

# LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE

## LA MISE EN ŒUVRE DE LA PREVENTION PAR LES PROCÉDURES DE MANDAT *AD HOC* ET DE CONCILIATION

### ➤ Présentation générale et aspects pratiques

Christian Bastide / Laetitia Felici / Jean-Dominique Daudier de Cassini / Hélène Bourbouloux  
Ecole Nationale de la Magistrature  
29 juin 2017

## ➤ PARTIE 1 & 2

- LE CHOIX DES OUTILS :  
mandat ad hoc / conciliation
- LA DECISION DU JUGE

Christian Bastide – Hélène Bourbouloux

# INTRODUCTION : LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

- **Anticiper les difficultés et négocier avec les créanciers et partenaires pour régler les conflits à l'amiable avant qu'il ne soit trop tard** : c'est le sens des actions de prévention prévues par le législateur et développées par les tribunaux. Cette prévention peut prendre deux formes :
  - le mandat *ad hoc*, formule très souple, et peu encadrée au plan légal ;
  - la conciliation, plus structurée, qui permet le cas échéant l'homologation judiciaire d'un accord.
- Le mandataire ad hoc / conciliateur joue un rôle de **médiateur entre les différentes parties afin de parvenir à un accord**, engageant notamment sa crédibilité dans les informations transmises et son indépendance dans le respect des intérêts en présence.
- Une intervention « sur mesure » et confidentielle, durant laquelle **les dirigeants demeurent libres dans la gestion de leur entreprise**.
- Dans **plus de 70 % des cas**, la prévention permet de trouver un accord susceptible de résoudre les difficultés de l'entreprise.

# IL NE S'AGIT PAS DE PROCÉDURES COLLECTIVES

- ⑦ Les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation ne sont pas des procédures collectives (sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire). Elles s'en distinguent notamment sur les points suivants :
  - l'encadrement judiciaire de la procédure est souple :
    - le mandataire *ad hoc* / conciliateur est désigné par une ordonnance du Président du tribunal de commerce, saisi sur requête du dirigeant ;
    - Le ministère public est avisé du déroulement de la procédure et donne son avis sur les conditions de rémunération lors de l'ouverture d'une conciliation ;
    - le contrôle de la juridiction au cours de la procédure est effectué par la remise de rapports réguliers du mandataire *ad hoc* / conciliateur au Président du tribunal de commerce,
  - la procédure reste confidentielle (article L. 611-15 du code de commerce) : l'existence de la procédure et des difficultés l'ayant justifiée n'est portée à la connaissance des partenaires de l'entreprise (clients, fournisseurs, salariés, créanciers, etc.) que si ceux-ci sont volontairement attirés aux discussions par le mandataire *ad hoc* / conciliateur, en accord avec le dirigeant;
  - Information des IRP : information sur le contenu de l'accord en cas de requête en homologation ; clarification opérée par la Loi justice XXIème siècle : la société qui bénéficie de la prévention n'est pas tenue d'informer le comité d'entreprise ou les IRP de la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'ouverture d'une procédure de conciliation,
  - l'ensemble des éventuels coûts de restructuration reste intégralement à la charge de l'entreprise,

# IL NE S'AGIT PAS DE PROCÉDURES COLLECTIVES (suite)

- le dirigeant conserve la pleine direction de l'entreprise, le mandataire *ad hoc* / conciliateur ne disposant pas d'autre attribution que d'inciter les parties à discuter, et de favoriser l'émergence d'un accord entre les parties,
- le mandataire *ad hoc* / conciliateur est désigné sur libre proposition du dirigeant, sous réserve du respect de certains critères d'indépendance et d'impartialité, et
- Le juge fixe la rémunération du mandataire *ad hoc* / conciliateur sur proposition des parties, après avis du ministère public pour la conciliation uniquement

IMPORTANT : « *La rémunération ne peut être liée au montant des abandons de créances obtenus ni faire l'objet d'un forfait pour ouverture du dossier* » (article L. 611-14 du Code de commerce modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014)


Loi de justice XXI<sup>e</sup> siècle: encourage le recours aux procédures amiables en précisant que si, dans le cadre d'une demande de sauvegarde, la situation du débiteur ne fait pas apparaître de difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter, le tribunal invite celui-ci à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation au président du tribunal. Il statue ensuite sur la seule demande de sauvegarde.

# CONTEXTE

- Les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation sont régies par les **articles L.611-3 et suivants du code de commerce**.
  
- Le mandataire *ad hoc* / conciliateur est désigné par le Président du tribunal de commerce et sa mission consiste à **favoriser les discussions et l'émergence d'un accord** entre les parties concernées par les difficultés de l'entreprise.
  
- Les situations pouvant entraîner le recours à la prévention :
  - LBO supposant une restructuration de la dette ;
  - bris de ratios financiers ;
  - recul du chiffre d'affaires et de la rentabilité rendant trop élevées les charges d'emprunts ;
  - dénonciation de concours bancaires ;
  - litige entre associés risquant d'entraîner la paralysie de l'entreprise ;
  - assignation d'un fournisseur ;
  - sous-capitalisation de l'entreprise ;
  - accompagnement de la cession d'une entreprise en difficulté voire organisation de la cession mise en œuvre en procédure collective dans des cas exceptionnels ;
  - Recherche de financements en vue de soutenir une réorientation stratégique.....

# Forte expansion du recours au mandat *ad hoc* / conciliation à compter de la crise financière de 2008

## Cas des *Leverage Buy Out* (LBO)

- Contexte initial :
    - inconnu, réticences
    - sponsors, créanciers
  
  - 2008 – 2011 :
    - « *Amend & extend* »
    - Report maturité vs augmentation des marges
  
  - 2012 – 2014 :
    - Deleverage
    - Réduction de la dette
    - Apports de fonds
- 
- Souvent les 2 :
    - 1<sup>er</sup> « *Amend & extend* » confidentiel voire hors mandat *ad hoc*
    - 2<sup>e</sup> : conversion de dette en capital, changement de contrôle => public

# NECESSITE DU DISPOSITIF

- Nombre d'acteurs dans les pools
  - ✓ Hausse du trading de la dette sur le marché secondaire
  
- Diversité des profils
  - ✓ Banques, CRO, hedge funds, investisseurs, traders, français et étrangers
  
- Sophistication de la documentation : « serial closers »
  - ✓ Plus de cas supposant l'unanimité
  - ✓ Plus de cas où l'accord du pool est nécessaire à un moment où les entreprises auraient besoin de flexibilité
  - Difficile de s'en sortir seul
  
- Criticité des calendriers
  - ✓ Mandat ad hoc / conciliation offrent un cadre
  
- Plus de cas de défauts croisés
  - Risque d'affecter les sociétés opérationnelles du fait des dettes d'acquisition



