

LES CREANCIERS ET LA PERENNITE DE L'ENTREPRISE

(ARTICLE 2)

Mots clés : cessation des paiements, crédit bancaire, faillite personnelle, liquidation judiciaire, mandat *ad hoc*, procédure amiable, procédure collective, procédure de conciliation, procédure de sauvegarde, recouvrement judiciaire, redressement judiciaire, responsabilité civile, responsabilité pénale.

S'il apparaît fondamental que le Droit assure la protection des créanciers via la mise à disposition de nombreux instruments destinés à les protéger contre le risque d'insolvabilité de l'entreprise nouvelle ou fragile, il semble tout aussi fondamental que le Droit se préoccupe aussi de sauver l'entreprise qui, en proie à de graves difficultés financières, risque la « faillite ». C'est là qu'intervient le Droit des entreprises en difficulté dont l'objectif est de maintenir l'activité de l'entreprise tout en cherchant à préserver les droits des créanciers.

Tandis que l'article 1 : « *La pérennité de l'entreprise dépend, en partie, des créanciers dont il faut préserver les droits...* » s'attachait à démontrer l'importance qu'il y avait à sauvegarder les droits des créanciers, considérés, à juste titre, comme les promoteurs du développement de l'entreprise, l'article 2, quant à lui, tend à prouver qu'il est tout aussi indispensable que le Droit fixe les règles qui permettront, dans la mesure du possible, de maintenir l'activité d'une entreprise nouvelle ou fragile qui, confrontée à d'importants problèmes financiers, risquerait de se retrouver en situation de cessation des paiements. Car, si le risque de crédit supporté par les créanciers légitime leur protection, pour autant, celle-ci ne doit pas s'exercer au détriment de l'intérêt des autres parties prenantes et encore moins mettre en péril la pérennité de l'entreprise. Ce deuxième article permet de compléter le premier en apportant des réponses supplémentaires à la question ci-dessous mais, cette fois-ci, en se plaçant non plus du point de vue des créanciers mais de celui de l'entreprise en difficulté :

Comment assurer la pérennité de l'entreprise nouvelle ou fragile, tout en préservant les droits des créanciers ?

La pérennité de l'entreprise dépend, en partie, des créanciers dont il faut préserver les droits... (article 1).

... tout en sauvegardant, dans le même temps, les intérêts de l'entreprise en difficulté (article 2).

Tandis que les banques engagent leur responsabilité dans l'octroi des crédits (I), la loi règlemente la situation des créanciers face à l'entreprise en difficulté (II).

I - La responsabilité des banques dans l'octroi des crédits

Bien que la loi Macron limite le monopole bancaire (article L.511-6 3 bis du Code monétaire et financier), les banques continuent de jouer un rôle essentiel dans la distribution des crédits aux entreprises (A) et, de ce fait, elles sont soumises à de nombreuses obligations légales (B) dont le non-respect entraîne la mise en cause de la responsabilité du banquier (C).

A/ Le rôle des banques

Aux termes de l'article L.311-1 du Code monétaire et financier, « *les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement* ».

Le *crédit bancaire*, forme de financement des entreprises la plus répandue, consiste pour la banque, à mettre des fonds à la disposition des entreprises en contrepartie d'une rémunération perçue sous la forme, selon les cas, d'intérêts, de commissions ou d'agios. Le remboursement du prêt s'effectue par le débiteur en plusieurs échéances à plus ou moins long terme.

1. Le financement à court ou moyen terme

L'entreprise a un besoin de financement à court terme afin de financer son cycle d'exploitation. Le besoin en fonds de roulement résulte d'un décalage permanent de trésorerie entre les dépenses et les recettes de l'entreprise. Or, parce que le manque de synchronisation qui existe entre les encaissements et les décaissements peut mettre en péril la pérennité de l'entreprise, les crédits de trésorerie sont indispensables dès lors qu'ils permettent à une entreprise de disposer provisoirement de la trésorerie nécessaire pour son fonctionnement, ou bien encore, de disposer des fonds nécessaires pour subvenir à une dépense imprévue.

Il existe plusieurs types de *crédit de trésorerie* comme, par exemple, *la facilité de caisse* qui permet à l'entreprise de bénéficier d'une avance de trésorerie afin qu'elle puisse honorer ses dettes (règlements des factures fournisseurs, des loyers, paiements des salaires et cotisations sociales...) et ce, avant même d'encaisser les créances clients, *le découvert bancaire* qui lui offre la possibilité d'avoir, pendant une période plus ou moins longue, un compte courant débiteur, *le dépassement de découvert autorisé*, situation exceptionnelle tolérée par la banque à condition que l'entreprise puisse justifier d'une rentrée d'argent inhabituelle et, enfin, *le crédit de campagne* destiné à une entreprise dont l'activité est saisonnière, ce qui lui permet d'emprunter en avance pour couvrir ses besoins de trésorerie avant que ne débute son activité ; le remboursement du crédit s'effectuant au fur et à mesure des bénéfices réalisés durant la phase d'activité intense.

