



## LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ PENDANT LA PÉRIODE DE PRÉVENTION : CONSTAT ET PERSPECTIVES

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE  
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 29 NOVEMBRE 2004

PAR GEORGES TEBOUL\*

Dans notre droit positif, la prévention – traitement ne peut être déclenchée qu'à l'initiative du dirigeant de l'entreprise.

Qu'il s'agisse de la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur, dans le cadre d'un règlement amiable, le dirigeant, qui craint pour sa responsabilité personnelle et pour la pérennité de son entreprise, a échoué dans les négociations qu'il a tenté de nouer directement avec ses partenaires.

Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées :

– L'entreprise dispose encore de réserves de trésorerie, qui lui permettent de faire face à ses charges courantes pendant la période de prévention, mais non au paiement de certaines créances importantes, dont le paiement n'est cependant pas exigé par les créanciers.

– Il peut exister un conflit entre actionnaires, sur les mesures à prendre pour retrouver une exploitation pérenne, constituant ainsi une situation de blocage, qui provoque la défiance des créanciers, notamment bancaires. Il devient dès lors indispensable de valider un plan de redressement de l'entreprise, en élaborant des éléments prévisionnels considérés comme crédibles.

– L'entreprise poursuit une activité déficitaire, et elle est dès lors incapable de faire face au coût de sa restructuration.

– L'entreprise traverse une crise de trésorerie passagère, par exemple à la suite d'un important impayé de l'un de ses clients, mais elle est susceptible de reprendre à court terme une activité bénéficiaire, en demandant l'aide de ses partenaires pour traverser sa situation difficile.

Cette liste n'est pas limitative, et montre la diversité des situations, qui conduisent à élaborer d'urgence un diagnostic, de la manière la plus objective et prudente possible, afin de déterminer des besoins de trésorerie prévisionnelle.

---

\* Georges Teboul est avocat à la cour d'appel de Paris. Ce texte est celui de la conférence prononcée le 29 novembre 2004 devant l'Association Droit et Commerce, au tribunal de commerce de Paris.

Le succès de la prévention est soumis à une double condition :

- le tri des entreprises qui peuvent légitimement en bénéficier, ce qui permet de conférer une sécurité juridique aux partenaires qui participent ; cela implique un diagnostic validé ;
- la présence d'outils de financement adaptés : des progrès restent à faire.

Globalement, le projet de loi de réforme présenté par le Garde des Sceaux le 12 mai 2004 propose une évolution positive.

## 1 - Le diagnostic

### *A - Le rôle de l'avocat, en relation avec l'expert-comptable*

L'avocat n'a ni la capacité ni l'opportunité de réaliser seul ce diagnostic.

Son rôle consiste à informer son client des différentes possibilités offertes par la pratique ou la législation sur la possibilité de recourir aux mesures de prévention.

Il devra créer un rapport de confiance avec son client, en l'incitant à lui communiquer des éléments réalistes sur sa situation comptable et financière actuelle, qui sert de point de départ à l'élaboration des éléments prévisionnels, en exploitation et en trésorerie.

Cette démarche n'est pas aisée : le dirigeant aura souvent tendance à embellir la situation réelle de son entreprise, en croyant que cet optimisme lui permettra d'obtenir une appréciation bienveillante de la part de ses conseils et de ses partenaires.

Il convient avant tout de le dissuader d'adopter une attitude dissimulatrice, ce qui n'est pas chose aisée : cela peut nécessiter une modification des règles comptables par une appréciation critique des différents postes du bilan.

Ce climat de confiance est en effet indispensable, pour permettre de parvenir à des accords. Pour cela, l'avocat dispose, avec l'expert comptable, de plusieurs arguments :

- il serait illusoire de mentir ou d'embellir la réalité, dès lors que les accords proposés doivent tenir compte d'une capacité réelle de remboursement, à défaut de quoi ils seront immédiatement dénoncés, et l'entreprise n'aura fait que perdre un temps précieux ;

- le dirigeant doit faire une autocritique, en examinant sa situation et celle de l'entreprise, et être amené à consentir les sacrifices nécessaires, qu'il s'agisse de sa rémunération, des apports financiers ou des garanties qui lui seront demandés. A cet égard, la loi du 13 août 2003 n'a pas sensiblement modifié le paysage, même si elle permet désormais de mettre à l'abri le domicile du dirigeant de l'entreprise par une déclaration notariée. Paradoxalement, cette disposition protectrice peut être utilisée par certains créanciers au détriment d'autres...

Le financement de l'entreprise en difficulté apparaît donc comme un subtil équilibre qu'il convient de ménager en prenant en compte la principale donnée de la prévention, qui est le temps : en effet, le temps de la restructuration n'est pas le même que celui du remboursement, et les moyens financiers accordés par

les actionnaires ou par le dirigeant se mesurent à l'aune du temps nécessaire pour la négociation et le retour à une capacité bénéficiaire.

La période de crise doit en effet être accompagnée d'une remise en question des postes du bilan et d'une estimation plus prudente, qu'il s'agisse de la valorisation des stocks, de l'appréciation des provisions sur les dépréciations des actifs et notamment des participations, des estimations des provisions sur les litiges en cours, et d'un examen critique sur les éléments prévisionnels usuels, en tenant compte, le plus possible, des ressources récurrentes et stables, en considérant que les ressources ponctuelles doivent être traitées avec la plus grande prudence possible.

Ce travail n'est pas directement effectué par l'avocat mais par l'expert comptable, soit celui de l'entreprise, seul, soit par un expert comptable habitué aux entreprises en difficulté, qui aura vocation à dialoguer avec l'expert comptable habituel de l'entreprise.