# ATTRACTIVITE DU DISPOSITIF

- Grand apport de la loi de sauvegarde 2006 renforcé en 2008, 2010 et encore 2012
- Privilège de conciliation : Argent frais (« *New Money* »)
  - ✓ Séniorité offerte en 2012 en cas de défaillance
  - ✓ Juste après l'AGS et non affecté par le plan (la créance bénéficiant du privilège ne peut pas faire l'objet de remises ou délais qui n'auraient pas été acceptés par le créancier)
- Sécurisation des accords
  - ✓ Face aux risques liés aux périodes suspectes (même si purement technique en raison des définitions de la cessation des paiements)
  - ✓ Face aux cas de responsabilité
- NB : quelques spécificités des sociétés / groupes sous LBO
  - ✓ Comptes courants débiteurs
    - ✓ Cash pool
    - ✓ Approche consolidé
  - ✓ « Immixtion » : analyse de la documentation

# ATTRACTIVITE DU DISPOSITIF (SUITE)

- Garantie d'indépendance du mandataire ad hoc / conciliateur
  - ✓ Le président doit recueillir l'avis du parquet sur la rémunération en conciliation
  
- Meilleure solution pour le plus grand nombre
  - ✓ Equité du plan (à l'aune de la SA ou la SFA possible)
  
- Homologation de l'accord
  - ✓ Validation par le tribunal de commerce de la pérennité de l'activité de l'entreprise
  
- Souplesse
  - ✓ Requête
  - ✓ Amiable
  - ✓ Confidentiel
  - ✓ Non contraignant
  
- Règles de place

# LA PREPARATION

## L'organisation des acteurs et des équipes

- ✓ Choix du mandataire ad hoc / conciliateur : équilibre à trouver entre le contrôle du juge et liberté de choix de la société
  - ✓ Consultation
  - ✓ Quelques tribunaux de commerce
  
- ✓ Côté société
  - ✓ En interne : dirigeant / DAF / parfois dirigeant opérationnel
  - ✓ Avocats : nombreux concurrents: restructuring / bancaire / corporate
  - ✓ Conseil financier
  - ✓ Expert comptable / audit / services financiers
  
- ✓ Côté créanciers
  - ✓ Les leaders : comité de coordination (« *Cocom* ») / groupe de travail
  - ✓ Avocats
  - ✓ Banque d'affaires
  - ✓ Proposition de la société qui réalisera l'IBR
  
- ✓ Côté actionnaires
  - ✓ Avocats

# LE DIAGNOSTIC

## L'identification de la bonne procédure

- ✓ Procédure préventive ou non ? Amiable ou judiciaire ? Mandat ad hoc ou conciliation ?
- ✓ Enchaînement possible : mandat ad hoc puis conciliation puis SA ou SFA
- Les principales différences :
  - Mandat ad hoc :
    - Absence d'état de cessation des paiements
    - pas de durée maximale
    - Information CAC ; pas d'information des IRP
  - Conciliation :
    - Etat de cessation des paiement non supérieur à 45 jours possible
    - Durée maximale de 5 mois
    - Constat / homologation de l'accord
    - Délais de grâce sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil consentis par le juge qui a ouvert la conciliation
    - Privilège dit « de *new money* »
    - Information des IRP sur le contenu de l'accord dont l'homologation est sollicitée ; transmission de l'accord au CAC
- Nature des difficultés :
  - Compte de résultat / Bilan ?
  - Difficultés avancées? État de cessation des paiements ? Depuis plus de 45 jours ?
  - Profil des créanciers
  - Profil de la société (cotée / non cotée...)

# LE CHOIX DES OUTILS

## Leviers d'action

- ⑦ Afin de restaurer durablement la situation financière de l'entreprise, le mandataire ad hoc / conciliateur dispose de 3 leviers principaux :
  - Négociation de moratoires avec les créanciers :
    - Obtention de délais de paiement auprès des fournisseurs et des banques (« *Amend & Extend* »)
    - Réaménagement des crédits bancaires – restructuration de dettes
    - Négociation avec les administrations fiscales et sociales pour l'obtention de remises et délais
  - Identification de nouvelles sources de financement :
    - Capitaux propres : négociation avec les actionnaires, entrée de nouveaux investisseurs
    - Besoin en fonds de roulement : identification de nouvelles lignes court terme, nouveaux concours bancaires à moyen terme, recherche d'aides publiques
    - Cession d'actifs
  - Restructuration de l'entreprise :
    - Etablies avec l'entreprise et ses conseils, des **propositions chiffrées de restructuration** sont un élément essentiel dans le cadre de toute négociation

# LE CHOIX DES OUTILS

## Le choix de la procédure

### GRANDES LIGNES DU MANDAT *AD HOC*

#### Objectifs

- Résoudre des difficultés identifiées *via* un accord amiable avec les principaux créanciers : gérer un conflit d'actionnaires, conduire une négociation avec des créanciers clefs, assister l'entreprise face à des problématiques financières, juridiques, commerciales

#### Ouverture

- Toute société peut déposer une requête en ouverture de mandat *ad hoc* dès lors que :
  - Existence de difficultés juridiques, financières ou économiques,
  - Avérées ou prévisibles, et
  - Absence d'état de cessation des paiements

#### Requérant

- Procédure volontariste : à la demande exclusive de la société

#### Durée

- Pas de durée légale

#### Procédure

- Le président du tribunal de commerce nomme un mandataire *ad hoc* suite au dépôt d'une requête présentant :
  - Une synthèse de la situation financière, économique et sociale de l'entreprise,
  - Les besoins financiers requis, et
  - Une présentation des solutions envisagées en vue de résoudre les problématiques identifiées
- Le mandataire *ad hoc* est désigné par ordonnance du président du tribunal de commerce

# EFFETS DU MANDAT *AD HOC*

- Désignation d'un mandataire *ad hoc* par le président du tribunal de commerce afin **d'assister la direction de l'entreprise** dans la résolution de difficultés spécifiques
- **Autonomie de gestion** de l'équipe de direction en place (aucune ingérence du mandataire *ad hoc*)
- **Confidentialité** de la procédure (créanciers attirés en fonction des besoins, confidentialité IRP, information CAC)
- **Possibilité de proroger la durée du mandat *ad hoc*** sur requête adressée au président du tribunal de commerce
- **Possibilité de convertir le mandat *ad hoc* en conciliation**, et notamment afin d'obtenir le constat, l'homologation de l'accord et / ou de bénéficier des avantages du « privilège de conciliation » (cf. *infra*)
- **Est réputée non écrite toute clause** qui, du seul fait de la désignation d'un mandataire *ad hoc*, (i) modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur ou (ii) met à la charge du débiteur les honoraires des conseils des créanciers dans le cadre du mandat *ad hoc* et ce, uniquement pour la quote-part excédant  $\frac{3}{4}$  des honoraires de conseil (Ordonnance du 12 mars 2014 )

