

Jean-Emmanuel KUNTZ

Avocat à la Cour

Kuntz et Associés

Valentine NURIT

Doctorante

Kuntz et Associés

Une alternative au plan de sauvegarde : la négociation aboutissant à la disparition des difficultés du débiteur ou les vertus de l'article L. 622-12 du Code de commerce ^{110d6}

Le plan de sauvegarde n'est pas la seule issue de la procédure favorable au débiteur. Lorsque ce dernier rencontre des difficultés limitées à un nombre restreint de créances et de créanciers, la conclusion d'un accord strictement conventionnel avec ces derniers permet de clôturer la procédure pour disparition des difficultés ayant justifié son ouverture, sur le fondement de l'article L. 622-12 du Code de commerce.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde a le plus souvent pour objectif de parvenir à l'élaboration et l'adoption d'un plan, lequel a pour vocation d'assurer la pérennité de l'activité du débiteur et la préservation des emplois y attachés tout en permettant l'apurement du passif antérieur selon des modalités collectives et organisées.

L'éventualité d'une disparition des difficultés en l'absence d'un tel plan semble relever de l'hypothèse d'école. Aussi, les dispositions de l'article L. 622-12 du Code de commerce imposant au tribunal ayant ouvert la procédure d'y mettre fin « lorsque les difficultés qui ont justifié l'ouverture de la procédure ont disparu » font-elles rarement l'objet d'une mise en œuvre concrète¹. Pourtant, cette faculté, ouverte seulement au débiteur, associée à une négociation efficace avec ses principaux créanciers, peut présenter une alternative intéressante au plan de sauvegarde préservant efficacement les intérêts de chacune des parties intéressées.

L'hypothèse est ici celle d'un débiteur, éventuellement déjà en négociation avec ses principaux créanciers, ayant anticipé la survenance à court terme de difficultés qu'il ne sera pas en mesure de surmonter seul, faisant le choix de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde afin de se prémunir contre le constat d'une défaillance contractuelle, éventuellement assortie de sanctions ou l'exécution forcée par un créancier susceptible d'impacter gravement sa trésorerie. L'ouverture de la procédure de sauvegarde offre alors à

ce débiteur prévoyant un certain répit en suspendant le paiement de ses dettes antérieures et les éventuelles poursuites de ses créanciers².

La phase d'accalmie qui débute est ainsi l'occasion d'amorcer sinon de poursuivre les discussions déjà entamées avec les principaux créanciers, vraisemblablement financiers mais aussi fournisseurs stratégiques, en vue d'un réaménagement de la dette. D'une façon identique à la négociation engagée dans le cadre d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation, les discussions n'ont vocation à s'instaurer qu'avec les principaux créanciers dans la perspective d'une renégociation globale de la dette en vue d'assurer la pérennité de l'activité. Nul besoin à ce stade d'intégrer l'ensemble des créanciers dans la discussion, laquelle doit conserver une certaine confidentialité pour espérer aboutir.

Si tel est le cas, la clôture des discussions se caractérise par la signature d'un accord confidentiel porté à la connaissance de ses seuls signataires et du tribunal ayant ouvert la procédure. Celui-ci est alors saisi par le débiteur, conformément aux dispositions de l'article L. 622-12 du Code de commerce, aux fins de constater la disparition des difficultés ayant justifié l'ouverture de la procédure et d'y mettre fin. La clôture de la procédure ne peut toutefois intervenir sans la convocation et l'éventuelle audition préalable, outre du débiteur et des mandataires de justice, des éventuels contrôleurs et des représentants du personnel. Enfin l'avis du ministère public est impératif.

¹ P.-M. Le Corre, « Pour faciliter le rebond : les clôtures anticipées en période d'observation » : LPA 25 mars 2009, p. 3.

² H. Bourbouloux, « Nouveau contexte, nouveaux débiteurs » : BJE sept. 2012, p. 314, n° 161.

L'importance de la décision à intervenir et de ses conséquences pour le débiteur et son activité comme pour les créanciers justifie en effet le respect d'un certain formalisme et surtout l'audition des organes de la procédure comme des représentants du personnel, lesquels doivent être mis en mesure de se prononcer utilement sur la demande formée par le débiteur.

Pour ce faire, il semble impératif que le contenu de l'accord soit porté à leur connaissance, sans que l'un de ses signataires puisse efficacement s'y opposer. Sans doute conviendrait-il en revanche que ceux-ci puissent s'opposer à une éventuelle demande de publicité des débats, fondée sur l'article L. 662-3 du Code de commerce. Une trop grande publicité de l'accord semble en effet de nature à effrayer les créanciers signataires et à faire échec au bon déroulement de la procédure. Leur participation étant le plus souvent liée directement à la discrétion entourant les négociations, il ne semble pas pertinent de faire voler en éclat cette confidentialité, ce d'autant moins qu'une telle publicité ne servirait aucun intérêt supérieur.