Ce travail en équipe permettra l'élaboration d'un diagnostic et d'éléments prévisionnels qui seront présentés au président du tribunal de commerce, au soutien d'une demande de désignation d'un mandataire *ad hoc*, ou d'un conciliateur.

En pratique, compte tenu de sa souplesse et de sa confidentialité, c'est la désignation d'un mandataire *ad hoc* qui sera demandée en premier lieu.

## B - L'entreprise

Il est souvent répété que les entreprises françaises ont un ratio "*fonds propres / ressources financières*" insuffisant. En réalité, la hausse a été forte en France, car ce ratio a gagné 30 points de 42 % à 72 % entre 1986 et 1996 (source : *le financement des entreprises en Europe de 1986 à 1996*, étude réalisée dans le cadre du Comité Européen des Centrales de Bilans, bulletin de la Banque de France n° 85, janvier 2001). En France, les PME apparaissent assez largement dotées en fonds propres (en ratio moyen, le rapport "*fonds propres / ressources financières*" pour les firmes réalisant un chiffre d'affaires compris entre 5 et 10 millions d'euros, s'élève à 64 % en France).

Cependant, il convient d'admettre qu'un nombre relativement restreint d'entreprises (de l'ordre de 5 à 10 % des défaillances, soit environ 46 000 entreprises au total en 2003) peuvent utilement relever de la prévention. La détermination préalable d'un échantillon significatif permet de mieux mesurer l'impact réel de la prévention, en présence du plus grand nombre d'entreprises malade, dont la situation est le plus souvent irrémédiablement compromise.

## C - Les banques

Le 20<sup>ème</sup> anniversaire de la loi du 24 janvier 1984 a marqué un profond mouvement de restructuration et de concentration du système bancaire : le nombre des établissements de crédit a diminué de plus de moitié : il était de 1935 lors de

la création du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, réduit à 925 au 31 décembre 2003. Six principaux groupes bancaires représentent désormais plus de 80 % des crédits, et près de 90 % des dépôts de l'ensemble des établissements assujettis au Code monétaire et financier (source : *rapport du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement sur l'exercice 2003* publié le 22 juillet 2004).

Le rôle des banques évolue : les services spécialisés créés par les principales banques connaissent bien la prévention et ses règles.

Quatre éléments doivent être signalés :

- à la suite de la disparition des pools bancaires, difficiles à gérer et créateurs de responsabilités, certaines banques acceptent de jouer un rôle d'“*arrangeur*”, qui consiste à préparer un dossier de demande de financement pour le compte d'un client, et de rechercher ensuite l'accord du comité de crédit de la banque, et éventuellement, d'autres organismes financiers (Banque et droit, mars, avril 2004, sur ce rôle d'arrangeur, voir p.18). Ce rôle de conseil a cependant des limites, car il n'exonère évidemment pas la responsabilité de la banque, en cas de difficulté ;

- les notations jouent un rôle important ; les entreprises sont classées par catégories : un effort important a été entrepris, notamment à la suite des initiatives de l'association Recréer et il a permis d'infléchir la position de la banque de France, en réduisant la durée des sanctions négatives, et en développant une possibilité de dialogue, ce qui doit être approuvé ; la notation devient en effet un élément essentiel de l'attribution du crédit (sur la notation, concernant l'évaluation des risques industriel, de management, financier, voir Banque Magazine, mai 2004, J-F de Polignac, p.22). De leur côté, les banques sont de plus en plus encadrées et l'application progressive de Bâle II ne fera que rendre plus difficile l'acceptation de concours en situation de risque avéré ;

- l'attribution d'argent frais, dit “*new money*”, devient un exercice très rare : hormis la pression des pouvoirs publics, génératrice de responsabilité, l'hypothèse devenue très rare d'une banque actionnaire, il devient quasiment impossible d'obtenir de nouveaux concours, lorsque l'entreprise est en difficulté, et doit financer sa restructuration (pas seulement sociale, mais aussi commerciale, financière...) ; pour cela, les CIP se mobilisent, en recherchant une alternative : certaines banques devraient se spécialiser pour l'aide aux entreprises en prévention : elles ne seront attirées que si les entreprises sont sélectionnées, dans un contexte juridiquement sécurisé, et si leur risque, plus élevé que la moyenne, est rémunéré plus cher. D'autre part, de nouveaux outils juridiques sont proposés, notamment en permettant d'attribuer des actions dites de préférence, sans droit de vote, donnant vocation à percevoir des dividendes, ce qui pourrait faciliter le dialogue, dans certains cas (ordonnance n° 2004-604 du 23 juin 2004, article 31, voir le commentaire du Professeur A.Viandier, JCP E, 30 sept 2004, p. 1528) ; l'évolution du droit des financements structurés peut aussi présenter un intérêt, dans un contexte plus général de désintermédiation bancaire (voir, sur l'émission de titres de créances négociables, M. Sekfali, Banque Magazine, mai 2004, p.26). De plus en plus, les banques exigent que les plans de financement soient modélisés, en

fonction de leurs règles, ce qui complique et allonge la phase de validation et de sélection des entreprises susceptibles d'être "accompagnées" (sur la gestion du risque de crédit, Banque Magazine *ibid*, p.60). L'apparition de nouvelles techniques de financement, comme la titrisation, crée de nouvelles difficultés (rappelons que la création de fonds communs de créances nécessite la création d'un véhicule juridique, pour l'acquisition de créances, et l'intervention d'un émetteur de titres de créances, avec un mode de cession spécifique : voir Cass. com. 21 janvier 2004, Juris-Data n° 2004-022015, sur le recouvrement qui peut être confié à un tiers en cas de difficultés financières sérieuses du cédant : RD Bancaire et fin. 2004, n° 2 p. 91, obs de MM. Crédot et Gérard) ;

– les nouvelles lignes directrices en matière d'aide communautaire ont tracé, à partir d'octobre 2004, les contours des aides acceptables, en créant des conditions qui méritent débat : comment une entreprise peut-elle s'endetter aux conditions du marché, lorsqu'elle est en risque ? Doit-on écarter une entreprise lorsque ses actionnaires ne peuvent investir en fonds propres moins de 25 % ou 40 % (selon la dimension de l'entreprise) des financements nécessaires.