# LIMITES DU MANDAT *AD HOC*

- Le mandataire *ad hoc* ne peut forcer les créanciers à accepter les termes d'un plan de restructuration
- Les droits des créanciers non attraités à la procédure de mandat *ad hoc* ne peuvent être affectés
- Pas de gel automatique des actions initiées contre la société
- Consentement unanime des créanciers requis pour le succès de la procédure de mandat *ad hoc*
- Le mandat *ad hoc* ne permet pas de forcer l'adhésion de créanciers récalcitrants *via* l'ouverture d'une procédure de mise en œuvre de l'accord négocié telle qu'une sauvegarde accélérée ou sauvegarde financière accélérée.
- Pas d'exception spécifique au droit du travail français dans le cadre d'éventuels licenciements



# LE CHOIX DES OUTILS

## Le choix de la procédure

### GRANDES LIGNES DE LA CONCILIATION

#### Objectifs

- Parvenir à un accord unanime entre la société et ses principaux créanciers, permettant d'améliorer la situation financière, économique ou juridique de l'entreprise et garantir la pérennité de son exploitation ;
- Organiser la cession partielle ou totale d'une entreprise dans un cadre *in bonis* ou par cession « prépackée » le cas échéant

#### Ouverture

- Toute société peut remplir une requête en ouverture de conciliation dès lors que :
  - Existence de difficultés juridiques, financières ou économiques,
  - Difficultés avérées ou prévisibles,
  - Absence d'état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours

#### Requérant

- Seule la société peut soumettre une requête en ouverture d'une procédure de conciliation au président du tribunal de commerce compétent

#### Durée

- Le Président fixe librement la durée de la mission dans la limite de 5 mois

#### Procédure

- Le président du tribunal de commerce nomme un conciliateur suite au dépôt d'une requête présentant :
  - Une synthèse de la situation financière, économique et sociale de l'entreprise
  - Les besoins financiers requis ; et
  - Une présentation des solutions envisagées en vue de résoudre les problématiques identifiées
- Le conciliateur est désigné par ordonnance du président du tribunal de commerce
- Privilège légal accordé aux apporteurs de new money en cours de conciliation ou d'exécution de l'accord consistant en un paiement hors plan en cas de procédure judiciaire ultérieure
- Information des commissaires aux comptes de l'ouverture de la procédure

# EFFETS DE LA CONCILIATION

- Autonomie de gestion de l'équipe de direction en place (pas d'ingérence du conciliateur)
- L'accord intervenu au terme de la procédure peut être soumis au constat du président du tribunal de commerce ou à l'homologation du tribunal de commerce, ce qui lui confère un caractère exécutoire
- Les cautions (et assimilées) personnes physiques et morales peuvent se prévaloir de l'accord constaté ou homologué
- Est réputée non écrite toute clause qui, du seul fait de l'ouverture d'une procédure de conciliation, (i) modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur ou (ii) met à la charge du débiteur les honoraires des conseils des créanciers dans le cadre de la conciliation et ce, uniquement pour la quote-part excédant  $\frac{3}{4}$  des honoraires de conseil
- Non capitalisation des intérêts produits par les créances atraites à la procédure et échues à la date d'ouverture de la procédure (portée discutée)
- Fonction de mandataire à l'exécution de l'accord
- La procédure de conciliation neutralise les dispositions relatives à la procédure d'alerte des commissaires aux comptes
- Loi justice XXIème siècle: renforcement du rôle du commissaire aux comptes dans la détection des difficultés: il peut, dans le cadre de ses pouvoirs d'alerte, demander à être entendu par le président du tribunal (affranchi du secret professionnel pour les besoins de cette disposition)

