

À la une

Département : Affaires, Contentieux & Arbitrage

Le thème du mois : les nouveautés en matière de procédures collectives

La procédure de sauvegarde à l'honneur

I. Les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : l'arrêt « Cœur Défense »

Aux termes de l'article L 620-1 du Code de commerce, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut être demandée par un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

La Cour de cassation vient de rendre un important arrêt sur les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde dans l'affaire dite « Cœur Défense »¹, du nom du plus grand ensemble de bureaux d'Europe.

Ces derniers ont été achetés par une SAS française au moyen de prêts à taux variable, garantis notamment par des contrats couvrant le risque de hausse des taux auprès de Lehman Brothers. A la suite de la faillite de cette dernière, le prêteur avait demandé à la SAS de souscrire de nouveaux contrats de couverture, sous peine de déchéance du terme des prêts. La SAS s'y était refusée compte tenu du surcoût qu'aurait généré la souscription de nouveaux contrats ; craignant l'exigibilité immédiate des prêts, de nature à la conduire à la cessation des paiements, elle avait alors demandé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

La Cour d'appel de Paris avait refusé au motif qu'en l'absence de réelles difficultés affectant son activité de bailleuses de locaux, la SAS ne pouvait solliciter une mesure de sauvegarde à seule fin de faire échec à son incapacité d'imposer au prêteur une modification de ses obligations contractuelles.

L'arrêt est censuré : **le fait qu'une entreprise débitrice puisse continuer son activité n'est pas un obstacle** à l'ouverture de la sauvegarde dès lors qu'elle rencontre par ailleurs des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter. Rappelons que le caractère insurmontable des difficultés rencontrées par le débiteur s'apprécie au jour d'ouverture de la procédure de sauvegarde².

¹ Cass. com. 8-03-2011 n° 10-13.988, 10-13.989, 10-13.990 FS-PBRI

² Cass. com. 26-6-2007 n° 06-17.821 FS-PBRI cité dans la lettre PDGB « à la Une » de décembre 2007

Autre enseignement de l'arrêt « Cœur Défense » : hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure **ne peut pas être refusée au débiteur au seul motif qu'il cherche ainsi à échapper à ses obligations contractuelles**. Peu importait donc en l'espèce que l'ouverture de la procédure soit l'occasion pour la SAS d'échapper à la force obligatoire du contrat de couverture.

On peut se demander dans quelle mesure cette solution n'ouvre pas la voie à une admission détournée de la théorie de l'imprévision puisque, ainsi que l'illustre l'arrêt analysé, grâce à l'ouverture d'une sauvegarde, un débiteur peut échapper à l'exécution d'un contrat dont l'économie générale est bouleversée par des circonstances nouvelles³.

II. L'instauration d'une sauvegarde financière accélérée (SFA)

La loi du 22 octobre 2010, complétée par son décret d'application du 3 mars 2011, vient d'instituer une nouvelle procédure (C. com. art. L 628-1 s. nouveaux), la sauvegarde financière accélérée, applicable aux procédures de conciliation ouverte à compter du 1^{er} mars 2011.

Cette procédure, précédée d'une conciliation obligatoire, vise les entreprises qui sont fortement endettées, mais dont l'activité est viable. Elle n'a d'effet que sur des **créanciers financiers**, c'est-à-dire des établissements de crédit et créanciers obligataires. L'objectif est de négocier avec ces derniers une restructuration rapide de l'endettement financier, tout en évitant d'affecter les relations commerciales de l'entreprise.

Dans la mesure où la nouvelle procédure vise une issue rapide, le débiteur doit, en amont, élaborer un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part des créanciers financiers pour rendre vraisemblable son adoption dans un délai d'un mois à compter de l'ouverture de la procédure (délai prorogeable une seule fois).

Le régime de la déclaration de créances des créanciers financiers ayant participé à la conciliation est aménagé : leurs créances, qui figureront sur une liste établie par le débiteur, certifiée par le commissaire aux comptes (ou, à défaut, l'expert-comptable) et déposée au greffe du tribunal, seront réputées déclarées, sous réserve de leur actualisation ou d'une déclaration de créances.

³ Sur l'imprévision, voir la lettre PDGB « à la Une » Automne 2010.

L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL

Rompant avec le principe d'unité du patrimoine, la loi du 15 juin 2010⁴ a permis à tout entrepreneur individuel d'affecter à une activité professionnelle un patrimoine distinct de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale. Il s'agit de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL).

Un tel dispositif de protection des biens imposait une refonte du droit des procédures collectives. C'est désormais chose faite avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 décembre 2010⁵ qui, adaptant le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement à l'EIRL, crée notamment un nouveau titre dans le code de commerce⁶.

