procédure de sauvegarde « consiste à donner au dirigeant une capacité d'initiative et de négociation pour trouver les moyens de redresser son entreprise et de préserver l'emploi. » Il ajoutait : « Il est donc tout à fait hors de propos d'entrer dans un processus d'application d'un droit dérogatoire en matière de licenciement » .

La première conséquence de la sauvegarde est donc l'application du droit commun en cas de licenciement ce qui concrètement peut avoir des conséquences fâcheuses quand on sait la durée des négociations d'un plan social avec les comités d'entreprise.

Dans le cadre de notre dossier, il a fallu procéder à la suppression de 154 postes de travail (sur 403 salariés). Les tractations avec le CE ont pris plus de 6 mois. Or, pendant le temps de la négociation, les charges ne sont pas allégées et cela complique la restauration rapide de la rentabilité.

De fait, l'entreprise, dès ouverture de la procédure, doit être à même de financer sa poursuite d'activité durant la période d'observation.

Le risque que fait courir l'application du droit commun est d'inciter le chef d'entreprise conscient de ses difficultés à finalement laisser les choses s'envenimer pour atteindre l'état de cessation des paiements et solliciter le redressement judiciaire pour bénéficier de la procédure allégée.

Un second bémol doit être évoqué ici. Il concerne la prise en charge par le CGEA du coût de la rupture des contrats de travail. Il ne s'agit absolument pas de contester l'absence de prise en charge des salaires dus au jour du jugement d'ouverture puisque par définition le débiteur n'est pas en cessation de paiement. Toutefois, des licenciements massifs ou de personnes à rémunération et/ou ancienneté importantes peuvent se révéler très coûteux.

Le principe est qu'il appartient à l'entreprise de financer les indemnités de rupture. Toutefois, il est possible de les faire avancer par le CGEA à condition de produire une attestation d'indisponibilité de fonds et à charge pour l'entreprise de les rembourser dès l'arrêté du plan car l'avance prend la nature d'une créance de l'article L.622-17.

La situation aboutit alors à un paradoxe dans la mesure où le débiteur, qui n'est pas en cessation des paiements, entreprend des licenciements. Ces licenciements ont un coût : les indemnités de rupture. Ce coût est exigible dès la rupture des contrats et le débiteur qui ne pourrait les prendre en charge se retrouve finalement dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible et est donc de facto en état de cessation des paiements sans toutefois en avoir tous les avantages puisque l'avance du CGEA est remboursable dès l'arrêté du plan de sauvegarde et non sur la durée totale du plan.

A titre d'exemple, le plan social de la société dont j'ai à connaître au titre de la sauvegarde coûte plusieurs millions d'euros. Aucune avance ne sera finalement sollicitée mais cela ne facilite pas la mise en place du

plan de sauvegarde car la 1ère annuité doit être la plus réduite possible ce qui ne permet pas de négocier facilement des abandons de créances. Je tiens d'ailleurs à ajouter que l'absence de demande d'avance n'a été possible que compte tenu de l'intervention des actionnaires pour 3 millions d'€.

Enfin, les derniers types de difficultés se sont rencontrées dans le cadre de l'élaboration du plan de sauvegarde.

III. DIFFICULTES LIEES AUX COMITES DES CREANCIERS

Le but de la procédure de sauvegarde est bien évidemment de mettre en place un plan d'apurement du passif pour régler le sort des dettes nées avant le jugement d'ouverture. A cette fin, les règles sont globalement celles qui préexistaient dans le cadre du redressement judiciaire tant sur le plan de la consultation des créanciers que sur celui de la durée.

L'innovation fondamentale de la loi de sauvegarde à ce niveau se situe dans la création du comité des crénciers dans les procédures concernant des sociétés de taille significative.

1. Constitution des comités

Lorsqu'une société compte 150 salariés ou réalise 20 millions de chiffre d'affaires, les articles L.626-29 et suivants du code de commerce trouvent à s'appliquer automatiquement. Il peut également en être fait application en-deça de ces seuils à la demande du débiteur ou de l'administrateur. Dans la procédure qui me préoccupe aujourd'hui, le recours aux comités des créanciers a été de droit.

L'intérêt de ce dispositif est d'augmenter le rôle des créanciers dans la négociation visant à la mise en place d'un plan de remboursement. A cette fin, je le rappelle, il existe deux comités : le comité des établissements financiers où tous les établissements financiers créanciers du débiteur sont membres de droit et le comité des fournisseurs où les fournisseurs dont la créance représente plus de 5% du passif fournisseur sont membres de droit, les autres pouvant en être membres sur invitation de l'administrateur.

