

193 De la conciliation à la sauvegarde financière accélérée : la combinaison est-elle efficace ?

La nouvelle procédure de sauvegarde financière accélérée vise à assurer efficacement le traitement de la dette financière des plus grosses entreprises en difficulté. Ses effets strictement limités aux créanciers financiers laissent toutefois entrevoir quelques difficultés d'application lorsque la conciliation, préalable nécessaire, a également concerné des créanciers non financiers.

Jean-Emmanuel Kuntz
Avocat à la Cour
Cabinet Kuntz et Associés

Valentine Nurit
Stagiaire
Cabinet Kuntz & Associés

1. Créée par la loi n° 2010-1249, du 22 octobre 2010, la sauvegarde financière accélérée (SFA), insérée aux articles L. 628-1 et suivants du Code de commerce, institue une passerelle entre la conciliation, procédure amiable et confidentielle, et la sauvegarde, procédure collective et publique¹. Visant à assurer un traitement rapide des difficultés du débiteur, la SFA n'affecte que les créanciers financiers de ce dernier, sans que son ouverture n'impacte ses relations avec ses fournisseurs et autres créanciers non financiers².

2. Destinée ainsi à assurer la restructuration de la dette financière du débiteur, cette procédure ne peut bénéficier qu'aux plus importants d'entre eux, la procédure étant réservée aux débiteurs disposant de plus de 150 salariés et réalisant un chiffre d'affaires de plus de 20 millions d'euros³. Ces dispositions ne permettant pas aux sociétés holding porteuses de la dette dans les montages LBO de bénéficier de la procédure, la loi n° 2012-387, du 22 mars 2012, est venue étendre le bénéfice de la SFA au « débiteur dont le total de bilan est supérieur à un seuil fixé par décret. »⁴

3. En tout état de cause, la procédure de sauvegarde financière accélérée ne peut bénéficier qu'au débiteur engagé dans une procédure de conciliation en cours, dont il ressort que les négociations ont abouti à l'élaboration d'un projet de restructuration susceptible de rencontrer l'accord d'une majorité des créanciers financiers de l'entreprise. Le débiteur ne peut en effet

solliciter l'ouverture d'une sauvegarde financière accélérée que pour entériner définitivement un accord trouvé en conciliation auquel seuls quelques créanciers récalcitrants minoritaires refusent de participer⁵. L'accord de conciliation ne pouvant être adopté qu'à l'unanimité, le vote du plan de sauvegarde reprenant cet accord en comité a pour seul objectif de permettre l'adoption définitive de l'accord de restructuration malgré les résistances de quelques minoritaires, une majorité des deux tiers des votants assurant l'adoption du projet de plan.

4. Si la conciliation vise à la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers et cocontractants habituels⁶ sans distinguer selon la nature des créances concernées, la sauvegarde financière accélérée n'impacte quant à elle que les créanciers du débiteur amenés à siéger, dans le cadre d'une sauvegarde classique, dans le comité des établissements de crédit ou dans l'assemblée unique des obligataires. L'ouverture de la sauvegarde financière accélérée n'a ainsi aucun effet à l'égard des fournisseurs du débiteur, qui devront continuer à recevoir paiement à l'échéance de leur créance⁷.

5. On observe ainsi un certain décalage dans l'identité des créanciers potentiellement concernés par l'ouverture de la conciliation et ceux dont les droits pourront être modifiés par l'ouverture d'une sauvegarde financière accélérée et l'adoption d'un plan en comité, alors

1 C. Gorins, « La sauvegarde financière accélérée (SFA) » : Banque n° 370, déc. 2010, p. 96 ; v. égal. F. Pérochon, « SFA et EIRL : progrès... ou pas » : BJE mars 2011, p. 1, n° 1 ; F.-X. Lucas, « Observations sur le volet réglementaire de la SFA » : BJE mai 2011, p. 102, n° 62.

2 C. com., art. L. 628-1.

3 Seuils établis par le Code de commerce pour la constitution de droit de comités de créanciers dans la procédure de sauvegarde de droit commun.

4 Le décret n° 2012-1071, du 20 septembre 2012, est venu fixer ce total de bilan à 25 millions d'euros, seuil abaissé à 10 millions d'euros pour les débiteurs contrôlant, au sens du 1° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce, une société dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires sont supérieurs aux seuils fixés par l'article R. 626-52 ou dont le total de bilan est supérieur à 25 millions d'euros. Les holdings détentrices des titres d'une société éligible à la SFA sont donc dorénavant elles-mêmes éligibles à la SFA.

