

# La cessation des paiements perd sa valeur de démarcation

*Afin de favoriser la prévention des difficultés, la cessation des paiements a vu ses effets atténués et la durée consacrée aux négociations amiables s'en trouve allongée. Cependant la période suspecte est encore trop longue et les cas de nullité de cette dernière doivent être revus.*



**JEAN-PIERRE MATTOUT**

Directeur juridique

Groupe France Télécom

Professeur-associé

Université de Paris II  
Panthéon-Assas

**U**N PERSAN POURRAIT S'ÉTONNER qu'il soit possible d'ouvrir ou de maintenir une entreprise sans autre exigence qu'une symbolique mise de fonds<sup>1</sup>, sans diplôme ou formation particulière, sans vérification de la viabilité du projet ! Cette conception formelle de la liberté du commerce prévaut encore aujourd'hui contre toute logique, alors que le chef d'entreprise est de plus en plus confronté à un environnement complexe, alors que pèse sur lui une responsabilité sociale de plus en plus forte.

La question reste ouverte : la justice peut-elle favoriser le sauvetage d'une entreprise en difficulté ? La succession de réformes suivant la série de statistiques calamiteuses sur le nombre d'entreprises ayant réussi à sortir en vie d'une procédure de redressement judiciaire incline à s'interroger sur le point de savoir si la question n'est pas définitivement mal posée.

## INTERVENIR EN AMONT

Tout comme le juge aux affaires matrimoniales ne parvient que rarement à éviter les divorces, le juge consulaire n'arrive que par exception à aider au sauvetage d'une entreprise. Et pourtant il n'est pas à blâmer pour autant ! En effet, professionnel des affaires plutôt que

magistrat professionnel, il a généralement une bonne connaissance du monde des affaires. Mais il est privé du principal moyen d'action efficace à savoir intervenir tant qu'il est encore temps ! Et il en est ainsi parce que nos concitoyens ne considèrent pas le tribunal, en quelque matière que ce soit, comme un lieu où se règlent les problèmes, mais comme un lieu où on tranche entre des positions antagonistes.

Ces constats, maintes fois effectués, auraient dû conduire le législateur à orienter son esprit réformateur vers d'autres horizons que le droit des procédures collectives. C'est en amont que son intervention serait la plus utile : formation permanente obligatoire des entrepreneurs, conseil et contrôle obligatoire dans toutes les entreprises par des réseaux adaptés de commissaires aux comptes ou d'experts comptables à des coûts supportables par les PME, généralisation des instruments indispensables de gestion prévisionnelle...

Aucun des remèdes cependant ne saura aboutir à une protection totale contre les difficultés des entreprises. Il y a et il y aura des entreprises dirigées par des responsables compétents, ayant un vrai projet d'entreprise, bénéficiant des conseils et des instruments de pilotage

<sup>1</sup> D'ailleurs de plus en plus symbolique avec la réforme du 1<sup>er</sup> août 2003 qui a supprimé tout minimum légal du capital des SARL en renvoyant sa fixation à la liberté statutaire.

et de contrôle adaptés, qui déposeront leur bilan ; néanmoins celles qui disposent de tout cela sont et seront toujours moins nombreuses à le faire que les autres !

#### **LIMITER AU MAXIMUM LE RÔLE DU TRIBUNAL DANS LA PHASE AMIABLE**

Ces remarques liminaires ne signifient pas que le contenu d'une loi sur les procédures collectives soit indifférent au regard de l'objectif de sauvetage des entreprises viables. Ici aussi, la loi peut aider ou au contraire gêner la réalisation d'un objectif. Sur la question de savoir comment favoriser le redressement des entreprises encore viables, les principaux objectifs d'une loi devraient être d'abord de limiter au maximum le rôle du tribunal pendant la phase de recherche de solution, et ensuite de favoriser les acteurs et partenaires de l'entreprise qui peuvent réellement contribuer à trouver des solutions en amont. À cet égard, quelques-unes des réformes proposées vont dans le bon sens. D'autres

“C'est une période allant du début de la détection de difficultés prévisibles jusqu'à un mois après la cessation effective des paiements qui sera à la disposition de l'entreprise pour rechercher une solution négociée.”

mesures pourraient encore y être ajoutées. Nous avons choisi de les examiner sous l'angle du rôle joué par l'une des notions clés de toute procédure collective : la cessation des paiements.