# DIFFÉRENCE ENTRE CONSTAT ET HOMOLOGATION DE L'ACCORD

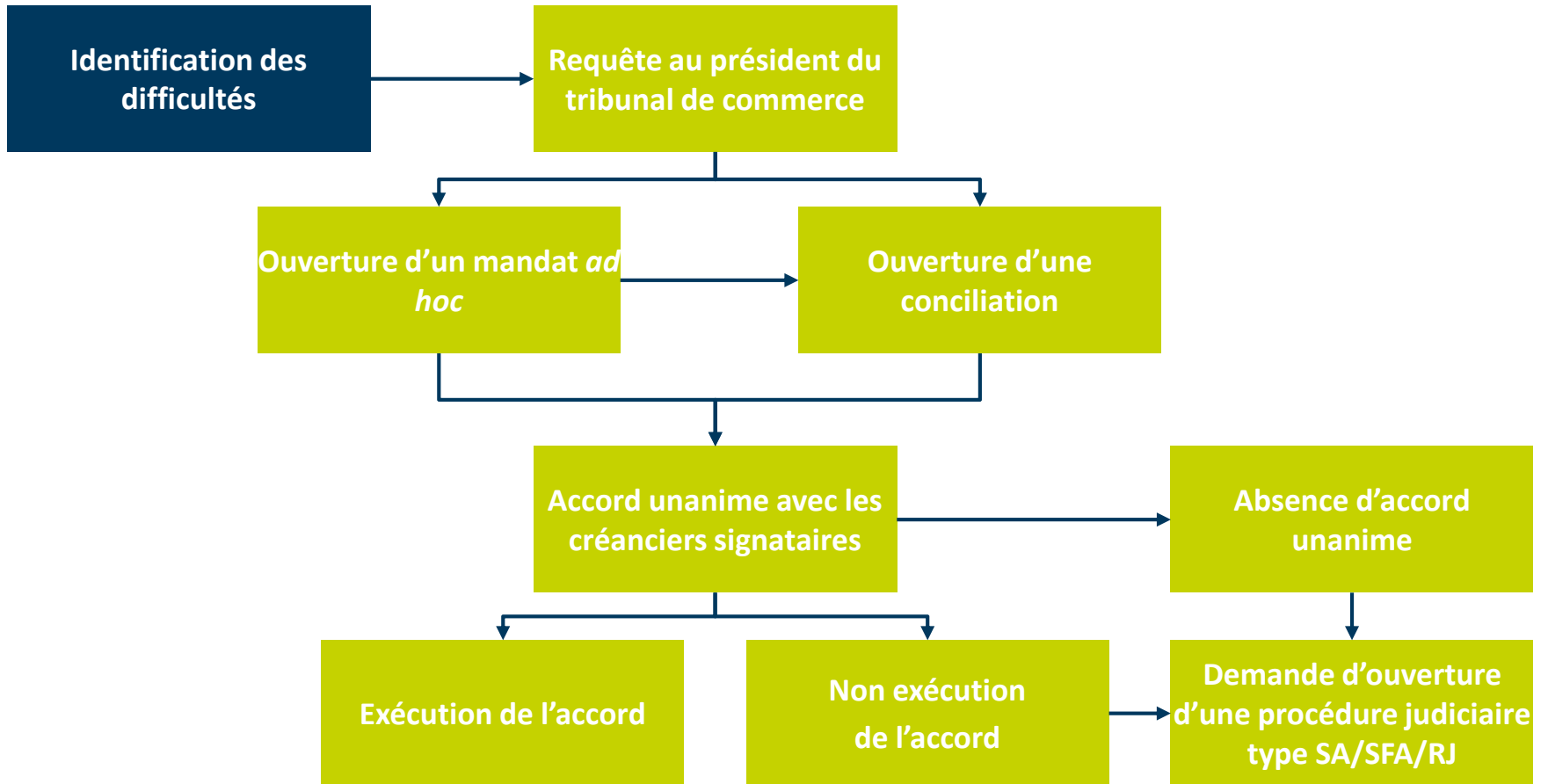
	CONSTAT	HOMOLOGATION
<b>Juridiction compétente</b>	<u>Président du TC</u> → ordonnance simple non soumise à publication → examen en chambre	<u>Tribunal de commerce</u> → jugement public → audience d'homologation : audition notamment des représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel
<b>Identité des requérants</b>	<u>Requête conjointe</u> de l'ensemble des parties au protocole	Requête du débiteur
<b>Conditions</b>	<u>Déclaration certifiée</u> du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en état de cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord ou que celui-ci y met fin.	<u>3 conditions de fond</u> : (i) le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin, (ii) les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise, (iii) l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires
<b>Privilège de conciliation</b>	NON	OUI : Mention dans le jugement d'homologation, qui précise les montants garantis par ce privilège.
<b>Force exécutoire de l'accord</b>	OUI	OUI
<b>Confidentialité</b>	OUI	NON : Le jugement d'homologation est public, mais il ne reprend pas les termes de l'accord. Il mentionne néanmoins les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution et précise les montants garantis par le privilège de conciliation.
<b>Voies de recours</b>	Décision non susceptible de recours	OUI : - appel du ministère public, - appel des parties en cas de contestation relative au privilège de conciliation, - tierce opposition
<b>Suspension des poursuites</b>	Suspension des poursuites relatives aux créances traitées dans le cadre de l'accord de conciliation, et bénéfice de l'accord aux coobligés et garants	Suspension des poursuites relatives aux créances traitées dans le cadre de l'accord de conciliation et bénéfice de l'accord aux coobligés et garants
<b>Sécurisation de la période suspecte</b>	NON	OUI : Blocage du report en arrière de la date de cessation des paiements – non report à une date antérieure à la décision définitive d'homologation → sécurité juridique des mesures agréées au regard des éventuelles nullités de la période suspecte

# LA CONCILIATION :

## LIMITES D'UN OUTIL NON COERCITIF

- Courte durée (5 mois maximum) – un mandat *ad hoc* (sans durée maximale) peut précéder la conciliation
- Les droits des créanciers non attraités à la conciliation ne sont pas affectés par l'accord
- Pas de suspension automatique des poursuites individuelles envers la société
- Consentement des créanciers nécessaire au succès de la conciliation
- Pas de levier légal pour le conciliateur sauf la possibilité de solliciter l'obtention de délais de grâce, également pour des créances non affectées par l'accord depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, d'une durée maximale de 24 mois en application de l'article 1343-5 du Code civil
- Pas de *cram-down* des créanciers : l'accord de conciliation ne peut pas être imposé par une décision du tribunal sauf ouverture subséquente d'une procédure judiciaire avec comités (type SA ou SFA)
- Aucun aménagement du droit commun du droit du travail

# DEROULEMENT



# LE CHOIX DU MANDATAIRE DE JUSTICE

## Une nouvelle donne pour l'entreprise en difficulté

- L'intervention du mandataire ad hoc ou du conciliateur, désigné par le président du tribunal de commerce, incite les créanciers et partenaires commerciaux à **négoier sur de nouvelles bases dans des délais brefs**. Cette intervention permet :
  - de réunir l'ensemble des parties concernées par la situation de l'entreprise autour de la table des négociations en vue de rechercher une solution globale, et non une multiplicité d'accords bilatéraux ;
  - une sécurité juridique et judiciaire auprès de tous les interlocuteurs ;
  - une transparence dans les négociations, son indépendance et son impartialité garantissant la crédibilité des informations qu'il transmet aux parties.
  
- La connaissance de tous les interlocuteurs :
  - Spécialiste des entreprises en difficulté, l'administrateur judiciaire (quelle que soit sa mission) est l'interlocuteur des organismes sociaux et fiscaux, et des services du contentieux et des affaires spéciales des banques.
  
- Le cas échéant, les négociations se déroulent en tout ou partie sous l'égide du CIRI (Comité Interministériel de Restructuration Industrielle).

# LA SAISINE DU PRESIDENT

- **Le contenu de la mission :**

- Mandat ad hoc : liberté d'appréciation du Président

- Conciliation : lignes directrices prévues par la loi

- favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise
    - présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.
    - « Pré-pack cession » : A la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

- Possibilité d'ajuster en fonction des éléments présentés lors de l'entretien avec le Président

- **L'entretien avec le Président :**

- Limité au dirigeant de l'entreprise, assisté de son conseil : le mandataire ad hoc / conciliateur proposé n'a pas à y participer

- Dès réception de la demande, le Président doit faire convoquer, par le greffier, le dirigeant

# SAISINE DES TCS SELON LES DIFFÉRENTS OUTILS PROCÉDURAUX EXISTANTS

Article	Outils	Quelles procédures ?	Quelle condition ?	Conclusion : est-il possible de renvoyer MAH devant un TCS ?
L. 721-8	Compétence <b>obligatoire</b> des TCS en procédures judiciaires  Saisine <b>facultative</b> des TCS en <b>conciliation</b>	Toutes procédures peut être ouverte directement devant TCS <b>sauf MAH</b>	Seuils dimensionnels ((i) 250 salariés + 20 M€ de CA net ou (ii) 40 M€ CA net)  Le ministère public pourra s'assurer du respect des critères de compétence	Non, pas possible d'ouvrir un MAH directement devant TCS  <b>Evolution souhaitée</b>
L. 662-2	Dépaysement possible devant TCS	<b>Toute procédure</b> peut être dépaycée devant TCS  Prorogation de compétence en cas de procédure collective subséquente	« Les intérêts en présence le justifient »	OUI, si les intérêts en présence le justifient
L. 662-8 alinéa 3 (TCS)	Centralisation devant TCS des procédures en présence d'un groupe : TCS 1 <sup>er</sup> saisi est compétent pour toutes procédures ultérieures au bénéfice des sociétés détenues ou contrôlées (filiales)	<b>Toute procédure concernant des FILIALES</b> peut être centralisée au TCS de la contrôlante	Centralisation <b>TCS</b> se limite aux « sociétés <b>détenue ou contrôlée</b> » par la société initialement en procédure, à l'exclusion des sociétés la détenant ou la contrôlant (sociétés mères) (hors TCS, centralisation devant le TC de toutes les procédures du groupe, i.e. sociétés mères et filles)	OUI, si MAH concerne la filiale d'une société déjà en procédure devant TCS