Les banques peuvent également aider les entreprises à améliorer leur trésorerie en mobilisant leurs créances commerciales via *l'escompte bancaire* (ou *escompte commercial*) ou par le biais du *financement Dailly* (article L.313-23 du Code monétaire et financier).

L'escompte bancaire est une opération de crédit par laquelle une banque met à la disposition d'une entreprise, contre remise d'un effet de commerce non échu qu'elle détient (lettre de change, billet à ordre), le montant de cet effet diminué des intérêts et des commissions.

Le *bordereau de cession de créances professionnelles* permet à l'entreprise de pouvoir faire des remises groupées de créances que la banque va financer globalement sans avoir à endosser chaque créance. L'intérêt est de pouvoir mettre sur un même bordereau, le *bordereau Dailly*, un ensemble de *factures clients* à financer.

Quelle que soit la technique de mobilisation des créances utilisée, l'escompte bancaire ou le Dailly, l'entreprise pourra ainsi disposer d'une avance de trésorerie immédiate.

2. Le financement à long terme

Grâce au crédit bancaire professionnel que les banques leur accordent, les entreprises, quels que soient leur secteur économique, leur taille ou leur statut juridique, sont en mesure de financer leurs *investissements de création* nécessaires au démarrage de leur activité

professionnelle, leurs *investissements de renouvellement* qui ont pour but de maintenir l'activité au niveau déjà atteint, leurs *investissements de capacité* qui contribuent à augmenter leur capacité de production via l'acquisition de nouvelles machines ou la construction de nouvelles unités de production ou bien encore leurs *investissements de productivité* qui consistent à accroître la productivité de leur appareil productif via l'acquisition d'équipements plus modernes et plus perfectionnés.

Selon les chiffres de la Banque de France, à fin janvier 2016, les crédits mobilisés par les entreprises atteignaient 715,4 milliards d'euros, en augmentation de 3 % sur un an. Toutes les catégories d'entreprises étaient concernées (+ 2,1 % pour les PME, + 2,8 % pour les ETI, + 7,5 % pour les grandes entreprises) et ce, quel que soit le secteur de l'économie auquel elles appartiennent (+ 6,8 % dans l'industrie, 4,7 % dans les activités de soutien aux entreprises et 3,6 % dans les activités immobilières).

Ainsi, même une TPE, une PME, une entreprise en cours de démarrage ou bien le repreneur d'une entreprise en difficulté peuvent bénéficier, sous réserve d'apporter des garanties, d'un crédit bancaire dont les remboursements s'échelonnent sur une durée de 3 à 7 ans dans le cas d'un prêt pour l'achat d'un bien mobilier ou bien sur une durée de 10 à 15 ans dans le cas d'un prêt immobilier.

Selon la même source, à fin mars 2016, l'encours des crédits pour l'équipement des micro-entreprises s'élevait à 250,9 milliards d'euros soit une augmentation de 5,3 % par rapport à fin mars 2015. Tandis que les crédits immobiliers connaissent une progression annuelle (+ 7,5 %) bien plus rapide que celle des crédits à l'investissement hors immobilier (+ 3,3 %), le taux d'intérêt moyen consenti aux micro-entreprises, s'établissait, à cette même date, à 2,3 % pour des crédits d'un montant inférieur à 250 000 euros.

B/ Les obligations des banques

1. Le devoir d'information, de conseil et de mise en garde

« *Devant un profane, la banque doit vérifier l'adéquation de l'opération avec ses capacités financières et l'alerter sur la portée de son engagement* ». (Cour de Cassation – 2 mars 2007).

L'article L.533-4 du Code monétaire et financier prévoit que les banques doivent « *se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché* ».

La banque a, par conséquent, le *devoir de s'informer* sur la situation financière réelle de l'entreprise qui souhaite souscrire un crédit, l'objectif étant de ne pas accorder un financement excessif, c'est-à-dire disproportionné, par rapport à l'état financier d'une TPE ou d'une PME au risque de mettre en péril sa pérennité.

Tandis que le *devoir de diligence* lui impose de procéder, via une étude approfondie des documents comptables et financiers de l'entreprise, à des investigations et à des vérifications destinées à évaluer le plus justement possible le risque bancaire, le *devoir de discernement* l'oblige à décider, en toute objectivité, s'il est opportun ou non d'accepter ou de refuser le crédit sollicité.

