

Rencontres Chiffres & Droit

Compte-rendu du débat



Vendredi 5 avril 2013

à Saint-Laurent-du-Var - Hôtel Novotel Cap 3000

en partenariat avec



Association interprofessionnelle Avocats et Experts-comptables

Liquidé ou redressé ? Les enjeux

Compte-rendu de la manifestation de l'association AvEC (Avocats-Experts-Comptables) du 5 avril 2013 au Novotel de Saint-Laurent du Var.

Le vendredi 5 avril 2013 était l'occasion pour l'association AvEC de réunir des praticiens des procédures collectives autour du thème "Recettes pour prévenir les difficultés des entreprises".

La matinée était animée par Monsieur Patrick Peirin, Expert-Comptable et Commissaire aux comptes, et Maître Jean-François Tognaccioli, Avocat au Barreau de Nice.

Les professionnels du chiffre et du droit jouent un rôle complémentaire dans l'analyse des difficultés des entreprises et dans l'application de solutions sur-mesure. Ils sont, avec les Administrateurs et Mandataires Judiciaires, les Juges consulaires ou encore le Ministère public, les acteurs de la prévention et du traitement de la défaillance de l'entreprise.

A ce titre, Mme Saïda Nafis, Magistrat au Tribunal de Commerce de Nice, a répondu favorablement à l'invitation de l'association AvEC pour faire part de son expérience en tant que juge assesseur en Chambre du Conseil mais également de Juge Commissaire, chargée de veiller au bon déroulement des procédures collectives pour lesquelles elle est désignée.

Si le Tribunal de Commerce est le lieu historique de traitement des difficultés des entreprises, il est désormais un autre lieu d'écoute et d'information du chef d'entreprise, le Centre d'Information et de Prévention des Difficultés des Entreprises



Me Jean-François Tognaccioli (avocat au barreau de Nice), Michel Papet (président du Centre d'Information sur la Prévention - CIP06 Nice), Saïda Nafis (juge au Tribunal de commerce de Nice) et Patrick Peirin (expert-comptable et commissaire aux comptes).

(CIP 06). Monsieur Michel Papet, son Président, nous a fait l'honneur de sa participation à cette matinée.

L'objectif de cette matinée était de mieux faire connaître les professionnels des procédures collectives, de faire part de leur pratique quotidienne, de présenter la palette d'outils dont ils disposent en matière de traitement des difficultés des entre-

prises, de donner quelques idées de recettes sur mesure pour prévenir les difficultés des entreprises. Partant du constat que nombre d'entreprises auraient pu être sauvées si leurs difficultés avaient été traitées en amont, l'accent a été mis sur la prévention.

A l'égard de tous les chefs d'entreprise, ces dernières années,

les moyens d'informer sur la prévention des difficultés se sont beaucoup développés (I).

Désormais, dans le cadre du phénomène de contractualisation du droit des entreprises en difficultés, une véritable collaboration stratégique s'instaure entre tous les professionnels des procédures collectives (II).

I / Une coopération dans l'information à l'égard de tous les dirigeants d'entreprises



Dans le domaine de la défaillance d'entreprise, tous les professionnels font le même constat : «L'ignorance coûte plus cher que l'information».

En matière d'information sur la prévention, des initiatives de coopération ont vu le jour : ce sont notamment les Centres d'Information sur la Prévention des difficultés des entreprises (A). En revanche les moyens d'informer le débiteur failli en vue d'un nouveau départ restent à développer (B).

A/ L'information sur les outils de prévention et de traitement des difficultés

Monsieur le Président Michel Papet a rappelé que le Centre d'Information et de Prévention des Difficultés des Entreprises (CIP06) a été créé à l'initiative de l'Amicale des Magistrats Consulaires de Nice, la Commission Administrative de l'Ordre

Experts-Comptables 06, la Compagnie Régionale des Commissaires aux Comptes d'Aix en Provence - Bastia, l'Ordre des Avocats au Barreau de Nice, la Chambre de Commerce et d'Industrie Territoriale Nice Côte d'Azur, la Chambre de Métiers et de l'Artisanat des Alpes-Maritimes, l'UPE 06, le CGA 06 et l'ARAPL.

Un nombre considérable d'acteurs du tissu économique azurien ont fait corps autour d'une initiative en poursuivant un objectif commun : l'information du chef d'entreprise en difficulté, ou du moins qui en perçoit le risque.

Le CIP 06 propose des permanences sur rendez-vous au cours desquelles les chefs d'entreprise sont reçus confidentiellement et gratuitement par un expert-comptable, un avocat et un juge honoraire, tous les 1er et 3ème jeudis du mois.

Depuis 2011, près de 90 chefs d'entreprises ont été reçus.

B/ L'information sur les moyens d'un nouveau départ du débiteur failli

Par la suite, Me Tognaccioli est revenu sur les conditions d'un nouveau départ dans la vie des affaires du débiteur failli en précisant que celles-ci ont longtemps été ignorées par le droit de la faillite qui ne distinguait pas le débiteur malheureux du débiteur malhonnête.