5 T. Montéran, « Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée » : Gaz. Pal. 16 oct. 2010, p. 9.

6 C. com., art. L. 611-7.

7 J.-L. Vallens, « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? » : RTD com. 2011, p. 644.

même que l'existence d'une conciliation en cours est le préalable nécessaire pour prétendre bénéficier d'une procédure de sauvegarde financière accélérée. L'hypothèse ne paraît en effet pas incongrue de l'ouverture d'une conciliation à laquelle seraient invités tant le ou les fournisseurs stratégiques du débiteur que ses dispensateurs de crédit, dans un souci de traitement global des difficultés de l'entreprise. Dans cette hypothèse, et en l'absence d'accord unanime sur les conditions d'une restructuration de la dette, le débiteur pourra légitimement avoir quelques hésitations à solliciter l'ouverture d'une sauvegarde « classique », laquelle, outre sa publicité et sa durée, produira ses effets sur l'ensemble de ses créanciers et aura nécessairement des conséquences néfastes sur les relations de l'entreprise avec ses partenaires.

6. À cet égard, le choix de la sauvegarde financière accélérée, procédure qualifiée de semi-collective⁸ ou de quasi-collective⁹, présente l'avantage de la rapidité et de ne produire ses effets qu'à l'encontre d'un nombre limité de créanciers. Cependant, les textes en l'état ne semblent pas permettre la participation au vote du ou des fournisseurs stratégiques, lesquels relèveraient du comité des principaux fournisseurs, qui n'a pas à voter en sauvegarde financière accélérée. En effet, le débiteur souhaitant bénéficier d'une procédure de sauvegarde financière accélérée ne peut choisir les créanciers affectés par l'ouverture de la procédure¹⁰.

7. On peut alors s'interroger sur la possibilité pour le débiteur de poursuivre avec ce créancier, qui ne semble pouvoir être intégré au processus de sauvegarde financière accélérée, les négociations dans le cadre de la procédure de conciliation initialement ouverte. Une telle opération paraît cependant compromise, au regard des dispositions de l'article L. 611-12 du Code de commerce. En effet, bien que celles-ci ne visent que l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective postérieurement à la constatation ou l'homologation d'un accord de conciliation, il semble qu'il faille, de façon générale, considérer que l'ouverture d'une procédure collective met fin à la procédure de conciliation en cours¹¹.

8. Dans ces conditions, le fournisseur stratégique, exclu de la sauvegarde financière accélérée, conserve l'intégralité de ses droits et notamment la faculté de poursuivre le débiteur en paiement, pouvant ainsi mettre sérieusement en péril le plan devant être adopté

par le comité des établissements de crédits et l'assemblée unique des obligataires. Une telle hypothèse n'aurait rien de surprenant, le créancier fournisseur convié à la conciliation se trouvant par là même mis dans la confiance des difficultés de son débiteur¹².

9. Dans pareille situation, il semble que ce dernier n'ait alors pour seul moyen de contrainte que la possibilité de solliciter des délais de paiement sur le fondement des articles 1244-1 et suivants du Code civil. L'introduction de telles procédures judiciaires laisse cependant augurer plus de difficultés que de solutions pérennes pour le débiteur en difficulté.

10. Ainsi, le passage de la conciliation à la sauvegarde financière accélérée, en théorie très attractive pour le débiteur, présente en réalité plusieurs zones d'ombres, sources potentielles de difficultés ultérieures, susceptibles de faire échec à l'adoption et à l'exécution du plan devant être adopté par les comités. On regrettera à cet égard que le législateur n'ait pas introduit de critère plus subjectif quant au choix des créanciers attirés à la sauvegarde financière accélérée¹³.

11. Ainsi, l'introduction d'un critère objectif plus souple ne visant que le montant de la créance par comparaison au montant total du passif, sans distinction quant à la nature de la créance, permettrait sans doute au débiteur de sélectionner au cas par cas les créanciers qu'il entend attirer à la sauvegarde, cette dernière continuant à ne produire effet qu'à leur rencontre. Pourraient dans cette perspective participer aux négociations tant les créanciers financiers que les fournisseurs principaux du débiteur, lesquels ne se trouveraient plus exclus des négociations du seul fait du basculement en sauvegarde financière accélérée mais uniquement au choix du débiteur. Ces fournisseurs parfois indispensables au fonctionnement de l'entreprise voteraient alors dans leur propre comité, de constitution facultative, dans les mêmes termes et délais que les créanciers membres du comité des établissements de crédit.

12. À l'heure où le décret d'application de la sauvegarde financière accélérée vient d'être publié, de telles propositions peuvent sembler prématurées, espérons cependant que la pratique répondra rapidement à ces interrogations et permettra d'établir avec précision les lacunes textuelles restant à combler.

8 P.-M. Le Corre, « SFA : retour vers le futur » : *Gaz. Pal.* 2 avr. 2011, p. 3.

9 F.-X. Lucas, « La SFA, une procédure quasi-collective » : *LEDEN* déc. 2010, p. 1.

10 T. Montéran, « Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée » : *Gaz. Pal.* 16 oct. 2010, p. 9.

11 J.-L. Vallens, « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? » : *RTD com.* 2011 p. 644.

12 H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés » : *BJE* mai 2012, p. 183, n° 87.

13 T. Montéran, « Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée », préc.