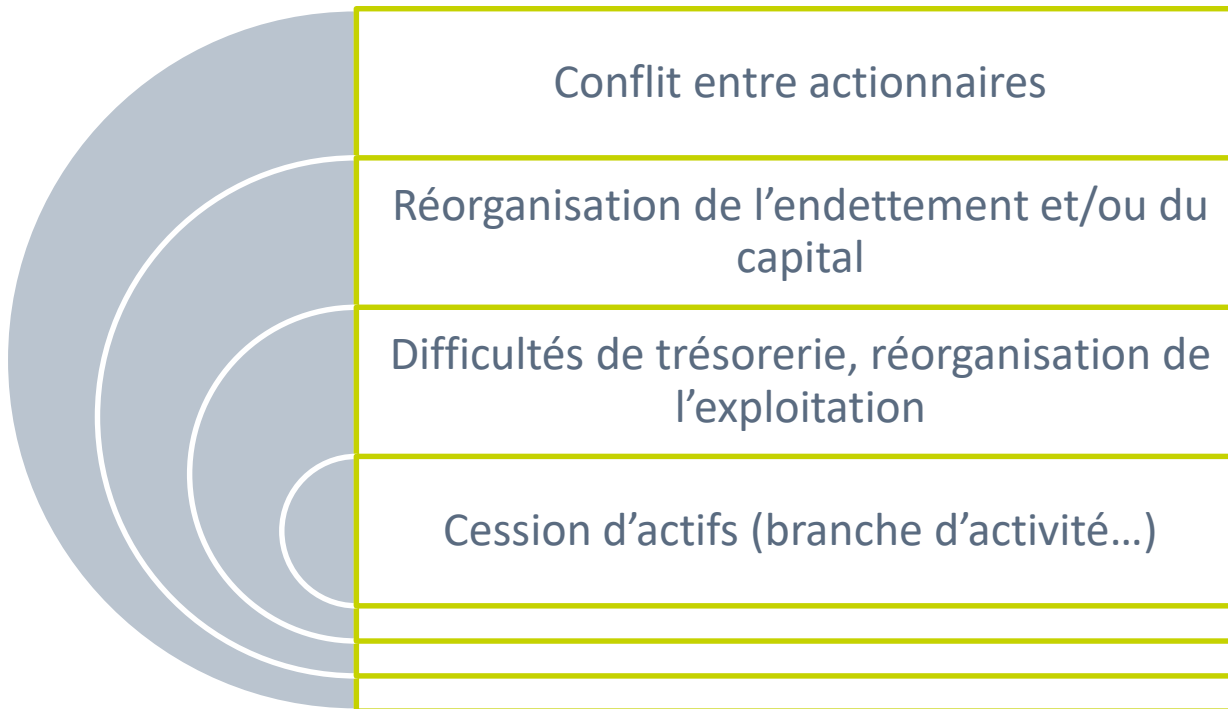
## Articulation des L. 721-8 / L. 662-2 / L. 662-8 :

- s'il est possible de **dépayer un MAH devant un TCS (L. 662-2)**, ou de **centraliser le MAH d'une filiale quand la mère est en procédure devant TCS (L. 662-8)**,
- **il n'est pas possible d'ouvrir un MAH devant un TCS en saisine directe (L. 721-8)**.



# LES ELEMENTS DE PREPARATION DE LA DECISION

## ➤ Diversité des missions confiées par le Président



# LES ELEMENTS DE PREPARATION DE LA DECISION

## ➤ Caractère fondamental de l'ordonnance de désignation

- L'ordonnance de désignation est le seul fondement de l'intervention du mandataire ad hoc / conciliateur
- L'ordonnance définit la mission du mandataire ad hoc / conciliateur et ses limites
- Le mandataire ad hoc / conciliateur ne dispose d'aucun pouvoir particulier, hormis ceux qui lui ont été confiés par le juge dans l'ordonnance

# LES DOCUMENTS A FOURNIR

## ▪ Pièces annexées à la requête :

➤ Mandat ad hoc : aucune exigence particulière

→ en pratique, les requérants communiquent peu ou prou les mêmes éléments qu'en cas de conciliation

➤ Conciliation : pièces exigées par la loi (art. R. 611-22):

- 1° Un extrait d'immatriculation aux registres et répertoires mentionnés à l'article R. 621-8 ou, le cas échéant, le numéro unique d'identification ;
- 2° L'état des créances et des dettes accompagné d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers ;
- 3° L'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ;
- 4° Les comptes annuels, le tableau de financement ainsi que la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices, si ces documents ont été établis ;
- 5° Une attestation sur l'honneur certifiant l'absence de procédure de conciliation dans les trois mois précédant la date de la demande ;
- 6° Une déclaration indiquant, le cas échéant, la prise en charge par un tiers des frais de la procédure demandée.

## ▪ Cas particulier du « pré-pack cession » (art. R. 611-26-2):

- 1° La demande d'avis adressée aux créanciers participants, qui reproduit les dispositions du premier alinéa de l'article L. 611-7 et du I de l'article L. 642-2 et sur laquelle chaque créancier a mentionné son avis ou, à défaut, un document justificatif de la demande d'avis ;
- 2° L'accord du conciliateur pour prendre en charge la mission ;
- 3° L'accord du débiteur sur les conditions de rémunération dues au titre de cette mission.