#### *D - Le rôle du juge*

Le président du tribunal de commerce est le juge naturel de la prévention. Sur requête du dirigeant, il va désigner, par ordonnance, le mandataire *ad hoc*, ou le conciliateur. Il va vérifier que les éléments communiqués par le dirigeant crédibilisent la demande de mesure de prévention. La composante financière est indispensable.

D'une manière crédible, le dirigeant doit démontrer que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements : il doit disposer, d'une part, d'une réserve de crédit constituée par ses créanciers, qui n'exigent pas le règlement immédiat de leur créance ; il doit disposer en outre des moyens financiers suffisants, lui permettant de faire face (notamment sur les salaires) aux charges courantes, pendant la période de prévention envisagée.

Il est essentiel que ce tri soit fait par le juge : la prévention ne peut et ne doit pas bénéficier à toutes les entreprises. La sécurisation qu'elle apporte à ses acteurs vient d'abord de ce tri préalable, qui écarte les entreprises en cessation des paiements manifeste. Elle éloigne le risque de sanction d'un soutien abusif, ou de remise en cause des actes conclus pendant la période suspecte. Ce tri doit être maintenu, en permettant au juge de refuser la prévention.

L'ouverture de la prévention suppose que l'entreprise dispose donc d'un financement suffisant. Cette démarche serait remise en cause si l'on accepte l'idée d'ouvrir la conciliation aux entreprises en état avéré de cessation des paiements. Le juge doit conserver son pouvoir d'appréciation, afin de ne pas galvauder l'image de la prévention.

## E - L'appréciation du mandataire

Le mandataire *ad hoc* a construit sa crédibilité auprès des acteurs habituels de la prévention (créanciers étatiques, banquiers) en se comportant d'une manière indépendante et lucide à l'égard des entreprises dont il doit renégocier le passif.

C'est parce qu'il est indépendant, et en principe impartial, que le mandataire *ad hoc* doit imposer au dirigeant un diagnostic validé.

Si le dirigeant a déjà effectué auparavant ce travail d'une manière réaliste, le diagnostic validé sera plus rapide. Parfois, ce diagnostic établi par des auditeurs qui ont la confiance du mandataire *ad hoc* aboutira à une remise en cause des données comptables et financières de l'entreprise.

Cette approche réaliste est cependant nécessaire, car les partenaires habituels de l'entreprise préfèrent un langage direct et franc, et la qualité de l'audit effectué sera de nature à les convaincre d'adopter une position conciliante.

Cet audit permettra en effet de valider la situation réelle de l'entreprise :

- quelle est l'ampleur réelle de sa perte et son passif exact, retraités et vérifiés ?
- quelle est la crédibilité des éléments prévisionnels présentés, et quel est le coût réel et validé des mesures de restructuration nécessaires ?
- l'entreprise dispose-t-elle de la possibilité de faire face à la restructuration nécessaire, et quels efforts doit-elle demander à ses créanciers pour parvenir au retour à une capacité bénéficiaire ?
- la capacité bénéficiaire prévisible est-elle raisonnablement compatible avec les efforts demandés aux créanciers, dans le cadre de la prévention ?

## F - Le gel des créances

Lorsque le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur est désigné, il n'a manifestement pas la possibilité de se faire immédiatement une opinion approfondie sur la situation réelle de l'entreprise et sur la fiabilité des documents comptables qu'elle communique.

Il est donc usuel que, pendant qu'il fait établir un audit, le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur convoque les principaux créanciers (le plus souvent les banquiers, et moins souvent les principaux fournisseurs), les informe de sa désignation, et leur demande de patienter, en confirmant qu'ils n'exigent pas le remboursement de leur créance, dans l'attente de l'audit qui doit être réalisé.

Cette demande et une réponse positive des créanciers ont pour conséquence que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, dès lors que la définition couramment pratiquée impose la vérification que le paiement du passif exigible n'est pas exigé par les créanciers.

D'une manière générale, l'audit doit être établi rapidement, entre 15 jours et 2 mois en pratique, selon la dimension de l'entreprise.

Pendant cette période, les pratiques diffèrent selon les tribunaux : il peut être toléré qu'à l'égard des créanciers qui ont déjà été approchés, et qui ont fait savoir qu'ils n'exigeraient pas le recouvrement de leur créance, les créances

postérieurement échues à la désignation du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur ne soient pas payées.

Certains présidents de tribunaux de commerce exigent en revanche, d'une manière systématique, que le passif courant soit payé après la désignation du mandataire *ad hoc*, afin que le passif ne soit pas aggravé. Cela implique bien entendu que l'entreprise concernée dispose pour cela d'une trésorerie suffisante.

En pratique, pendant la période de l'audit, les actionnaires ont souvent une attitude attentiste : dès lors que l'avenir de l'entreprise n'est pas clarifié, les principaux actionnaires n'envisageront le plus souvent aucun apport de fonds avant que la pérennité de l'entreprise ne soit validée. Pendant cette période, et d'une manière usuelle, l'entreprise doit donc faire face à ses charges courantes avec ses propres ressources.