Par ailleurs, la banque est soumise à un *devoir d'information et de conseil* à l'égard du professionnel qui souhaite emprunter et, sans pour autant enfreindre le principe de non immixtion qui s'impose à elle, elle est également tenue à un *devoir de mise en garde* qui consiste à l'alerter des risques de crédit qu'il encourt au regard de sa capacité de remboursement. Cette dernière obligation est naturellement renforcée s'il s'agit d'un emprunteur non averti, c'est-à-dire qui ne dispose d'aucune compétence particulière en matière d'opérations de crédit et, bien que les chefs d'entreprises soient des professionnels, ils ne sont pas considérés comme des *emprunteurs avertis* dès lors que la finance ne fait pas partie de leurs compétences (Cass., Ch. mixte – arrêt n° 255 du 29 juin 2007).

Cependant, le marché du crédit est soumis à des asymétries d'information ce qui peut remettre en cause la fiabilité des informations collectées par la banque auprès de l'emprunteur si celui-ci manquait à son obligation de loyauté envers elle.

2. Les asymétries d'information

Elles expliquent, qu'avant la transaction, il existe un risque de *sélection adverse* (ou *anti-sélection*) de la part de la banque qui n'a pas d'informations suffisantes sur l'emprunteur et qui risque donc de fixer des taux d'intérêt à un tel niveau pour couvrir le risque encouru, qu'elle décourage les emprunteurs sains et sélectionne, sans le vouloir, les emprunteurs risqués.

L'aléa moral survient après la transaction car l'emprunteur peut avoir intérêt à s'engager dans des opérations profitables pour lui mais néfastes pour le prêteur. Le commerçant, tenté de se livrer à des opérations risquées car potentiellement lucratives, sera alors le seul responsable de son insolvabilité mais, face à la banque, il prétendra que les mauvais résultats ne peuvent lui être imputés car ils sont le fait d'événements indépendants de sa volonté.

En période de crise économique, les banques sont plus réticentes à l'idée d'accorder des crédits aux entreprises et, parce qu'elles craignent un défaut de paiement, elles adoptent une attitude particulièrement sélective envers les emprunteurs. De cette frilosité, il en résulte, soit un rationnement du crédit (crédit *crunch*), soit un durcissement des conditions liées à son obtention, ce qui, dans les deux cas, provoque un ralentissement de l'activité économique et donc, une remise en cause de la pérennité des entreprises.

Pour améliorer le financement des PME, la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 *tendant à favoriser le crédit aux PME* (article L313-12 du Code monétaire et financier) limite les libertés des banques dans ce domaine en les obligeant à motiver la rupture de leurs relations contractuelles, par exemple, en fournissant à l'emprunteur les raisons qui expliquent la suppression ou la réduction d'un crédit.

De même, si un chef d'entreprise, qu'il soit artisan, commerçant ou profession libérale, rencontre, dans le cadre de son activité professionnelle, un problème avec sa banque, problème qui concerne une dénonciation de découvert, un refus de crédit, une mise en cause de ses lignes d'affacturage, de Dailly ou d'escompte, un refus de rééchelonnement d'une dette, un refus de caution ou de garantie... il peut saisir la *Médiation du crédit* ; le rôle du médiateur étant d'apporter des solutions aux problèmes de financement de l'entreprise.

C/ La responsabilité du banquier

1. La responsabilité civile du banquier

La *responsabilité civile contractuelle* du banquier est engagée en cas de non-respect de l'un de ses engagements contractuels vis-à-vis de son client. Il peut s'agir, par exemple, d'un défaut d'information et de mise en garde de l'emprunteur, d'une mauvaise exécution, d'une exécution partielle ou tardive d'une opération de banque entraînant des conséquences négatives sur les affaires du client donneur d'ordre, du non-respect du principe de non immixtion qui impose au banquier de ne pas s'immiscer dans les affaires de ses clients, d'une prise de garanties excessives ou bien encore d'un soutien abusif d'une entreprise en difficulté. L'article 1217 du Code civil énumère les différentes actions pouvant être menées par le débiteur, partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ou l'a été mais de façon imparfaite.

La *responsabilité civile extra contractuelle (ou quasi-délictuelle)* du banquier est engagée dès lors que l'opération de banque réalisée par celui-ci porte préjudice, non pas à son client, mais à des tiers, notamment les créanciers de son client. Ainsi, il appartient au banquier d'informer et de mettre en garde les cautions tout en n'exigeant pas de ces dernières un engagement qui serait disproportionné au regard de leurs revenus et de leurs patrimoines (article L341-4 du Code de la consommation).

De l'article 1240 du Code civil qui énonce que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* », il résulte que si

la responsabilité du banquier est démontrée du fait de l'existence d'un dommage, d'un fait générateur (la faute ou le risque) et d'un lien de causalité entre le dommage et le fait générateur, ce dernier aura l'obligation de réparer les dommages causés via le versement de dommages et intérêts.