L'idée de départ n'est pas mauvaise. Intégrer les créanciers à la négociation devrait permettre d'obtenir plus facilement un moratoire. Le problème relève plutôt du calendrier imposé par les textes.

A titre liminaire, il convient de souligner que les comités doivent être constitués dans les 30 jours du jugement d'ouverture, sur la base de la liste des créanciers validée par le Commissaire aux Comptes ou l'Expert-Comptable. Dans la pratique, il y a déjà là une première difficulté tenant à la rapidité avec laquelle la liste doit être remise, qui paraît incompatible avec le temps que réclame le commissaire aux comptes pour la certifier.

Quoi qu'il en soit il n'y a vraisemblablement pas de difficultés avec les établissements financiers mais le problème que j'ai rencontré sur le terrain était lié à la présence, comme membre de droit, de créanciers étrangers dans le comité, appartenant notamment à des pays du Moyen ou d'Extrême-Orient.

A ce titre, il y a déjà un problème « postal » : pour certains pays (Inde, Chine) les accusés de réception ne me sont jamais revenus. Or, il me semble que le comité est valablement constitué à partir du moment où chacun de ses membres a été avisé de son appartenance. Quelle date retenir si certains AR ne reviennent pas ?

Dans le cas d'espèce, les délais de notification ont été tellement longs qu'il était impératif de faire prolonger, par le juge-commissaire, le délai de notification des propositions d'apurement du passif aux comités.

2. Fonctionnement

Le second problème, qui s'inscrit dans la droite ligne du premier, est que le point de départ du délai de consultation est la date de constitution du comité.

Pratiquement, les propositions en vue d'élaborer le plan doivent être présentées aux comités dans les deux mois de leur constitution : quelle date de constitution retenir ? On peut craindre un singulier dépassement de la durée maximale de la procédure de sauvegarde.

En outre, le délai de déclaration des créances est toujours de deux mois à compter de la publication du jugement au BODACC et même de quatre mois lorsque les créanciers sont domiciliés à l'étranger. Cela signifie que tous les créanciers n'ont pas nécessairement déclaré leurs créances au moment où les comités doivent être constitués.

Or, il peut être tout de même assez inopportun d'échafauder un plan d'apurement du passif alors que le délai de déclaration des créances n'est pas expiré ou qu'à tout le moins la vérification n'a pu avoir lieu, même partiellement. Là encore, il existe la liste certifiée des dettes mais pour éviter toute difficulté majeure, il convient d'établir le plan sur une base la plus juste possible.

Il peut en effet exister une différence significative entre l'état des dettes certifié par le commissaire aux comptes et l'état des créances dressé par le mandataire judiciaire.

Enfin, dans la procédure qui m'occupe, la liaison faite par le texte entre les comités lorsque l'un d'entre eux ne réserve pas une suite favorable aux propositions d'apurement présentées est regrettable. En effet, si l'un des comités refuse les propositions, la consultation des créanciers doit se faire comme s'il n'existait pas de comités, c'est-à-dire comme en matière de redressement judiciaire, à la différence près que c'est à l'administrateur qu'il échet de diligenter la consultation.

En pratique, le premier comité consulté n'ayant pas adopté le projet de plan, le second est de facto « mort né » puisque l'avis favorable qu'il aurait pu donner est par définition dénué d'intérêt. Cette disposition, qui prive l'entreprise de conditions de remboursement avantageusement négociées, paraît largement contre-productive.

CONCLUSION :

Cette nouvelle procédure ne peut que séduire, tant il est vrai qu'elle comporte des avantages non négligeables :

- prise en compte des difficultés très en amont,

- suspension des poursuites individuelles,

- élaboration du projet de plan de nature plus conventionnelle.

D’un autre côté, cette procédure n’est pas totalement dénuée d’inconvénients.

Elle comporte des délais de mise en œuvre qui, pour des entreprises importantes, seront difficilement conciliables avec les contraintes diverses et variées qui s’imposeront à l’entrepreneur et aux organes de la procédure.

Enfin, la disposition particulière qui lie les décisions des deux comités de créanciers est-elle de nature à compromettre dangereusement la mise en œuvre d’un plan de sauvegarde.