Le diagnostic permet de répondre à plusieurs questions :

– en premier lieu, les principaux postes du bilan doivent être examinés, corrigés, puis validés, avec des commentaires. C'est cette analyse réaliste qui permettra de crédibiliser l'audit et de définir le besoin en financement. La réforme résultant du passage aux normes IAS-IFRS pour les comptes consolidés des sociétés cotées de l'Union Européenne, applicable en 2005, aura nécessairement une importance, à terme, sur l'ensemble des sociétés. A titre d'exemple, le traitement comptable du goodwill inscrit à l'actif des bilans des groupes français a posé problème : ce poste est en forte augmentation dans les comptes des grands groupes, plus particulièrement ceux du CAC 40, du fait des opérations de croissance externe menées au cours des dernières années. Dans des secteurs tels que les télécommunications et les médias, cet alourdissement du goodwill s'est accompagné d'une nette dégradation des structures financières, certaines entreprises ayant financé par l'emprunt leur croissance externe, pour subir ensuite une contraction de leurs capitaux propres en raison des pertes dues aux dépréciations massives opérées sur ce poste (voir Banque de France, revue de la stabilité financière n° 4, juin 2004) :

- le plan de redressement préparé par le dirigeant sera revu et corrigé, notamment sur le coût et l'efficacité de la restructuration envisagée ;
- l'analyse et la correction des éléments prévisionnels, en leur appliquant des règles de prudence (notamment sur la hausse prévue du chiffre d'affaires), doit également être pratiquée ;
- lorsqu'il apparaît, pendant l'audit, que les mesures de restructuration envisagées sont insuffisantes pour parvenir à un retour rapide à une capacité bénéficiaire compatible avec des propositions acceptables par les créanciers, le dirigeant est invité à poursuivre et à approfondir sa réflexion sur les mesures envisagées. Il a souvent en effet une approche timide des mesures de restructuration à entreprendre, dès lors qu'il considère que cette restructuration peut porter atteinte à son fonds de commerce, en l'amenant à se séparer de salariés qui suivent sa clientèle ou de locaux dont il pense avoir besoin ;

– le travail des conseils, et éventuellement de l'auditeur, consistera à attirer l'attention du dirigeant sur les moyens de parvenir plus rapidement à une activité bénéficiaire, ce qui aura une nécessaire incidence sur les besoins en financement :

- l’abandon d’une activité déficitaire, ou l’arrêt de la fabrication de certains produits dont le coût est devenu trop élevé ou qui ne sont plus adaptés à l’évolution du marché ;
- un retraitement des mesures de licenciement envisagées, en examinant l’incidence des reclassements qui seront nécessaires et en vérifiant leur impact positif et négatif ;
- la cession des éléments d’actif qui ne sont pas indispensables à l’entreprise (cession d’activités dont le coût du fonctionnement apparaît trop élevé, ou qui ne sont plus rentables, mais qui peuvent intéresser un concurrent ; mise en commun d’activités avec des partenaires, ... ) ;
- il convient en outre d’examiner, notamment à la suite des licenciements envisagés, la réduction des frais généraux qui en sont la conséquence (réduction des locaux et des moyens en matériel utilisés, et résiliation partielle ou totale de certains baux, leasings, approvisionnements, ...).

Ce diagnostic ainsi validé et réexaminé permettra de mettre en évidence des coûts, le calendrier des paiements qui en résulte, ainsi que la détermination du budget prévisionnel de trésorerie, en les plaçant en perspective avec les efforts demandés aux créanciers.

L’examen de ce diagnostic sera un élément essentiel de la crédibilisation du plan de redressement proposé aux créanciers.

Le rôle de l’avocat consistera à faciliter le dialogue, et à montrer à son client les termes de l’alternative, en évoquant notamment les risques de sanction dans l’hypothèse d’un comportement irréaliste.

## 2. Les sources de financements

D’une manière générale, pendant la période de prévention, l’entreprise ne dispose que de peu de financements.

En effet, elle a souvent perdu la confiance d’un nombre important de créanciers, qui ne lui font plus de crédit ; les fournisseurs souhaitent en général être payés au comptant ; le recours à l’affacturage ou au “*Dailly*” a le plus souvent asséché la trésorerie de l’entreprise par la mobilisation de son compte clients. Ainsi, et cela d’une manière assez fréquente, non seulement l’entreprise ne dispose pas de la capacité immédiate de faire face à ses dettes à l’égard de ses créanciers, mais elle a souvent du mal à faire face à ses charges courantes, tant que la restructuration n’est pas réalisée.

L’équation peut donc présenter plusieurs termes :

- en premier lieu, il convient de convaincre les créanciers de la pertinence du diagnostic, afin que le montant du besoin en financement soit validé, et cela pour une période à déterminer, cohérente avec les délais de remboursement proposés. D’une manière générale, les éléments prévisionnels devront être établis sur une période de 2 à 5 ans, en relation avec les délais de remboursement envisagés ;



– pendant le temps de la restructuration, il peut être nécessaire de demander aux créanciers de prolonger le gel des créances pendant une période à déterminer, afin de permettre à l'entreprise de retrouver une capacité bénéficiaire. Ce gel de l'exigibilité des créances permettra en effet à l'entreprise de faire face au coût de sa restructuration.