Toutefois, il s'avère que l'existence d'asymétries d'information donne la possibilité, au banquier, de s'exonérer de sa responsabilité civile s'il peut prouver un comportement déloyal de la part de l'emprunteur qui lui aurait transmis des données incomplètes ou erronées entraînant inévitablement une mauvaise appréciation des risques et faussant, par conséquent, la décision qu'il a prise, d'accorder ou non le prêt (Cour de cass., Civ., 18 février 2009, n° 2009-040119). En effet, l'article 1104 du Code civil stipule que : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », ce qui implique la diffusion d'une information financière et comptable à la fois sincère, honnête et transparente de la part de l'entrepreneur désireux d'obtenir un prêt.

Afin de se préserver du mieux possible de ces asymétries d'information, les établissements financiers diversifient leurs sources informationnelles et, par conséquent, ne se limitent pas aux déclarations du postulant. C'est ainsi que le rôle des agences de notation financière (Moody's, Standard & Poors, Fitch Ratings...) dans l'octroi d'un crédit s'avère primordial car, même si aujourd'hui, leur crédibilité est parfois remise en cause, il n'en reste pas moins que la note qu'elles attribuent demeure un indicateur qui permet de mesurer la solvabilité financière d'une entreprise. Lorsque cette dernière obtient un triple A, elle est assurée, si elle doit emprunter de l'argent sur les marchés financiers, de bénéficier de taux d'intérêt attractifs puisque sa solvabilité est garantie. A l'inverse, si sa note correspond à un C ou à un D, elle n'obtiendra pas la confiance des investisseurs qui lui refuseront le prêt ou le lui consentiront à un taux d'intérêt élevé. Or, si le prêt n'est pas consenti ou si l'entreprise y renonce compte tenu du coût élevé qu'il représente, la pérennité de l'entreprise peut en être affectée.

La cotation Banque de France constitue également un atout ou un frein à l'octroi d'un crédit car elle est, au même titre que la note attribuée par les agences de notation financière, un indicateur qui renseigne sur la capacité de l'entreprise à honorer ses engagements financiers à moyen terme. Les entreprises cotées, dès lors qu'elles obtiennent une appréciation favorable, bénéficient d'une *cote de crédit* qui leur assure de pouvoir emprunter sans grande difficulté.

2. La responsabilité pénale du banquier

La loi du 26 juillet 2005 *de sauvegarde des entreprises* pose le principe de *l'irresponsabilité pénale* de tous les créanciers, et pas seulement des établissements financiers, qui accordent leur concours à une entreprise en difficulté qui fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (article L.650-1 du Code de commerce).

Pour autant, la responsabilité pénale du banquier peut être engagée dans certains cas, dont celui retenu le plus souvent par la jurisprudence et le plus susceptible de mettre en danger la pérennité de l'entreprise : la *complicité du banquier en matière de banqueroute*. Le banquier peut, en effet, être poursuivi de *délit de banqueroute* s'il a retardé la constatation de l'état de cessation des paiements en prolongeant artificiellement la vie de l'entreprise par le recours à des « moyens ruineux », comme l'octroi de crédits bancaires excessifs (articles L.654-1 et suivants du Code de commerce).

C'est dans ce contexte, qu'en 2003, les responsables de la Société Générale et du Crédit Lyonnais (LCE) étaient mis en examen pour complicité de banqueroute dans la « faillite » de Moulinex survenue en 2001 ; le Parquet reprochant aux dirigeants de ces deux établissements bancaires d'avoir continué à accorder des crédits à cette entreprise, alors même qu'ils savaient, dès janvier 1999, qu'il était impossible que le groupe Moulinex puisse réussir à redresser sa situation financière déjà fortement dégradée. Une information judiciaire avait alors été ouverte pour « *banqueroute par détournements d'actifs, banqueroute par emploi de moyens ruineux, abus de confiance, présentation de faux bilans et abus de biens sociaux* ». Le tribunal de commerce, par son jugement en date du 28 juin 2013, n'avait cependant pas retenu, dans cette

affaire, la responsabilité des banques et il avait, par conséquent, prononcé un non-lieu, décision confirmée par la Cour d'Appel le 29 janvier 2015.

Dans une économie ouverte, les entreprises, et plus particulièrement les entreprises familiales de petite taille, telles les PME ou les TPE, peinent à assurer leur développement sur le long terme. Or, ces entreprises représentent un vivier d'emplois et elles contribuent activement au dynamisme d'un territoire.

Conscient de l'importance des enjeux économiques et sociaux, le législateur a souhaité privilégier, en priorité, la pérennité de l'entreprise plutôt que la protection des créanciers. C'est ainsi que la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, plusieurs fois modifiée, la dernière fois, par l'ordonnance du 12 mars 2014, a pour effets, dans certains cas, de limiter les droits des créanciers afin de maintenir l'activité de l'entreprise.

II - La situation des créanciers face à l'entreprise en difficulté

Si parfois, le simple recours à une procédure amiable peut suffire à résoudre les difficultés financières de l'entreprise (A), d'autres fois, l'ouverture d'une procédure collective s'avère inévitable (B).