Si ce texte tente de tirer les conséquences de la logique d'étanchéité entre les patrimoines dans le cadre d'une procédure collective ou de surendettement, il comporte également de nombreuses dérogations à ce principe.

I. Une pluralité de procédures pour une pluralité de patrimoines

En premier lieu, l'ordonnance met fin à la règle traditionnelle d'unicité de procédure collective. Elle prévoit en effet que l'entrepreneur sera confronté à autant de procédures qu'il a de patrimoines affectés à ses différentes activités professionnelles. Ainsi, s'il exerce concomitamment à son activité commerciale une activité artisanale, deux procédures collectives distinctes pourront être ouvertes au titre de chacune de ses activités.

L'état de cessation des paiements doit dès lors être apprécié patrimoine par patrimoine.

En second lieu, elle déroge au principe selon lequel le débiteur, personne physique, ne peut exercer d'activité non salariée pendant la liquidation judiciaire. En effet, l'entrepreneur est seulement dessaisi de ses pouvoirs à l'égard de l'activité attachée au patrimoine en difficulté. Il peut donc continuer d'exercer une profession au titre d'un autre de ses patrimoines d'affectation.

Les procédures ouvertes peuvent être de nature différente. L'entrepreneur peut effectivement faire l'objet d'un traitement de son surendettement concernant son patrimoine non affecté c'est-à-dire ses biens personnels, mais aussi d'une procédure collective au titre de son activité professionnelle.

Il doit alors informer la Commission de surendettement de l'ouverture de la procédure collective.

Par ailleurs, l'ordonnance sanctionne de nullité l'acte révélant la fraude paulienne de l'entrepreneur, par laquelle il organise l'appauvrissement du patrimoine visé par la procédure en désaffectant un bien de celui-ci au bénéfice d'un autre de ses patrimoines.

En matière de droit bancaire, l'ordonnance introduit dans le code monétaire et financier un article L.131-86-1 qui mentionne qu'en cas d'incident de paiement affectant un compte de l'EIRL, les conséquences de cet incident se répercutent sur les seuls comptes du patrimoine concerné, qu'il s'agisse du patrimoine affecté ou du patrimoine non affecté.

⁴ Loi n° 2010-658 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

⁵ Ordonnance n° 2010-1512 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

⁶ Titre VIII livre VI du Code de commerce et ajout d'un article L. 333-7 dans le Code de la consommation.

A noter également que les subsides pouvant être versés à l'entrepreneur et à sa famille doivent prendre en compte les revenus éventuellement perçus des autres patrimoines de l'EIRL non visés par la procédure⁷.

Le cloisonnement des patrimoines n'est cependant respecté que de manière superficielle ainsi qu'en témoignent les exceptions prévues par l'ordonnance.

II. Les exceptions au cloisonnement entre les patrimoines

L'étanchéité entre les patrimoines peut être remise en cause du fait de l'entrepreneur lui-même, en cas de fraude ou de manquements graves à l'obligation d'affectation de tous les biens nécessaires à son activité ou à ses obligations comptables et bancaires.

Le nouvel article L.526-12 du Code de commerce dans une telle hypothèse rend l'EIRL responsable sur l'ensemble de ses biens. L'ordonnance confirme cette sanction en prévoyant une extension de procédure consistant en la réunion d'un ou plusieurs patrimoines à celui visé par la procédure collective.

Surtout, l'article L.651-2 du Code de commerce prévoit qu'en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, l'entrepreneur peut être condamné à supporter tout ou partie du passif, y compris sur son patrimoine non affecté. Ainsi, la faute de gestion met fin à la protection des biens privés du patrimoine.

Dans la mesure où l'entrepreneur est une et même personne physique, il lui est impossible de présenter une offre de cession pour acquérir sa propre entreprise dans le cadre d'un plan de cession.

De même, l'impossibilité posée par l'article L.611-3 du code de commerce de nommer comme mandataire ad hoc ou conciliateur une personne ayant perçu des prestations de la part du débiteur ne peut s'apprécier qu'au regard de tous les patrimoines dont il est titulaire.

Finalement, le cloisonnement entre les procédures connaît de fortes limites qui appellent l'entrepreneur à la vigilance.

L'ordonnance du 9 décembre 2010, en revanche, reste silencieuse sur le droit des sûretés et des régimes matrimoniaux, ce qui ne manquera pas de soulever des interrogations. L'entrepreneur peut-il cautionner un patrimoine avec un autre ? Est-il possible de lever l'affectation au bénéfice d'un créancier sans être sanctionné pour non-respect de la séparation des patrimoines ?

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo

75116 Paris

Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21

www.pdgb.com

G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX – B. JARDEL
T. BEDOISEAU - J. CAMBIANICA - D.FOURNET- P. JULIEN - T. KLIBANER -
E.MARCILHAC

⁷ Modification de l'article L.631-11 du Code de commerce.