#### **LA CESSATION DES PAIEMENTS N'EST PLUS LA LIGNE DE FRONTIÈRE**

La notion de cessation des paiements a fait l'objet de nombreuses attentions et c'est bien naturel puisque, dans notre logique juridique, lorsqu'elle survient,

“Laisser une période suspecte pouvoir remonter de dix-huit mois est beaucoup trop long.”

le temps presse de saisir le tribunal afin d'ouvrir une procédure sous peine, pour les dirigeants, d'engager leur responsabilité. Elle est jusqu'à présent une ligne de frontière avec le nécessairement judiciaire. En est résultée progressivement une lecture quelque peu simplificatrice de cette notion : avant la date de cessation des paiements, les moyens coercitifs de protection (comme l'arrêt des poursuites individuelles)

ne pouvaient être mis en œuvre aisément. Inversement, après cette date fatidique <sup>2</sup>, plus question de trouver, en toute sécurité, une solution en dehors du tribunal.

L'avant-projet change profondément cette lecture. D'abord, il ne modifie pas la définition légale de la notion et c'est bien ainsi ; il maintient la définition classique de l'insuffisance d'actifs disponibles pour faire face au passif exigible, sans remplacer la notion de passif exigible par celle de passif exigé. À notre sens, il s'agit d'un truisme que la loi n'a pas besoin de reprendre à son compte ; en effet, compte tenu de l'importance du passif bancaire sous forme de facilité de caisse ou de découvert consenti à durée indéterminée et ainsi exigible à court délai de préavis, il est évident que tous les acteurs considèrent que le passif n'est exigible que s'il est exigé ; à défaut, le débiteur constate qu'il dispose d'un délai de paiement et qu'il n'est donc pas en cessation des paiements.

#### PRENDRE EN COMPTE LES DIFFICULTÉS PRÉVISIBLES

Beaucoup plus importants sont l'atténuation de ses effets et l'élargissement à un autre critère que la cessation des paiements de la possibilité de saisir le juge pour obtenir la nomination d'un

conciliateur. L'entreprise pourra désormais se placer sous règlement amiable, si ses difficultés sont simplement prévisibles et de nature à compromettre la continuité d'exploitation, mais aussi si sa cessation des paiements date de moins d'un mois (art. 13 de l'avant-projet). L'imminence de difficultés de nature à conduire à l'état de cessation des paiements est aussi désormais un cas d'ouverture de la procédure de règlement judiciaire (art. 15 et s. de l'avant-projet). Il appartiendra au juge de vérifier que ces difficultés sont bien réelles et que le débiteur n'utilise pas la procédure pour simplement se mettre à l'abri de ses créanciers et de ses concurrents <sup>3</sup>.

Ensuite, l'avant-projet remplace le délai maximum de quinze jours pour déposer le bilan par un délai d'un mois, plus adapté à la recherche d'une solution nécessairement complexe.

Enfin, il limite la possibilité de faire remonter la date de cessation des paiements. L'article 22 II de l'avant-projet en prévoyant que la date de cessation des paiements ne pourra, sauf cas de fraude, remonter à une date antérieure à la date de la décision définitive ayant homologué l'accord de règlement amiable, œuvre dans le bon sens.

Ainsi c'est une période allant du début de la détection de difficultés prévisibles jusqu'à un mois après la cessation effective des paiements qui sera à la disposition de l'entreprise pour rechercher une solution principalement négociée où le rôle du tribunal sera réduit.

#### UNE PÉRIODE SUSPECTE ENCORE TROP LONGUE

La période suspecte est un concept indispensable. Parce que le tribunal est souvent saisi trop tard, il doit pouvoir remonter dans le temps et sanctionner les comportements fautifs ou frauduleux du débiteur ou de certains créanciers. Mais il est contre-productif de nuire aux efforts loyaux de restructuration amiable qui ont eu lieu en amont lorsque des concessions réciproques ont été consenties par les parties.