Il a tout d'abord insisté sur le fait que faciliter le nouveau départ ou «fresh start» du débiteur malheureux est une préoccupation de la Commission Européenne qui a entendu promouvoir une politique de la seconde chance. Cette recommandation figure dans le «SMALL BUSINESS ACT» adopté en décembre 2008 et devient un axe prioritaire s'agissant de l'action de Bruxelles en matière de procédures.

Certains Etats membres - dont la France - ont anticipé ces recommandations en modifiant leur

suite en p.2

Rencontres Chiffres & Droit

législation en ce sens : la loi de sauvegarde a créé la procédure de liquidation judiciaire simplifiée d'une durée maximale d'un an et a maintenu le principe de la libération du débiteur de ses dettes, à la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire sauf dans les cas de fraude.

La disparition rétroactive des mentions au RCS lors de plans de sauvegarde ou de redressement en cours de réussite, est un autre exemple pratique de ce qu'on appelle aussi "la politique de la seconde chance."

Toutefois, des progrès restent à accomplir en la matière.

En effet, Me Tognaccioli a critiqué le système de notation de la Banque de France et appelle de ses vœux des aménagements : actuellement les dirigeants d'entreprises qui ont fait l'objet d'une liquidation judiciaire sont handicapés pendant trois ans par une cotation défavorable qui ne prend en compte ni l'importance du passif, ni les motifs de la défaillance, ni l'existence ou l'absence de sanction.

Tous les acteurs présents s'accordent sur la nécessité de distinguer le débiteur malheureux à qui doit être donnée une seconde chance, du débiteur malhonnête qui doit être sanctionné.

Madame Nafis et Monsieur Papet ont fait part de leur expérience en la matière, prenant des exemples concrets rencontrés au CIP ou en Chambre de conseil.

II / Une collaboration au service du client commun



Tous les intervenants ont fait le double constat de l'élasticité de la notion de cessation des paiements et de l'éventail de possibilités offertes par le droit français.

La loi de sauvegarde a changé la donne en la matière : que leurs missions de conseil soient ponctuelles ou permanentes, ni l'avocat, ni l'expert-comptable ne sont en mesure de conseiller unilatéralement le dirigeant d'entreprise dans le choix de l'outil de prévention ou de traitement eu égard :

- à la multiplicité des outils mis à sa disposition (mandat ad hoc, conciliation, sauvegarde, sauvegarde financière accélérée, redressement ou liquidation judiciaires) ;

- et ceci d'autant plus que certaines procédures peuvent s'appliquer concurremment.

Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, la tâche était plus aisée car une notion phare des procédures collectives délimitait la frontière entre le conventionnel et le judiciaire, entre le facultatif et l'obligatoire, entre la prévention et le traitement : il s'agit de la notion juridico-comptable de cessation des paiements, définie par l'article L. 631-1 du Code de Commerce, comme une « impossibilité », celle « de faire face au passif exigible avec son actif disponible ».

Depuis la loi du 26 juillet 2005, ce n'est plus le cas puisque, d'une part l'état de cessation des paiements de moins de 45 jours permet désormais de s'orienter vers une procédure de prévention : la conciliation, et d'autre part l'absence d'état de cessation des paiements, permet néanmoins de bénéficier d'une procédure collective portant suspension des poursuites des créanciers : la sauvegarde.

L'avocat s'efface alors au profit de l'expert-comptable qui prend soin de vérifier si l'état de cessation des paiements date de moins de 45 jours, après lui avoir préalablement formulé des vœux de réussite dans une telle exploration.

De surcroît, l'ordonnance du 18 décembre 2008, en consacrant une pratique des tribunaux, a modifié l'article L. 631-1 précité en ajoutant que « le débiteur qui 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 n'est pas en cessation des paiements ».

En pratique, il suffirait donc d'obtenir de ces créanciers des moratoires de paiement des dettes exigibles - ne serait-ce que de quelques mois - de façon à éteindre l'incendie de la cessation des paiements et solliciter aussitôt une procédure de prévention.

Autrement dit, une situation qui relevait obligatoirement du redressement judiciaire avant le 15 février 2009, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, peut désormais bénéficier de la sauvegarde, de la conciliation ou du mandat ad hoc.

Par les réformes successives en la matière, le législateur exprime son vœu de privilégier les outils de la prévention sur le traitement, en faisant du redressement judiciaire une procédure subsidiaire par rapport à la sauvegarde.

Dans ce contexte, avocats et experts-comptables n'ont pas d'autre choix que d'unir leurs compétences pour conseiller au mieux le client commun dans le choix de la procédure par l'établissement d'une méthodologie commune, et ce en deux étapes :

- l'étape préalable consiste à répondre à l'interrogation suivante : **y-a-t-il état de cessation des paiements ? (a)**

- selon la réponse à cette première question, il convient de déterminer ensuite les critères du choix de la procédure à adopter. **(b)**

(a) La question préalable de l'état de cessation des paiements.