C'est à ce niveau qu'il peut être proposé aux créanciers différentes solutions :

- le maintien des concours à court terme (découvert, Dailly, escompte, crédit de campagne,...) ; cependant, cette exigence se heurte souvent au fait que les banquiers ont dénoncé les concours avec le délai de préavis usuel de 60 jours, en application de l'article L.313-12 du Code monétaire et financier (ancien article 60 de la loi 1984-46 du 24 janvier 1984). La reprise des concours n'est en général acceptée par les banquiers que lorsqu'une solution validée est admise, et que des accords peuvent être conclus, prévoyant des remboursements dans des délais précis ;
- le soutien par d'autres sociétés du groupe, dans le cadre d'un plan validé : selon l'article L.511-7.3 du Code monétaire et financier, toute entreprise, quelle que soit sa nature, peut procéder "*à des opérations de trésorerie avec des sociétés liées avec elles directement ou indirectement par des liens de capital, conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir effectif de contrôle*". Ce terme doit être apprécié d'une manière large, car il recouvre aussi bien la réception des fonds que les opérations de crédit (lettre adressée par le directeur du Trésor au président du Conseil national du patronat français le 6 décembre 1985). L'article L.511-7 du Code monétaire et financier autorise en effet sans aucune limite les opérations financières à l'intérieur d'un groupe de sociétés placées sous le contrôle effectif de la même entreprise. Ces dispositions sont interprétées sans restriction : elles permettent tous les types d'opérations, quelle que soit leur durée à court, moyen ou long terme, et quelle que soit leur forme, les opérations pouvant être aussi bien des prêts directs que des engagements par signature. Elles autorisent des opérations entre toutes les sociétés appartenant à un groupe, même entre sociétés qui n'ont pas de lien direct au capital entre elles ;

En ce qui concerne la notion de contrôle effectif, elle est appréciée selon les dispositions du droit des sociétés (à défaut d'une participation supérieure à 50 % de la société mère, aucun autre actionnaire ou groupe d'actionnaires ne doit détenir une participation susceptible d'altérer l'exercice de ce contrôle).

Ces opérations de crédit interne à un groupe peuvent être réalisées par une société pivot, qui n'a pas besoin d'un agrément d'établissement de crédit, même si elle emprunte une partie de ses ressources auprès d'établissements de crédit ou sur le marché financier.

Par un arrêt en date du 19 décembre 2003, la Cour de cassation a jugé pour la première fois que les groupes, dont les participations sont détenues

par des personnes physiques, peuvent également bénéficier de la dérogation fixée par l'article L.511-7-3 du Code monétaire et financier : une convention de gestion de trésorerie entre filiales au sein d'un groupe peut désormais être conclue quand ce groupe est contrôlé par une personne physique. En présence d'une difficulté, les créanciers qui participent au retraitement du passif, auront intérêt à faire valider leur soutien, dans un tel contexte, par un audit prenant en compte ce mode de fonctionnement.

*L'actionnaire* : s'il constate un état de cessation des paiements, n'engage-t-il pas sa responsabilité en procédant à des apports de fonds ? Cette question a été jugée récemment : les avances de l'actionnaire constituent un actif disponible qu'il convient d'intégrer à l'appréciation de l'état de cessation des paiements. Cette solution doit être approuvée (Cass. com 24 mars 2004, arrêt n° 579 FS-P+B, Juris Data n°2004-022980 ; avec un avis favorable, voir la chronique de MM. Cabrillac et Pétel, JCP éd E, 9 sept. 2004, p. 1383). Mais les commentateurs ont justement précisé que les sommes avancées à la société ne doivent pas être prises en considération si elles constituent un soutien artificiel de nature à retarder la procédure collective "*sans espoir de retour à meilleure fortune*" (Cass. com. 11 juil 1998, Rev. Proc. Coll. 1990, p. 138, obs. Calendini) : il convient donc qu'un plan de financement soit validé dans le cadre de la prévention, pour pouvoir purger ce grief.

*La caution* : il est normal qu'elle puisse se prévaloir des délais accordés à l'entreprise. Dans le cadre de la prévention, le dirigeant, s'il est incité à des efforts, ne doit pas être mis dans une situation de péril, dès lors que le débiteur principal n'est pas en cessation des paiements. Cette solution est prévue par le projet de loi de réforme dans le cadre de la procédure de sauvegarde, ce qui doit être approuvé. La jurisprudence récente consacre cette solution (Cass. com. 5 mai 2004, pour les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable ; Bull. IV, p.87 : la cour d'appel a été approuvée pour avoir refusé de communiquer l'accord intervenu au garant du créancier signataire de l'accord, en retenant le secret professionnel, au nom du principe de loyauté).

- Il est donc souhaitable que le gel des remboursements soit admis pendant la période de restructuration, ce qui permet aux banquiers de vérifier que l'entreprise reprend une capacité bénéficiaire, dans des conditions validées par la pratique. Il convient cependant que cette période soit relativement brève.
- Le plus souvent, les accords avec les banquiers, ou avec certains fournisseurs importants, ainsi qu'avec les administrations sociales et fiscales, consistent à accorder des moratoires, c'est-à-dire des rééchelonnements des dettes, dans des conditions compatibles avec la capacité bénéficiaire retrouvée de l'entreprise.
- L'octroi de nouveaux financements pose la question des garanties qui peuvent être accordées, alors qu'en principe aucune garantie nouvelle ne peut être consentie pour les anciens concours prorogés ou moratoriés.