Le tribunal ayant ouvert la procédure s'assure enfin que les termes de l'accord intervenu entre le débiteur et ses principaux créanciers sont de nature à assurer la pérennité de l'activité et conduisent effectivement à la disparition des difficultés mentionnées lors de la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde. Il est important de noter à cet égard que, selon la lettre très claire du texte, le tribunal n'est pas juge de l'opportunité de l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers mais doit seulement apprécier son impact sur les difficultés ayant justifié l'ouverture de la procédure. Si ces dernières ont effectivement disparu, le tribunal n'a d'autre choix que de clôturer la procédure de sauvegarde³.

L'article L. 622-12 du Code de commerce offre ainsi une autre opportunité pour le débiteur de sortir de la procédure de sauvegarde dont il a sollicité l'ouverture. Les avantages au regard des contraintes posées par l'adoption d'un éventuel plan de sauvegarde sont indéniables (I). Le procédé a aussi toutes les vertus résultant d'un plan homologué par la nature même de l'accord entériné (II).

I. Une sortie de sauvegarde plus avantageuse pour l'ensemble des parties

L'obtention de la clôture de la procédure de sauvegarde sur le fondement de l'article L. 622-12 du Code de commerce, motif pris de la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers se révèle, comparativement à l'adoption d'un plan

de sauvegarde, une issue plus avantageuse pour l'ensemble des parties. En effet, un tel procédé se solde par une clôture immédiate de la procédure, dont l'ensemble des effets et des contraintes prennent fin dès le prononcé du jugement.

Ainsi, la clôture de la procédure pour disparition des difficultés protège les créanciers n'ayant pas ou ayant mal déclaré leurs créances contre tout risque de non-paiement du fait de leur inopposabilité à la procédure collective. La clôture de la sauvegarde rétablit en effet les créanciers dans l'intégralité de leurs droits, y compris celui d'obtenir le recouvrement immédiat de leurs créances. Ce faisant, aucun obstacle ne semble se dresser à une demande ultérieure du débiteur d'ouverture d'une nouvelle procédure de sauvegarde là où l'inexécution du plan conduit le plus souvent, du fait de l'état de cessation des paiements qu'elle entraîne, à l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Reste bien évidemment l'hypothèse de l'apparition d'un état de cessation des paiements dans le cadre même de l'exécution de l'accord ayant mis fin aux difficultés, lequel, nécessairement, devra conduire à l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

Ce rétablissement des règles classiques du droit des obligations présente évidemment un avantage certain pour le créancier qui aurait manqué de vigilance à l'ouverture de la procédure, mais aussi pour le débiteur, qui retrouve la possibilité de payer ses créanciers à l'échéance et peut donc poursuivre une relation contractuelle normale, les créances ne se trouvant pas soumises à un plan de sauvegarde éventuellement long. Les seuls créanciers affectés par l'ouverture de la sauvegarde sont alors les créanciers parties à l'accord ayant justifié la clôture de la procédure, dont les créances seront payées conformément aux termes de cet accord et non plus selon les échéances initiales. Les créanciers moins significatifs, dont le paiement à l'échéance n'était pas de nature à entraîner des difficultés pour le débiteur, ne sont ainsi pas durablement affectés par la procédure. Leur paiement intégral à l'échéance, rendu possible par la clôture de la procédure, devrait constituer l'un des termes de l'accord avec les principaux créanciers.

On retrouve ici une volonté proche de celle ayant conduit à l'adoption de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 instituant la procédure de sauvegarde financière accélérée⁴. De façon plus libre encore que dans le cadre de celle-ci, il s'agit pour le débiteur de choisir les créanciers avec lesquels il entend parvenir à un réaménagement de sa dette nécessaire à la pérennité de son activité et la disparition de ses difficultés sans

3 V. en ce sens notamment, TC Paris, 24 sept. 2012, n° 2012/056160 – TGI Paris, 18 oct. 2012, n° 12/07204 et 12/07205.

4 L.-C. Henry, « La sauvegarde financière accélérée ou les leçons de la pratique » : LPA 22 nov. 2010, p. 4.

préjudicier à la relation établie avec les autres créanciers qui n'auront pas à souffrir des conséquences de l'adoption d'un plan⁵. L'ouverture d'une sauvegarde plutôt que d'une procédure de conciliation présente alors l'avantage d'offrir un cadre plus contraignant à la négociation et de s'assurer de la suspension des poursuites de l'ensemble de ses créanciers, un tel répit se présentant comme un cadre plus serein pour le débiteur.