Dans l'affirmative, seule la conciliation sera possible dans l'hypothèse où la cessation des paiements est de moins de 45 jours. A défaut, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire s'imposeront puisqu'il s'agit d'une obligation pour le débiteur que de déclarer la cessation des paiements. S'il n'y a pas cessation des paiements, la loi de sauvegarde permettra de bénéficier d'un mandat ad hoc, d'une conciliation ou d'une sauvegarde.

(b) Le choix de la procédure à adopter.

La sélection se réalise en collaboration en fonction de trois critères que la pratique a dégagés :

1/ en fonction de la difficulté à traiter : s'il s'agit d'un problème de financement, le mandat ad hoc ou la conciliation seront adaptés ; en revanche, si la restructuration est plus globale (résiliation de certains contrats, restructuration du personnel), la sauvegarde s'impose.

2/ en fonction du secteur d'activité et de la nature de la clientèle : en raison de l'impact négatif de la publicité de la procédure, il convient alors de privilégier les procédures confidentielles comme le mandat ad hoc ou la conciliation dès lors que cela reste possible.

En ce sens, l'ensemble des praticiens ont salué l'apport remarquable de l'article R. 626-20 modifié par le décret du 12 février 2009 qui prévoit que si le plan de sauvegarde est toujours en cours à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de son arrêté, les mentions relatives à la procédure et à l'exécution du plan sont, à l'initiative du débiteur, radiées des registres ou répertoires sur lesquels elles ont été portées.

3/ en fonction des intérêts du dirigeant, personne physique : à la différence du redressement judiciaire, si le dirigeant est caution, il pourra se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde. De plus, le remplacement du dirigeant est exclu en sauvegarde puisqu'il conserve la quasi-totalité de ses pouvoirs de gestion. Il a également été mentionné que la rémunération du dirigeant n'est pas réglementée en sauvegarde et que la cession de l'entreprise y est exclue ainsi qu'en conciliation.

Monsieur Peirin a insisté sur le rôle du Commissaire aux Comptes : la procédure d'alerte étant un indicateur légal de la défaillance de l'entreprise. Les critères de déclenchement de cette procédure sont multiples et restent à l'appréciation du Commissaire aux Comptes ; cela peut être :

- la perte d'un client important,
- un contrôle fiscal ou URSSAF,
- un procès devant le Conseil des prud'hommes,
- un événement exceptionnel tel qu'un incendie,
- une trésorerie négative importante avec des difficultés à trouver des financements,
- des pertes récurrentes,
- une révision de loyer très importante,
- une incapacité des dirigeants à renflouer les comptes.

Le but de la procédure d'alerte est avant tout d'avertir le dirigeant et de le mettre face à ses responsabilités en lui demandant d'agir au plus vite pour prendre des actions correctives.

La procédure d'alerte se déroule en plusieurs phases durant lesquelles la confidentialité est de moins en moins grande.

Monsieur le Président Papet a comparé les procédures applicables à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, notamment en ce qui concerne les conditions d'ouverture et le sort des dirigeants qui se sont portés caution des engagements de leur société.

Monsieur Peirin a rappelé à ses confrères les documents requis par le Tribunal dans le cadre d'une procédure collective : situation comptable de la période d'observation, attestation sur l'absence de nouvelles dettes ou encore les prévisionnels en vue de la présentation du plan.

Madame Nafis a décrit le déroulement d'une audience en Chambre de Conseil, le jeudi matin, au Tribunal de commerce de Nice. Assisté de deux assesseurs, le Président examine à huis clos, éventuellement après avoir entendu le créancier, mais toujours en présence du chef d'entreprise et de ses conseils Avocats et Experts-Comptables, la situation de l'entreprise, avant de faire droit à la demande de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire directe.

CALENDRIER

L'Association continue ses Matinées ayant pour but une formation mais aussi un débat sur le thème de :

● L'infraction pénale fiscale

le 7 juin 2013 à l'hôtel NOVOTEL CAP 3000 à Saint-Laurent du Var, de 8h30 à 11h00.

Invité : Madame Bonicci, Doyen des Juges d'Instructions au TGI de Grasse.

● Le contentieux du droit de la construction et de la promotion immobilière

le 4 octobre 2013 à l'hôtel NOVOTEL CAP 3000 à Saint-Laurent du Var, de 8h30 à 11h00.

Invité : Monsieur SULTANA ou Madame HANOTEAUX (Chambre de la Construction TGI de Grasse)

Tous les renseignements concernant l'Association peuvent être trouvés sur son site :

www.association-avec.net

ou être pris auprès de Monsieur Richard VARLET, président de l'Association, dont le mail pour «AVEC» est : contact@association-avec.net

AVEC : Association interprofessionnelle Avocats et Experts-comptables

Interprofessionnalité :
Osez être AVEC !