## PARTIE 3

# LE DIALOGUE AVEC LE MINISTERE PUBLIC

Laetitia Felici

PRÉSENTATION DU 29/06/2017

## Ordonnance du 12 mars 2014: renforcement de la présence du ministère public (1/4)

L'ordonnance du 12 mars 2014 accentue le rôle du ministère public dans les procédures de prévention:

- **Acteur de la prévention:** contrôle du cadre procédural: conditions d'ouverture, honoraires du mandataire, compétence territoriale du président afin d'éviter le *forum shopping* (respect des règles TCS notamment)
- **Demandeur de la prévention:** le ministère public peut être averti des difficultés par le commissaire aux comptes
- Rôle de surveillance, pas de pouvoir d'investigation
- Avis sur les mesures mises en œuvres

L'intervention du ministère public varie d'une procédure à l'autre en fonction du degré de « judiciarisation »

## Ordonnance du 12 mars 2014: renforcement de la présence du ministère public (2/4)

✓ **Mandat ad hoc** : intervention légère

- droit de regard a posteriori sur la rémunération du mandataire *ad hoc*
- pas de recours possible

✓ **Conciliation** : intervention renforcée

Le droit positif, tel que notamment modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014 prévoit désormais que le ministère public:

- est informé de l'ouverture de la conciliation et a un droit d'appel (L. 611-6)
- donne son avis sur la rémunération du conciliateur sous 48h (L. 611-14)
- donne son avis lors de l'audience d'homologation et peut faire appel du jugement d'homologation (L. 611-9 et L. 611-10): contrôle difficile des critères de l'homologation sauf à obtenir des informations directement par le conciliateur
- est informé en cas d'échec de la conciliation (L.611-7)
- est informé en cas de préparation d'une cession de l'entreprise (prepack cession)

## Ordonnance du 12 mars 2014: renforcement de la présence du ministère public (3/4)

### ✓ Mandat à l'exécution de l'accord:

Le ministère public donne son avis sur la nomination d'un mandataire à l'exécution de l'accord et sur sa rémunération

### ✓ Prepack cession:

Le ministère public donne son avis en cas de mise en œuvre d'une procédure de prepack cession par le tribunal, lors de l'ouverture de la procédure collective, dans le prolongement d'offres de reprise satisfaisantes reçues par le mandataire ad hoc ou le conciliateur (i.e. lorsque le tribunal décide de fixer directement la date d'audience d'examen des offres dans le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et qu'aucune date limite de dépôt des offres ne sera fixée dans le cadre de cette ouverture) (L. 642-2)

Le ministère public donne son avis avant arrêté du plan de cession

## Ordonnance du 12 mars 2014: renforcement de la présence du ministère public (4/4)

### ✓ Le ministère public : pivot pour l'ouverture d'une procédure collective

#### • En cas de cessation des paiements lors d'une procédure de prévention :

Le président transmet au ministère public une note en vue que le ministère public puisse saisir le tribunal d'une demande d'ouverture de procédure collective (L. 631-3-1)

#### • En cas d'examen d'une demande de sauvegarde / RJ dans les 18 mois d'une conciliation/MAH : présence obligatoire du ministère public à l'audience d'ouverture (L. 621-1)

#### • En sauvegarde, le ministère public peut demander la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire (L. 621-12 / L. 622-10)

- Hors conciliation en cours, le ministère public, éventuellement sur signalement du président du tribunal (suite à exercice de son droit d'alerte ou de celui des CAC / IRP) peut saisir le tribunal de l'ouverture d'un RJ ;

### ✓ Le ministère public : rôle dans la désignation des organes de la procédure

Le ministère public peut soumettre le nom des AJ et MJ au tribunal et peut s'opposer au maintien du conciliateur en cette qualité (L. 621-4) (en cas de rejet, la décision du tribunal doit être spécialement motivée)

### ✓ La prévention ne prémunit pas les dirigeants d'une action en responsabilité pour faute de gestion

Cass. Com. 18 mai 2016: Le mandat ad hoc n'empêche pas l'action du ministère public en cas de poursuite d'une activité déficitaire par le dirigeant au cours de la procédure



### Pistes de réflexion

- L'intervention du ministère public est parfois crainte par les dirigeants alors même qu'il ne dispose pas de pouvoir d'investigation
- La consultation du ministère public avant l'ouverture des procédures pourrait empêcher des irrégularités (compétence territoriale, incompatibilité...)
- La communication de toutes les pièces de la procédure est nécessaire pour permettre un avis éclairé (état de cessation des paiements, critères permettant l'homologation)

## PARTIE 4.1

# LE DEROULE DE LA PROCEDURE DE PREVENTION

## Les grandes étapes des négociations

Jean-Dominique Daudier de Cassini & Hélène Bourbouloux

# 1. DIAGNOSTIC DE LA SITUATION

## 📌 Objectifs :

- ✓ S'assurer que l'ensemble des parties:
  - Dispose du même niveau d'information sur la société et ses difficultés,
  - Partage un diagnostic commun
  
- ✓ La compréhension des difficultés de la société constitue une étape préalable et indispensable à la construction d'un accord.  
A défaut : risque d'échec ou de décalage du processus (le décalage entraînant un préjudice « opérationnel » et pouvant altérer le climat de confiance nécessaire) – risque d'un accord imparfait

# 1. DIAGNOSTIC DE LA SITUATION

➤ Moyens:

- ✓ **1<sup>er</sup> temps** : Analyse « historique » : comprendre les difficultés et leur origine par un diagnostic financier et opérationnel / stratégique de l'entreprise
  - Diagnostic par des experts assurant une revue indépendante (analyse objective, condition à sa reconnaissance par tous),
  - Mise en évidence de l'origine des difficultés et des défis auxquels est confrontée l'entreprise, comme préalable nécessaire à la construction d'une solution
  
- ✓ **2<sup>nd</sup> temps** :
  - Etablissement d'un plan d'affaires reposant sur ces analyses indépendantes, validé ensuite par les experts indépendants
  - Etablissement par l'entreprise d'un « cahier des charges » de la proposition de restructuration financière (découlant du plan d'affaires)

## 2. EMERGENCE D'UNE (DE) PROPOSITION(S)

### 📌 Objectifs :

Susciter des propositions de solutions

### 📌 Moyens / modalités :

#### ✓ La contrainte du délai légal de la conciliation

Ordonnance du 12 mars 2014:

- « Clarification » de l'articulation durée initiale / prorogation : la période initiale ne peut excéder 4 mois, pouvant être prorogée sans que la durée totale n'excède 5 mois.
- La mission du conciliateur et la procédure de conciliation sont prolongées jusqu'à la décision du président du TC en cas de demande de constat formée avant l'expiration de la mission et de la procédure de conciliation (et non plus uniquement réservé à la demande d'homologation)

## 2. EMERGENCE D'UNE (DE) PROPOSITION(S)

### 📌 Moyens/modalités :

- ✓ Les émetteurs : priorité « naturelle » pouvant résulter des catégories/rangs de subordination (et de la valeur de l'equity/d'entreprise)
  - Actionnaire(s)
  - Prêteur(s) senior (ex. SAUR)
  - Prêteur(s) mezzanine,
  - Ouverture d'un processus de sollicitation d'offre de tiers (ex. CPI), en ce inclus le management (ex. LA REDOUTE)

Ordonnance du 12 mars 2014 : Le conciliateur peut désormais être chargé, à la demande de la société et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait, le cas échéant, être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (pré-pack cession).