- Couramment les créanciers, surtout les banquiers, exigeront, pour accorder un moratoire ou un abandon partiel de créance, un apport des actionnaires destiné à concrétiser leur confiance dans le redressement de l'entreprise, et à participer à l'effort demandé, en améliorant le ratio d'endettement et les capitaux propres.
- Les abandons de créance ne seront consentis que d'une manière assez rare, les banques redoutant en principe le grief d'un soutien abusif. Dans cette hypothèse, destinée notamment à permettre de financer les mesures de restructuration de l'entreprise, les banquiers demanderont à bénéficier d'une clause de retour à meilleure fortune, en déterminant soigneusement les paramètres, calculés sur la capacité bénéficiaire de l'entreprise validée.
- Il devient plus fréquent que des accords provisoires soient conclus, notamment avec la Codechef (la Commission des chefs de services financiers, dite CCSF, instituée par le décret du 2 décembre 1963 modifié par le décret n° 97-656 du 30 mai 1997, instituant cette Commission dans chaque département). Il convient de noter que cette Codechef permet l'examen de la situation des commerçants et de toute personne morale en retard pour le paiement de toute somme due au titre d'impôts, de taxes, de produits divers du budget de l'Etat ou de cotisations de Sécurité Sociale, des différents régimes obligatoires de base, à l'exclusion des Assedic et des caisse de retraite des salariés.
- Ces accords provisoires permettent d'accorder une période probatoire à l'entreprise, en général de 6 mois, à l'issue de laquelle des accords définitifs pourront être envisagés. Il convient en effet de valider la capacité de l'entreprise à revenir à une exploitation bénéficiaire, en respectant ses prévisions à très court terme.

En ce qui concerne les banques, qui sont les interlocuteurs naturels, et souvent par l'intermédiaire de services spécialisés du mandataire ad hoc ou du conciliateur, la difficulté est essentiellement provoquée par :

- une défiance à l'égard du chef d'entreprise, qui se sera comporté par le passé d'une manière ayant obéré ou tué la confiance. Il appartient au mandataire *ad hoc* ou au conciliateur d'inverser cette tendance, lorsque cela est possible, en développant le dialogue sur un diagnostic réaliste et crédible ; de plus en plus souvent, les banques retraitent en effet, avec leurs procédures internes, les éléments comptables qui leur sont présentés (en y intégrant les coefficients de risques qu'elles peuvent admettre, et l'incidence sur les réserves qui leur sont demandées) ;
- le principal écueil est le plus souvent le grief de soutien abusif, que les banquiers redoutent. C'est la raison pour laquelle ils ont soin de se ménager des documents justifiant que l'octroi de nouveaux concours, ou à tout le moins le rééchelonnement des concours, ou les abandons partiels consentis, sont en cohérence avec les éléments qui leur auront été communiqués et qui ont été validés. Il paraît cependant normal de permettre aux banquiers de bénéficier d'une sécurité de la prévention, qui sera de nature à améliorer le financement des entreprises en difficulté.

C'est la raison pour laquelle le projet de loi Perben du 12 mai 2004 a envisagé :

- de conférer un privilège à l'octroi de nouveaux concours (après des hésitations sur un privilège qui devait être également accordé aux créances moratoriées, ce qui n'apparaissait pas raisonnable) : les commentateurs indiquent à cet égard qu'il ne s'agit pas d'un privilège mais d'une priorité de paiement, ce qui paraît plus correct. Ainsi, les banquiers qui auraient accordé de nouveaux concours verraient leur situation améliorée dans l'hypothèse d'un dépôt de bilan ultérieur ;
- du fait de l'homologation de l'accord actuellement prévue par le projet de loi par jugement, les banquiers seraient mis à l'abri d'un grief de soutien abusif, les actes conclus pendant la prévention ne pouvant être remis en cause, sauf fraude.

C'est ici un point de convergence entre la nécessité d'obtenir un financement et la protection conférée par le droit : la sécurité accordée aux banquiers leur permettra une approche moins frileuse, dès lors qu'ils n'auront pas à redouter que le passif soit ultérieurement mis à leur charge... Cette innovation mérite d'être encouragée et saluée, sauf sur le processus d'homologation qui paraît en l'état trop lourd, et peu confidentiel ;

- de permettre, en période de sauvegarde, l'avance par les AGS des mesures de restructuration sociale. De fortes résistances s'organisent actuellement contre cette réforme, a fortiori lorsqu'elle est proposée pendant la conciliation ; le MEDEF considère en effet que cette facilité fera peser une charge insupportable sur la collectivité, dès lors que cette avance ne pourra être recouvrée. En réalité, en permettant aux entreprises dont les chances de redressement auront été préalablement validées par un audit de bénéficiaire de cette aide, les mesures de restructuration seront moins onéreuses, et plus efficaces, ce qui permettra de mieux recouvrer le remboursement de ces avances. Le temps est une composante essentielle : en permettant aux entreprises en conciliation de bénéficier de procédures simplifiées et accélérées, le coût de la restructuration, dont le caractère indispensable aura été validé, sera nécessairement moins élevé. Ici encore, la sélection est incontournable. Seules les entreprises ayant une chance de redressement sérieuse devraient pouvoir en bénéficier.

– Il convient en effet d'insister ici sur les relations qui existent entre la confidentialité et le crédit : bien souvent le financement de l'entreprise ne pourra être assuré que par la discrétion. Si certains s'en moquent en indiquant que cette discrétion est relative, voire nulle, de nombreux exemples permettent de démontrer, dans bien des cas, le contraire (et notamment l'affaire Alstom, où l'absence de confidentialité n'a fait qu'aggraver l'évolution du passif, et les mesures qui en étaient la conséquence).

– En associant les fournisseurs aux négociations pendant la prévention, l'effort qui leur est demandé sera souvent compensé par la perte de la confidentialité, c'est-à-dire que l'entreprise ne bénéficiera plus du crédit de ses fournisseurs, et aura du mal à poursuivre une activité normale, dès lors qu'elle subira la défiance de ses interlocuteurs.