Si la combinaison d'un accord confidentiel avec la possibilité de clôturer la procédure de sauvegarde pour disparition des difficultés ayant justifié l'ouverture de la procédure offre ainsi aux parties une issue plus favorable que l'hypothèse classique de l'adoption d'un plan, un tel procédé présente aussi la vertu d'insérer son exécution dans un cadre contractuel consacré par le tribunal.

II. Un accord visé par le tribunal

L'accord obtenu par le débiteur sur le réaménagement de sa dette n'est pas un plan de sauvegarde. Outre qu'il ne suit pas le même processus d'adoption, il ne produit pas les mêmes effets. Ainsi, la disparition des difficultés du débiteur suite à cet accord conduit le tribunal à prononcer la clôture de la procédure de sauvegarde. Si les obligations liées à l'ouverture d'une telle procédure prennent fin, la protection qu'elle offrait cesse également. Les créanciers recouvrent pleinement leur droit de poursuite du débiteur défaillant quelle que soit la date de naissance de leur créance. Un recouvrement forcé de leurs créances par les créanciers restés impayés à la clôture de la procédure n'est donc pas à exclure et doit être anticipé par le débiteur afin de ne pas être source de nouvelles difficultés susceptibles de justifier l'ouverture d'une nouvelle procédure collective. Le choix des créanciers invités à la négociation prend ici toute son importance. Nul besoin de tous les convoquer. Il convient toutefois d'être particulièrement vigilant afin de sélectionner l'ensemble des créanciers disposant d'un véritable pouvoir de nuisance sur la poursuite de l'activité du débiteur. Leur participation aux négociations et à l'accord doit en effet conduire à leur neutralisation dans le cadre de l'accord qui est visé par le tribunal pour constater que les difficultés ont disparu.

Ainsi, les créanciers signataires de l'accord se trouvent contraints par les termes de l'accord même s'il n'est pas au sens de la loi un plan de sauvegarde. Certes, les risques liés à l'inexécution de l'accord ainsi intervenu

sont alors identiques au risque d'inexécution inhérent à tout contrat. En effet, bien que communiqué au tribunal appelé à statuer sur la clôture de la procédure, l'accord ne peut être assimilé à une décision de justice mais il fait l'objet d'un visa dans le jugement mettant fin à la procédure de sauvegarde. La protection du débiteur contre les inexécutions des signataires de l'accord, par exemple refus de livraison ou de libération de nouveaux concours, se révèle ainsi bien plus faible que dans l'hypothèse de l'arrêt d'un plan de sauvegarde, dont la bonne exécution est assurée par le commissaire à l'exécution du plan⁶. Le risque réel reste toutefois limité aux créanciers fournisseurs, lesquels sont seuls en mesure d'exercer des pressions sur le débiteur. En effet, les créanciers financiers ne sont plus en mesure de poursuivre le recouvrement forcé de leur créance, laquelle a fait l'objet d'une convention d'étalement voire d'abandon partiel. Aucun titre exécutoire ne pourrait donc être délivré de ce chef. Le choix des créanciers invités à signer l'accord conserve donc une importance capitale.

Enfin, le tribunal exerce un contrôle approfondi sur l'accord ainsi obtenu pour vérifier la disparition des difficultés ayant justifié l'ouverture de la procédure. Il vérifie que cet accord est équilibré et qu'il ne favorise pas indûment certains créanciers. Les conditions de l'octroi d'un nouveau délai de paiement ou d'un nouveau crédit peuvent ainsi se révéler trop onéreuses pour le débiteur, lequel peut se voir contraint d'octroyer des garanties particulièrement importantes et coûteuses, de nature à absorber définitivement sa capacité d'endettement. Le débiteur confronté à l'intransigeance de ses créanciers lors de la négociation pourra toutefois y résister en laissant planer le spectre d'un plan de sauvegarde adopté sous contrainte, moins favorable aux créanciers appelés à la négociation, lesquels ont tout intérêt, ainsi que le débiteur, à une issue amiable. Nul doute donc que si l'alternative au plan de sauvegarde ainsi offerte au débiteur présente de nombreux avantages et peut dans certaines hypothèses assurer la préservation de la valeur de l'entreprise, elle reste un outil à mettre en œuvre avec rapidité, habileté et consensus, dont les effets sont particulièrement positifs puisqu'il permet de rassurer l'ensemble des cocontractants de l'entreprise. La clé du succès réside dans l'établissement d'une relation de confiance avec les signataires de l'accord, laquelle s'établit nécessairement dans la transparence et la confidentialité⁷ des informations échangées.

5 J.-E. Kuntz et V. Nurit, « De la conciliation à la sauvegarde financière accélérée, la combinaison est-elle efficace ? » : BJE nov. 2012, p. 389, n° 193.

6 C. com., art. L. 626-25.

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