Examen du plan de cession : avis du ministère public à recueillir avant la mise en œuvre du prepack lors de l'ouverture de la procédure collective et avant l'arrêté du plan de cession

## 2. EMERGENCE D'UNE (DE) PROPOSITION(S)

### 📌 Moyens/modalités :

- ✓ Les critères structurants de la proposition émise :
  - Difficultés d'ordre « bilanciel » vs. difficultés « compte de résultat » ?
  - Existe-t-il un besoin de « *new money* » ?
  - « Première » restructuration ou « nouvelle » restructuration ?
  - Délai disponible pour négocier

# 3. NÉGOCIATION D'UNE (DE) PROPOSITION(S)

## ➤ Objectifs :

Amélioration de(s) l'offre(s) émise(s) dans l'intérêt, en premier lieu de la société puis des autres parties prenantes,

## ➤ Principales caractéristiques négociées :

✓ Paramètres économiques:

- Montant du *new money* (le cas échéant)

### Ordonnance 12 mars 2014 :

Apports/prestations consentis durant la période de conciliation peuvent dorénavant bénéficier du privilège de *new money* (jusque là réservé aux apports et prestations consentis dans l'accord homologué)

Clarification du traitement du privilège qui échappe aux délais du plan (paiement hors plan de la créance de *new money* au moment de son adoption – la créance bénéficiant du privilège ne peut pas faire l'objet de remises ou délais qui n'auraient pas été acceptés par le créancier concerné – applicable hors comités et depuis la loi Justice XXIème siècle également dans le cadre des comités de créanciers)



# 3. NÉGOCIATION D'UNE (DE) PROPOSITION(S)

## ➤ Principales caractéristiques négociées (suite) :

### ✓ Paramètres économiques :

- Caractéristiques de la dette maintenue (maturité, intérêts, conversion – abandon)
- Répartition conventionnelle de la création de valeur (incluant mécanismes de retour à meilleure fortune pour un accord unanime)
- Intéressement du management (« MIP »)

# 3. NÉGOCIATION D'UNE (DE) PROPOSITION(S)

## ① Principales caractéristiques négociées (suite) :

### ✓ Mécanismes contractuels sécurisant les accords :

Postulat : l'accord initial est établi sur une durée suffisamment longue en vue de créer suffisamment de valeur pour désintéresser l'ensemble des créanciers

En cas de non-respect des engagements/stipulations, des mécanismes contractuels peuvent être prévus au détriment des créanciers les plus junior

- Mise en vente anticipée (le cas échéant avec prix de réserve ou engagement *ab initio*, par actionnaire et créanciers junior, d'un abandon en cas de prix insuffisant)
- Mécanismes de « *put* » et « *call* » à des valorisations convenues,
- Solutions de portage pour le compte des créanciers (Fiducie,...)

### ✓ Gouvernance :

- Sortie/Liquidité

## 4. RECALCITRANTS

- ⑦ En l'absence d'accord unanime (et avec un maximum de créanciers récalcitrants représentant 1/3 du montant des créances), l'implémentation de l'accord peut se faire dans le cadre d'une sauvegarde (financière) accélérée, dès lors que le projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise est susceptible de recueillir le soutien suffisamment large des créanciers.
- ⑦ Solution à recherche selon l'impact et la praticabilité d'une SFA
  - Si 20 à 30% de refus et créanciers nombreux -> SFA
  - Si peu nombreux, tentative (i) de convaincre les récalcitrants :
    - Importance du calendrier
    - Leviers de pression collective
    - Amélioration de la proposition pour tous
  - (ii) ou de les sortir : rachat par un tiers
  - (iii) exceptionnellement : traitement différencié mais au vu de tous (juge de viabilité)
- ⑦ Selon profil : Recours aux délais de l'article 1343-5 du code civil possible (24 mois de franchise ou délais)

Ordonnance du 12 mars 2014 : Le juge ayant ouvert la procédure de conciliation peut imposer des délais au titre de l'article 1343-5 du code civil, au cours de l'exécution de l'accord, aux créanciers appelés à la conciliation mais dont la créance n'a pas fait l'objet de l'accord de conciliation.

# 5. MISE EN ŒUVRE DE L'ACCORD

- ⑦ En cas d'accord unanime, la mise en œuvre de l'accord se fait par le biais d'une constatation ou d'une homologation de l'accord.

Ordonnance du 12 mars 2014 : En cas de mise en demeure ...

- Le juge peut désormais subordonner la durée des mesures prises au titre de l'article 1343-5 à la conclusion de l'accord de conciliation.
- Les personnes coobligés ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent désormais se prévaloir des mesures prises au titre de l'article 1343-5.

## 5.a. CONSTAT OU HOMOLOGATION DE L'ACCORD

- ⑦ Constat de l'accord amiable unanime au regard d'une déclaration certifiée du débiteur attestant (i) qu'il ne se trouvait pas en ECP lors de la conclusion de l'accord ou (ii) que ce dernier y met fin
  
- ⑦ Homologation de l'accord amiable unanime au regard des 3 critères légaux :
  - Absence d'état de cessation des paiements (ou l'accord y met fin)
  - Termes de l'accord de nature à assurer la pérennité de l'entreprise
  - Absence d'atteinte aux intérêts des créanciers non signataires

## 5.a. CONSTAT OU HOMOLOGATION DE L'ACCORD

### ➤ Information des IRP en amont de l'audience

#### Ordonnance du 12 mars 2014 :

Clarification du moment auquel les représentants du personnel sont informés du contenu de l'accord = retarde l'information à la demande d'homologation (et non ouverture de la conciliation – dissipe le doute)

Cette information était en pratique déjà communiquée aux IRP

Clarification opérée par la Loi justice XXIème siècle : le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou les délégués du personnel de la désignation d'un mandataire ad hoc ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation

### ➤ Le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu en audience :

- Le débiteur,
- Les créanciers parties à l'accord,
- Les IRP,
- Le conciliateur,
- Le ministère public
- L'ordre professionnel, le cas échéant,

## 5.b. RECOURS À UNE SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE

➤ Ordonnance du 12 mars 2014 : Institution de la Sauvegarde Accélérée (S.A)

➤ **Conditions d'ouverture :**

- Conciliation en cours
- Projet susceptible de recueillir un soutien suffisamment large des créanciers concernés par la procédure pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai de 3 mois
- Ne pas être en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours à compter de la date de demande d'ouverture de la procédure de conciliation
- Justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter
- Avoir établi des comptes consolidés ou avoir des comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dépasser l'un des seuils de 20 salariés, de 3 m€ de CA (HT) et de 1,5 m€ de total de bilan