2 Ou plus exactement dans les quinze jours prévus par la loi pour concrétiser le dépôt de bilan.

3 On a pu observer aux États-Unis quelques grosses procédures de Chapter 11 dont le résultat a été pour ces entreprises de se délester d'une partie substantielle de leur endettement pendant que leurs concurrents in bonis restaient surendettés et désavantagés en termes de compétitivité.

Laisser une période suspecte pouvoir remonter de dix-huit mois est beaucoup trop long. À titre de comparaison, on se souviendra que le droit américain fixe cette période à quatre-vingt-dix jours. Lorsqu'une restructuration amiable intervient, c'est souvent avec le premier objectif de faire face à une crise de liquidité qui menace. Elle suppose que de l'argent frais soit mis à disposition, ou que des délais ou remises soient consentis, *hic et nunc*, dans l'attente de mesures plus profondes de restructuration touchant, par exemple, des cessions d'actifs, des réorganisations génératrices d'économies, desancements de produits nouveaux...

Il n'est, dès lors, pas rassurant pour les créanciers acceptant des efforts de maintenir la menace générale de pouvoir revenir sur le passé trop lointain si l'entreprise défaille longtemps après.

#### **INCITER LA PARTICIPATION DES CRÉANCIERS**

Lorsqu'une entreprise peut être sauvée malgré ses difficultés, elle ne peut l'être sans un effort de ses créanciers. C'est eux qu'il convient d'inciter à participer avant tout au sauvetage. L'article 7 IV de l'avant-projet apporte une réponse favorable à cette préoccupation en donnant aux créanciers « *qui consentent, dans le cadre de cet accord, un crédit au débiteur en vue d'assurer le financement de l'entreprise et sa pérennité* » un droit de priorité sur les autres créances antérieures à ce crédit et même des créanciers dits de l'ancien article 40 de la loi de 1985. Il conviendrait de préciser la notion de « *crédit au débiteur en vue d'assurer le financement de l'entreprise et sa pérennité* » et notamment de savoir si cela ne recouvre que les crédits sous forme d'argent frais ou si sont incluses les restructurations de crédit déjà en place par l'octroi de délais supplémentaires, par exemple, ce qui serait souhaitable et pourrait favoriser tant le crédit bancaire que le crédit fournisseur.

Le tribunal ne pourra plus se saisir d'office d'un report de la date de cessation des paiements. Désormais la demande de report devra intervenir au plus tard dans l'année du jugement d'ouverture.

#### **UN AMALGAME MAINTENU SUR LES CAS DE NULLITÉ**

Il conviendrait cependant de revoir les cas de nullité de la période suspecte, dont il faut signaler également que le Ministère public, qui ne l'était pas auparavant, vient augmenter la liste limitative des titulaires de l'action. En effet, actuellement le texte de l'article L 621-107 du Code de commerce ne fait guère de différence entre des cas pourtant très différents, notamment entre la constitution de sûreté postérieure à la dette et les autres cas. Or ce cas de figure mérite un traitement à part, car il est un moyen indispensable à la mise en œuvre de restructurations. Le contrôle par l'exception de fraude ou par celui concernant la nullité des contrats commutatifs gravement déséquilibrés, devrait suffire pour s'assurer que la constitution de sûreté sur des crédits antérieurs a fait l'objet de contrepartie dans le cadre de la négociation du plan de sauvetage avec le débiteur.

**“Lorsqu'une entreprise peut être sauvée malgré ses difficultés, elle ne peut l'être sans un effort de ses créanciers. C'est eux qu'il convient d'inciter à participer avant tout au sauvetage.”**

De même, faudrait-il aussi revoir les dispositions de l'article L 621-108 sur les nullités facultatives pour tenir compte du fait que nombreux vont être ceux qui vont traiter avec le débiteur en connaissance de sa cessation des paiements, maintenant que cette situation pourra durer plus longtemps sans déclencher nécessairement l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

Compléter ainsi la réforme en cours serait sans doute un pas de plus pour favoriser le comportement le plus coopératif possible des créanciers et ainsi favoriser la sauvegarde des entreprises viables. ■