A/ La procédure amiable

1. Le mandat ad hoc

A condition que l'entreprise *ne se trouve pas en état de cessation des paiements*, tout entrepreneur individuel ou dirigeant de société qui connaît des difficultés financières peut solliciter, auprès du tribunal de commerce, la désignation d'un *mandataire ad hoc* (articles L.611-3 et R.611-18 à R. 611-21-1 du Code de commerce).

Cette procédure présente de nombreux avantages parmi lesquels, celui de la *confidentialité*, puisque aucune publicité n'est faite auprès du Greffe du tribunal, et donc auprès des tiers, et celui de permettre au chef d'entreprise ou aux dirigeants sociaux de rester « maîtres » de leur entreprise.

Le chef d'entreprise adresse au tribunal une requête qui renseigne sur les difficultés économiques, financières, sociales et patrimoniales qu'il rencontre dans le cadre de la poursuite de son activité. Il peut s'agir, par exemple, de difficultés nées du non-respect des échéances normales de paiement des fournisseurs, d'échéances non respectées de contrat d'emprunts ou d'échéances trop élevées par rapport aux capacités de remboursement de l'entreprise, de la dénonciation de concours bancaire par le banquier ou bien encore, de la résiliation, par les fournisseurs, de contrats pouvant remettre en cause la survie de l'entreprise.

Le mandataire *ad hoc*, désigné par le juge pour une durée déterminée, accomplit la mission que ce dernier lui a fixée et qui consiste à proposer des solutions destinées à pallier les difficultés financières de l'entreprise (article L.611-3 du Code de commerce).

En effet, l'objectif de la procédure du *mandat ad hoc* est de trouver un accord entre l'entreprise et ses principaux créanciers pour aider cette dernière à « *redresser la barre* » et ainsi lui permettre d'assurer sa pérennité. La négociation peut porter sur un rééchelonnement de la dette et/ou la mise en place de financements plus adaptés.

2. La conciliation

Cette procédure, qui revêt, elle-aussi, un caractère confidentiel, s'adresse « (...) *aux débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.* » (article L.611-4 du Code de commerce).

Le débiteur dépose une requête motivée, soit auprès du tribunal de Commerce s'il est commerçant ou artisan, soit auprès du tribunal de grande instance dont dépend l'entreprise dans les autres cas.

La conciliation a pour finalité la conclusion d'un accord amiable entre l'entrepreneur et ses créanciers (fournisseurs, administration fiscale ou sociale, établissements de crédit) en vue de fixer des rééchelonnements des dettes et/ou des remises de dettes, voire même, en vue d'obtenir de nouveaux apports en numéraire, en nature ou en industrie, nécessaires à la poursuite de l'activité. Toutes les propositions présentées par le conciliateur ont, comme objectifs, la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de son activité et le maintien de l'emploi.

Si la négociation aboutit, les créanciers qui ont signé l'accord n'ont plus la possibilité de poursuivre le recouvrement de leur créance contre le débiteur à condition que celui-ci exécute l'accord. L'article L.611-10-1 du Code de commerce stipule, en effet, que : « *Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet (...)* ».

De même, en application des articles L.1244-1 et suivants du Code civil, « *le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues* » lorsque, pendant la phase de conciliation, l'entrepreneur est mis en demeure de payer ou qu'il est poursuivi par un créancier.

La loi du 26 juillet 2005 crée, dans le cadre d'un accord de conciliation homologué, un *privilege de conciliation* au bénéfice des créanciers ayant accordé « *un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité* » ou bien, ayant fourni « *un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité* ». En cas d'ouverture d'une procédure collective, ces créanciers seront payés une fois le super privilège des salaires et les frais de justice remboursés (article L.611-11 du Code de commerce). Ce privilège de « *new money* », est destiné à permettre le redressement de l'entreprise en difficulté puisqu'il est censé encourager les créanciers à apporter des capitaux nouveaux.

De même, la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 *habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises* ainsi que l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 *portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives* visent également à renforcer l'efficacité, la simplicité et la sécurité des procédures destinées au traitement des *situations irrémédiablement compromises* tout en respectant les droits des différentes parties prenantes, y compris ceux du débiteur.

Enfin, tant que la procédure de conciliation est en cours, cela rend impossible l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (article L.631-5 du Code de commerce). Cependant, s'il n'est pas possible de trouver un accord, le conciliateur présente un rapport et le Président du tribunal met fin à la conciliation. Une autre procédure peut alors s'ouvrir sur requête du ministère public.

B/ La procédure collective

1. La procédure de sauvegarde

Elle intervient *avant la constatation de la cessation des paiements* et elle a pour but de favoriser la réorganisation de l'entreprise en difficulté afin de permettre la poursuite de son activité économique, le maintien des emplois et l'apurement de son passif.