- Ces effets négatifs sont quantifiables, notamment en ce qui concerne la disparition des délais normaux de paiement.
- En ce qui concerne les fournisseurs, certaines règles usuelles seront respectées :
  - ils auront tendance à accepter plus facilement un abandon partiel de créance, en contrepartie d'un paiement immédiat, ce qui suppose que l'entreprise dispose des moyens nécessaires : en pratique, un effort de l'actionnaire permettra d'y faire face ;
  - l'étalement de la dette sera accordé sous certaines conditions, et notamment le maintien des relations commerciales dans certains cas, avec un paiement au comptant des factures, et la reprise des délais normaux de paiement, lorsque l'arriéré sera apuré ;
  - la réforme en cours prévoit de maintenir le dispositif actuel permettant d'imposer aux créanciers non visés aux accords les délais prévus à l'article 1244 du Code civil : le délai de deux ans peut être trop court et compliquer le plan de financement proposé : ce délai pourrait être harmonisé, ou adapté aux délais accordés par les principaux créanciers, ce qui faciliterait la cohérence des accords, et faciliterait l'élaboration d'éléments prévisionnels crédibles. En l'état du texte, la conciliation est un élément préparatoire de la procédure de sauvegarde.

## En conclusion

L'avocat fera bien de considérer son rôle avec humilité : il intervient en effet essentiellement au moment du choix des mesures de prévention et de leur mise en œuvre, en constituant un dossier de nature à crédibiliser l'état de non cessation des paiements, dans notre droit positif, ainsi qu'une capacité réaliste de remboursement, en relation avec des délais usuels accordés dans le cadre de la prévention.

Par la suite, l'avocat devra veiller à la circulation des informations, en participant au maintien de la confidentialité, et en créant les conditions d'un dialogue par personne interposée avec le dirigeant, pendant la phase où celui-ci apparaît comme moins crédible.

Il convient cependant de constater que lorsqu'une entreprise a une place légitime sur un marché, lorsqu'elle dispose d'un personnel qualifié et de produits originaux à un prix intéressant, elle peut transcender ses difficultés de financement, tant il est vrai que par la confiance, le financement peut revenir après que la source ait été tarie par une crise que chacun espère passagère.

Pour cela, les mécanismes de prévention, dont le succès est un gage de sécurité, apparaissent crédibles, dès lors que les entreprises passent au tamis d'une vérification de leur situation et de leur capacité prévisionnelle à faire face à leur endettement (sur ce succès, voir "*le traitement des entreprises en difficulté*", Madame le Président P. Rey, "*la prévention est la solution*", Banque Magazine Février 2004, p. 18).

Quelques indications techniques sur les outils utilisables et la réforme initiée par Monsieur le ministre Christian Jacob :

– *la définition de l'opération de crédit* : (voir un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 20 février 1984 et un autre rendu par le Conseil d'Etat, le 8 juillet 1987) rappelons que constitue une opération de crédit, l'achat de créances non échues ou non encore exigible, en ce qu'il permet au vendeur de recevoir immédiatement les sommes dont il n'était créancier qu'à terme. En revanche, l'achat de créances échues qui ne s'apparente pas à une opération de banque, peut être réalisée par des entreprises qui ne sont pas dotées du statut d'établissement de crédit.

– *l'émission d'actions ou d'obligations* : conformément à l'article L.511-7-4 du Code monétaire et financier, toute entreprise qui en la capacité juridique peut se procurer des ressources auprès du public par l'émission de valeurs mobilières. En particulier, elle peut procéder sur le marché financier à des émissions d'obligations simples ou convertibles, le cas échéant assorties de bons de souscription, ou encore remboursables en d'autres titres ainsi qu'à des émissions de titres participatifs, d'actions ordinaires ou encore de certificats d'investissement. De même, toute entreprise de recourir à des emprunts participatifs régis par les articles L.313-14 à L.313-20 du Code monétaire et financier.

– *l'émission de titres de créances négociables* : aux termes de l'article L.511-7 précité, toute entreprise peut également se procurer des ressources à moins de 2 ans par l'émission de titres de créances négociables (TCN). Les conditions d'émission de ces titres sont définies par les articles L.213-3 et L.312-4 du Code monétaire et financier et par le décret n° 92-137 du 13 février 1992, modifié par le décret n° 98-1316 du 31 décembre 1998. Il convient de rappeler que la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière, qui a modifié l'article L.213-3 du Code monétaire et financier a élargi la liste des entités habilitées à émettre des titres de créances négociables, en offrant désormais aux associations loi de 1901 aux Etats et aux fonds communs de créances, la possibilité d'émettre des titres de créances négociables.

Les titres émis par ces entités peuvent être soit des billets de trésorerie dont la durée initiale ne peut excéder un an, et dont la maturité minimale a été ramenée de 10 jours à 1 jour, soit des bons à moyen terme négociables, dont la durée initiale doit être supérieure à 1 an.

– *l'utilisation de crédits commerciaux* : il convient en outre de rappeler que selon l'article L.511-7 du Code monétaire et financier, il est prévu que toute entreprise peut "*dans l'exercice de son activité professionnelle, consentir à ses contractants des délais ou des avances de paiement*". Cela couvre tous les crédits commerciaux consentis aux clients par un fournisseur ou un prestataire de services. Mais il faut prêter attention à l'obligation communautaire de respecter les délais de paiement contractuellement prévus et à l'obligation de percevoir des pénalités en cas de retard.

Cet article L.511-7 du Code monétaire et financier peut couvrir le financement des ventes d'un commerçant par une entreprise juridiquement distincte du vendeur, sous réserve toutefois qu'elle soit placée sous le contrôle total de celui-ci. Aucune formalité particulière n'est imposée au titre des dispositions du Code monétaire

et financier à la création de groupements de commerçants – sous forme de sociétés ou de groupements d'intérêts économiques à capital – qui ont pour objet exclusif le financement des achats ou des ventes de leurs adhérents, dans la mesure où ceux-ci détiennent l'intégralité du capital du groupement.