Le chef d'entreprise qui souhaite bénéficier de cette procédure doit saisir le tribunal de commerce si son entreprise individuelle ou sa société exerce une activité de nature commerciale ou artisanale, ou bien le tribunal de grande instance si l'activité de son entreprise individuelle ou de sa société est de nature agricole ou libérale.

La procédure de sauvegarde commence par une *période d'observation*, d'une durée maximale de six mois, renouvelable une fois, qui sert à effectuer un diagnostic de la situation économique et sociale de l'entreprise ainsi qu'à dresser l'inventaire du patrimoine du débiteur. L'activité de l'entreprise se poursuivant pendant cette période, la gestion de l'entreprise continue à être assurée par son dirigeant, l'administrateur judiciaire, nommé par le tribunal, n'assurant, quant à lui, qu'une mission d'assistance ou de surveillance.

Durant la période d'observation, pour prétendre au paiement de leur dû, les créanciers sont contraints de déclarer leur créance à la procédure. Les droits collectifs des créanciers sont représentés par un *mandataire judiciaire* désigné par le tribunal qui agit en leur nom et dans leur intérêt. Les créanciers doivent déclarer leurs créances auprès du mandataire judiciaire qui se charge d'en vérifier le montant puis recueille ensuite leurs avis sur les propositions de règlement formulées par l'administrateur judiciaire et le dirigeant.

Le jugement ouvrant la procédure collective restreint les droits des créanciers dont les créances sont nées antérieurement au jugement d'ouverture dès lors qu'il en interdit le paiement pendant la période d'observation. Quant aux créances postérieures au jugement d'ouverture, les créanciers verront également leurs droits restreints si leurs créances ne sont pas nées pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou bien, si elles ne sont pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle.

Les situations respectives sont donc figées par le jugement d'ouverture qui prévoit, sauf exceptions, l'arrêt du cours des intérêts, l'interruption des poursuites déjà engagées contre l'entreprise et l'interdiction pour les créanciers, chirographaires ou privilégiés, de déclencher de nouvelles poursuites à l'encontre du débiteur.

Les articles L.628-1 à L.628-8 du Code de commerce disposent que, pour certaines catégories d'entreprises et, sous certaines conditions, « *une procédure de sauvegarde accélérée puisse être ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise. Ce projet doit être susceptible de recueillir, de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans un délai de trois mois (...)* ». La *procédure de sauvegarde accélérée* peut également être ouverte à l'égard d'un débiteur qui se trouve en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours à compter de la date de la demande d'ouverture de la procédure.

La *sauvegarde financière accélérée (SFA)* ne concerne que les créanciers financiers et s'adresse aux entreprises qui se trouvent fortement endettées auprès des banques et qui, dans le cadre d'une procédure amiable de conciliation, ont déjà négocié des propositions de règlement et ont obtenu le soutien de la majorité de leurs créanciers financiers. La SFA a pour objectif de résoudre très rapidement, en un mois, les difficultés dues au refus d'une minorité de créanciers d'accepter le plan proposé. Elle a pour effet d'arrêter les paiements, le cours des intérêts, les poursuites... uniquement à l'égard des établissements financiers et, le cas échéant des créanciers obligataires. Les autres créanciers, notamment les fournisseurs, ne sont pas concernés car, l'entreprise qui peut continuer à recevoir le paiement de ses clients, est en mesure de régler les sommes dues à l'échéance normale. Des poursuites peuvent d'ailleurs être engagées si ces paiements ne sont pas effectués (articles L.628-9 et L.628-10 du Code de commerce).

En dehors de la procédure de sauvegarde accélérée et de la SFA qui ne peuvent être converties en redressement ou liquidation judiciaire dès lors que la survie de l'entreprise repose sur la négociation avec les créanciers et l'adoption d'un plan de restructuration permettant son redressement, dans la procédure de sauvegarde de droit commun instituée par la loi de juillet 2005, s'il s'avère que l'entreprise a de sérieuses chances de pouvoir espérer redresser sa situation économique et financière, le tribunal arrête un plan de sauvegarde qui fixe les modalités de son redressement.

2. Le redressement judiciaire

La *procédure de redressement judiciaire* est mise en œuvre par toute entreprise *en cessation des paiements* c'est-à-dire, toute entreprise qui se trouve « *dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* » mais dont la situation n'est pas définitivement compromise. Toutefois, il n'y a pas cessation des paiements si « *le débiteur établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible* » (articles L.631-1 et suivants du Code de commerce). En conséquence, l'attitude des créanciers mais, principalement celle des banques, apparaît comme déterminante dans l'ouverture d'une procédure de redressement.

Destinée à permettre la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, cette procédure, ouverte devant le tribunal de commerce si le débiteur est un commerçant ou un artisan ou bien devant le tribunal de grande instance dans les autres cas, commence par une période d'observation pendant laquelle, un bilan économique et social est réalisé. L'entreprise, qui poursuit son activité pendant cette période, est alors gérée par un administrateur judiciaire, seul, ou bien, avec le concours du dirigeant.

Pendant la période d'observation, seuls les licenciements économiques, nécessaires à la survie de l'entreprise, peuvent être prononcés. Les salariés d'une entreprise en redressement judiciaire, en tant que *créanciers super privilégiés*, bénéficient de l'assurance en garantie des salaires pour les sommes dues en contrepartie de leur contrat de travail.

Cette procédure interdit aux créanciers qui existaient avant même son ouverture, d'engager des poursuites en justice et de procéder à des saisies pour faire exécuter des décisions déjà obtenues. Elle arrête aussi le cours de la plupart des intérêts et des majorations.

A l'issue de la période d'observation, l'administrateur judiciaire élabore un *plan de redressement* qui prévoit les mesures à mettre en œuvre pour que l'entreprise retrouve une situation normale, redressement qui peut passer, le cas échéant, par une offre de reprise, totale ou partielle, solution qui ne sera retenue par le tribunal que si le repreneur offre de solides garanties concernant le maintien pérenne de l'activité et de l'emploi et qu'il justifie de ressources financières suffisantes permettant l'apurement du passif (cf. exemple de l'entreprise Fram, article 1).

3. La liquidation judiciaire

Elle suppose que la société (personne morale de droit privé) ou l'entreprise commerciale, artisanale, agricole ou libérale (personne physique ou morale) se trouvent *en état de cessation des paiements* sans aucune possibilité de redressement. Le tribunal qui prononce la liquidation judiciaire est, soit le tribunal de commerce s'il s'agit d'un artisan ou d'un commerçant, soit le tribunal de grande instance dans les autres cas. Le juge nomme, *en qualité de liquidateur*, un mandataire judiciaire pour exercer, à la place du dirigeant de la société ou de l'entrepreneur individuel, ses droits et actions sur son patrimoine et ce, pendant toute la durée de la procédure. La liquidation judiciaire met fin à l'activité de l'entreprise et le débiteur est alors dessaisi de tous ses biens, ces derniers étant vendus afin de permettre l'apurement, total ou au moins partiel, du passif.

Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice destinée à condamner le dirigeant ou l'entrepreneur au paiement d'une créance ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement. De même, il entraîne l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Toutes les voies d'exécution des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles sont neutralisées et le cours des intérêts est arrêté.

Une fois la clôture de la liquidation prononcée par le juge, et sauf exceptions comme la fraude fiscale, la dissimulation d'actifs ou la faute personnelle, les créanciers ne peuvent plus engager de poursuites individuelles à l'égard du débiteur (articles L.640-1 et suivants du Code de commerce).

L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 *portant réforme du droit des entreprises en difficulté* prévoit qu'une entreprise puisse faire l'objet d'une *liquidation judiciaire simplifiée* obligatoire ou facultative selon les cas.

Elle est *obligatoire* dès lors que l'entreprise ne possède pas de bien immobilier, qu'elle n'emploie pas plus d'un salarié et que son chiffre d'affaires hors taxes est inférieur ou égal à 300 000 €. Elle est *facultative* si les trois conditions suivantes sont réunies : l'entreprise n'a pas de bien immobilier, son effectif ne dépasse pas 5 salariés et son chiffre d'affaires hors taxes est compris entre 300 000 € et 750 000 €.

C'est la vérification allégée des créances et la vente qui ne porte que sur du mobilier qui permettent de raccourcir la procédure (articles L.641-2 et L.641-2-1 du Code de commerce) mais, au regard des conditions à remplir, il apparaît que cette procédure ne bénéficie qu'aux toutes petites entreprises, le plus souvent, aux entrepreneurs individuels.

En conclusion et en réponse à la question posée en introduction : « *Comment assurer la pérennité de l'entreprise nouvelle ou fragile, tout en préservant les droits des créanciers ?* », il semble juste de penser, qu'en plus de préserver les droits des créanciers, il faille, également, sauvegarder les intérêts de l'entreprise en difficulté en lui permettant d'assurer sa pérennité.

Le diagnostic stratégique interne revêt ici toute son importance notamment en matière d'identification des forces et faiblesses concernant les ressources financières de l'entreprise car une erreur de diagnostic est susceptible d'entraîner une défaillance de l'entreprise, ce qui compromettrait alors sa survie.

Bien que les difficultés rencontrées par les entreprises soient souvent liées à des crises économiques et financières, pour autant, si la disparition de l'une d'entre elles était la conséquence du comportement malhonnête d'un entrepreneur individuel ou bien d'une personne physique, dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui se seraient livrés à des détournements de fonds, de paiements malgré l'état de cessation des paiements ou bien encore de comptabilité fictive..., ces personnes seraient alors condamnées à la *faillite personnelle*, sanction judiciaire, de nature civile et professionnelle, prononcée lors d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire (articles L.653-1 et suivants du Code de commerce).