– *la prise en pension de valeurs, titres, effets* : rappelons les termes de l'article L.432-12 du Code monétaire et financier sur les opérations de pensions portant sur des valeurs mobilières, des titres de créances négociables ou des effets publics : la pension est ici définie comme une opération consistant en une cession en pleine propriété de titres assortie d'un engagement irrévocable de rachat par le cédant et de rétrocession par le cessionnaire à un prix et à une date convenus. Il s'agit bien d'une opération de crédit, puisque le cessionnaire du titre met des fonds à la disposition du cédant pour un temps limité. Les établissements de crédit ont seuls la possibilité de prendre ou de mettre en pension les effets privés.

En revanche, les opérations de pension, portant sur des valeurs mobilières des titres de créances négociables sur un marché français, ou étranger, ou des effets publics, échappent au monopole des établissements de crédit (voir le cadre juridique : *rapport annuel 2003* – Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement – 20 juillet 2004).

– *le droit européen* : la Commission avait adopté des lignes directrices pour les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté en 1994.

Elle avait adopté une nouvelle version en 1999 qui devait arriver à expiration le 9 octobre 2004.

Une version nouvelle qui vient d'être adoptée, est applicable à partir du 10 octobre 2004 jusqu'au 9 octobre 2009.

Les aides d'Etat sont examinées d'une manière restrictive, la Commission ayant rappelé que "*le retrait des entreprises inefficaces est une donnée normale du fonctionnement du marché*".

Les aides à la restructuration doivent supposer une contribution substantielle du bénéficiaire, de l'ordre de 40 à 50 % du montant des aides. En outre, l'octroi des aides au sauvetage ou à la restructuration à des entreprises en difficulté ne peut être considéré comme légitime que sous certaines conditions (*communication de la Commission relative aux lignes directrices communautaires concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté* : JOUO n° C244 – 1<sup>er</sup> octobre 2004, page 2).

Les auditions menées actuellement par Monsieur le Ministre Christian Jacob permettent de dégager quelques pistes, sur l'amélioration de la recherche des financements (préparation du second volet de la loi sur l'initiative économique). Des groupes de travail ont été constitués sur le Financement, le développement et la transmission des entreprises. Le ministre délégué aux PME, au Commerce, à l'Artisanat, aux Professions libérales et à la Consommation a présenté deux rapports le 20 octobre 2004 aux Parlementaires : il en ressort que les conditions de financement des petites et moyennes entreprises pourraient être améliorées par différentes dispositions :

– l'exonération d'impôt pour les bénéfices mis en réserve, la création d'un prêt avec intéressement (en créant un nouvel article L 318-52 du CMF, admettant un partage de marge ou une rémunération variable selon les résultats de l'entreprise) ;

- la limitation pour les banques de leur responsabilité dans l’hypothèse d’un soutien abusif à la hauteur de leur apport ;
- le renforcement des capacités d’intervention du capital investissement (par la création de fonds du type FCPR, FCPI) ;
- l’amélioration des dispositifs de garantie (création d’un warrant sur stocks) et de cautionnement mutuel (il est prévu de développer les outils actuels, SIAGI et SOFARIS, pour renforcer les fonds propres des petites entreprises ;
- une aide fiscale au renforcement des fonds propres ;
- une aide fiscale sur les investissements des particuliers, en adaptant aux cessions d’actions le régime fiscal des plus values immobilières, en autorisant les dons familiaux, en franchise de droits, pour les projets de création ou de reprise ;
- en développant les dispositifs de détection précoce des difficultés) ;
- la question de la création d’un dispositif de location d’actions ou de parts sociales a été envisagée ;
- le droit des sûretés serait assoupli, en faisant perdre aux administrations leur privilège, pour faciliter le crédit bancaire ;
- en outre, les FIP (fonds d’investissement de proximité) créés par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 verraient leur rôle renforcé : il s’agit de FCPR qui doivent investir au moins 60 % de leurs actifs dans les PME : ils bénéficient d’un avantage fiscal à la souscription (réduction d’impôt de 25 % plafonnée) et à la liquidation du fonds (exonération de plus values) ;
- la création de fonds de fonds est envisagée, en mutualisant les risques pour favoriser le capital risque : cela concernerait les FCPI (fonds communs de placement dans l’innovation) et les FIP ;
- un programme SBIC est envisagé pour relancer le capital investissement : l’Etat donnerait sa garantie pour lever des dettes sur le marché privé, pour rembourser le capital et les intérêts de la date, en partageant la plus value. Les dettes seraient d’abord supportées par les investisseurs privés.

Ces outils peuvent bénéficier, partiellement, aux entreprises en difficulté. Mais la spécificité de l’accompagnement de l’entreprise en difficulté n’est pas au cœur de ce débat. La notion de prise de risque devient en effet dissuasive, à tous les niveaux, ce qui est regrettable. Cette réflexion devrait donc être complétée et approfondie, en l’adaptant à quelques idées :

- la sélection de l’entreprise en difficulté susceptible d’être aidée ;
- la recherche d’un outil de motivation juridiquement sécurisé (sur les responsabilités du dirigeant, des créanciers, sauf fraude) ;
- l’élaboration d’un dispositif d’incitation fiscale, la renonciation aux privilèges de l’Etat qui compliquent les garanties actuellement consenties par l’entreprise ;
- la création d’une véritable mutualisation des risques, organisée par les banques et l’Etat.