Parmi les différentes sources de financement possibles, le *crédit fournisseur* représente une source majeure pour les entreprises en France. Mais, tandis que l'entreprise qui en bénéficie, profite de cette opportunité pour améliorer sa trésorerie, l'entreprise qui le consent prend le risque, quant à elle, de détériorer lourdement la sienne.

C'est pourquoi, afin de lutter contre les retards de paiement, souvent responsables des difficultés de trésorerie que connaissent les entreprises, la loi LME de 2008 a durci la réglementation par la mise en place de dispositifs tels que la fixation de délais de paiement maximum entre entreprises, le doublement du taux minimum des pénalités de retard ainsi que l'acquittement d'une indemnité destinée à compenser les frais de recouvrement liés au retard de paiement.

Lorsqu'il s'agit d'une entreprise en cours de création ou tout nouvellement créée, l'entrepreneur peut solliciter, si son entreprise répond à certaines conditions, un prêt à la création d'entreprise proposé par l'organisme OSEO qui lui permet de financer ses besoins en fonds de roulement ou bien encore ses investissements immatériels.

En direction du secteur privé, l'Etat, tout en se prévalant d'un statut de *créancier privilégié*, contribue à assurer la création et la pérennité des entreprises via la mise en place de politiques économiques. Le Crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) poursuit cet objectif puisqu'il donne aux professionnels davantage de possibilités pour investir, prospecter de nouveaux clients, faire de la R&D, innover, recruter, restaurer leur fonds de roulement... La banque publique d'investissement (bpifrance) apporte son aide à la création et au développement des entreprises, notamment en direction des PME et des ETI, en agissant en complément du marché pour répondre à leurs différents besoins de financement.

De même, par le biais des aides et des subventions octroyées à certaines entreprises, l'Etat encourage l'investissement productif dans certains secteurs en soutenant ou en restructurant des industries anciennes ou en difficulté ou bien en promouvant des industries nouvelles (la théorie du protectionnisme éducateur - F. List). L'Etat peut également faire bénéficier d'une

exonération d'impôts certaines entreprises nouvellement créées ou accorder une *année blanche* à l'ensemble des acteurs appartenant à un secteur d'activité comme ce fût le cas lors de la crise agricole, en 2016, lorsque le gouvernement s'est engagé auprès des agriculteurs à reporter, de quelques années, le paiement de leurs cotisations sociales.

Et si, en dépit de tous les efforts déployés pour sauver l'entreprise, notamment ceux consentis par les salariés, *créanciers super privilégiés*, qui acceptent, bon gré mal gré, des baisses de salaires pour maintenir leur entreprise à flots, mais aussi et surtout, ceux consentis par les fournisseurs, principaux créanciers de l'entreprise, celle-ci n'a pu éviter le dépôt de bilan, l'échec ne doit pas, pour autant, empêcher l'entrepreneur de trouver la force de rebondir et de repartir de l'avant car, comme le souligne Henry Ford : « *Echouer, c'est avoir la possibilité de recommencer de manière plus intelligente.* ».

Bibliographie :

Nicolas Doucerain : « *Ma petite entreprise a connu la crise* », 2012

Thierry Jallon : « *7 étapes pour rebondir après une crise* », 2006

Jacques Saez : « *La faillite des entreprises* », 2015

Sitographie :

Legifrance : « Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », juillet 2005
Disponible sur : <http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-vote/loi-du-26-juillet-2005-sauvegarde-entreprises.html>

Gestion de la PME – PWC : « *La gestion des situations de crise : la cessation des paiements et ses conséquences* », édition 2013-2014

Disponible sur : <http://expert-comptable.pwc.fr/fr/gestion-de-la-pme/la-cessation-des-paiements-et-ses-consequences/la-procedure-de-redressement-judiciaire.html>

G. Plantin, D. Thesmar, J. Tirole : « *Les enjeux économiques du droit des faillites* », juin 2013

Disponible sur : <http://www.cae-eco.fr/IMG/pdf/cae-note007.pdf>

Service Public : « *Liquidation judiciaire* », janvier 2016

Disponible sur : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F22330>

Service Public : « *Sauvegarde accélérée* », janvier 2016

Disponible sur : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F22327>

Service Public : « *Sauvegarde financière accélérée (SFA)* », janvier 2016

Disponible sur : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F22327>

Banque de France : « *Crédit aux entreprises (encours)* », mars 2016

Disponible sur : <https://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/stats-info/detail/credit-aux-entreprises-encours.html>

Le portail de l'Economie et des Finances : « *Médiation du crédit aux entreprises* »

Disponible sur : <http://www.economie.gouv.fr/mediateurcredit>