➤ **Effets :**

- Durée de 3 mois
- Constitution obligatoire des comités de créanciers (lorsque le débiteur n'est pas soumis à l'obligation de constituer des comités, le tribunal ordonne leur constitution dans le jugement d'ouverture)
- Effets circonscrits aux créanciers de l'article L. 622-24 (tous les créanciers, hormis les salariés qui ne sont pas concernés)
- Etablissement de la liste des créances par le débiteur vaut déclaration de créances

## 5.c. RECOURS À UNE SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE

- ⑦ Ordonnance du 12 mars 2014 : Maintien de la SFA (qui devient une variante de la S.A)
- ⑦ **Conditions d'ouverture :**
  - Conciliation en cours
  - Projet susceptible de recueillir un soutien suffisamment large des créanciers concernés par la procédure pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai d'1 mois
  - Ne pas être en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours à compter de la date de demande d'ouverture de la procédure de conciliation
  - Justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter
  - Avoir établi des comptes consolidés ou avoir des comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dépasser l'un des seuils de 20 salariés, de 3 m€ de CA (HT) et de 1,5 m€ de total de bilan
- ⑦ **Effets :**
  - Durée de 1 mois, prorogeable une fois
  - Constitution obligatoire des comités de créanciers (lorsque le débiteur n'est pas soumis à l'obligation de constituer des comités, le tribunal ordonne leur constitution dans le jugement d'ouverture)
  - Effets circonscrits aux créanciers financiers (membres du CECA et obligataires)



## 5.d. SUIVI EXECUTION DE L'ACCORD

- ⑦ Si SA / SFA : CEP
  
- ⑦ Si CONCILIATION : Désignation d'un mandataire à l'exécution de l'accord  
Ordonnance du 12 mars 2014 : Désignation désormais possible du conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de l'exécution de l'accord constaté ou homologué.
  
- ⑦ Clause de revoir / médiation

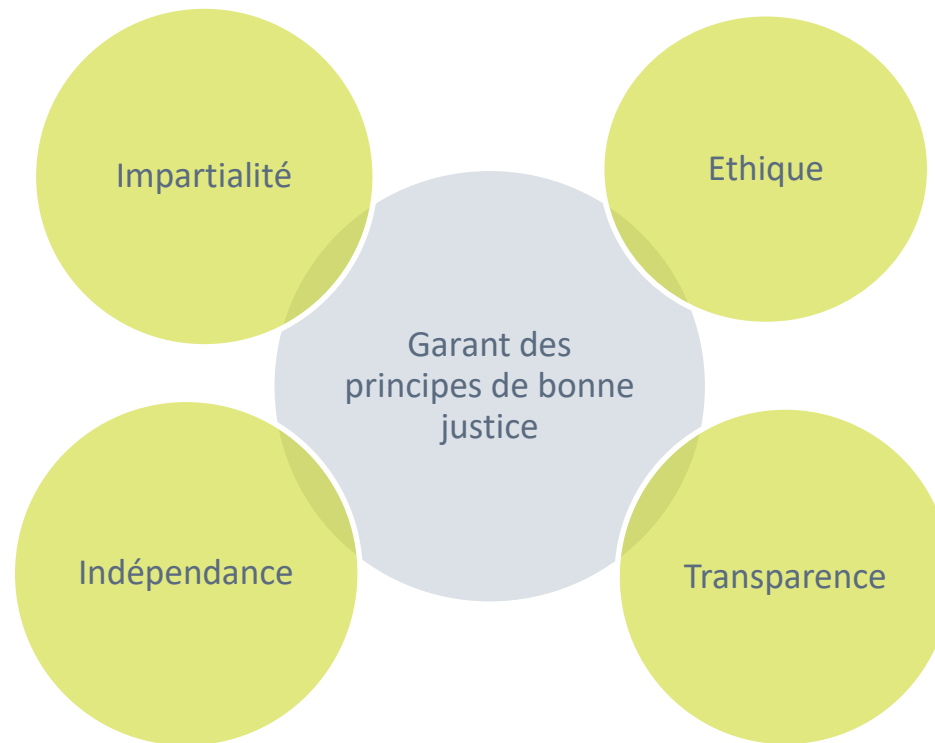
## PARTIE 4.2

# LE DEROULE DE LA PROCEDURE DE PREVENTION

## Le rôle du Président pendant la mission

## Le rôle du juge pendant la mission (1/3)

🕒 Le mandataire ad hoc / conciliateur est investi de l'autorité du juge



## Le rôle du juge pendant la mission (2/3)

### ➊ Relation privilégiée avec le mandataire ad hoc / conciliateur

- Echanges réguliers sur le déroulement de la mission
  - Organisation de RV de suivi, notamment avec les dirigeants
  - Crédibilisation de l'action du mandataire ad hoc / conciliateur
  
- Rapports écrits du mandataire ad hoc / conciliateur : suivi des diligences

## Le rôle du juge pendant la mission (3/3)

### ⑦ Intervention du juge pendant la procédure de prévention

- Intervention directe envers une ou plusieurs parties
  - Problématique ciblée faisant l'objet d'un blocage particulier
  - A la demande du mandataire ad hoc / conciliateur, en ultime recours
  - Risque d'exposition du juge
  - ➔ **A utiliser avec mesure**
  
- Octroi des délais de grâce en conciliation
  - Article L. 611-7, alinéa 5, du Code de commerce
  - « Neutralisation » d'un créancier réticent
  - ➔ **Favoriser les accords unanimes**

## PARTIE 5

# LE PREPACK CESSION

Hélène Bourbouloux

# CESSION EN CONCILIATION :

## UN DISPOSITIF EXCEPTIONNEL POUR LES CESSIONS A FORTS ENJEUX

### ➤ Pourquoi recourir à la nomination d'un conciliateur en cas de cession de filiale?

- **Le cadre de la conciliation permettra de s'assurer que les opérations respectent un équilibre dans les intérêts de toutes les parties prenantes:**
  - Intérêt social
  - Intérêt des salariés
  - Intérêt du repreneur
- **Il s'agit également pour :**
  - le cédant, de se prémunir contre tout engagement de sa responsabilité grâce à l'homologation du tribunal de commerce dont il bénéficiera ;
  - le cessionnaire, de s'assurer que les informations remises sont fiables et que le tribunal apprécie la pérennité du projet ;
  - pour le management, de préserver le rapport de force du débiteur entre cédant et cessionnaire, au vue de sa position actuelle et future de manager ;
  - pour les salariés, de bénéficier de l'aide d'un tiers à l'opération.

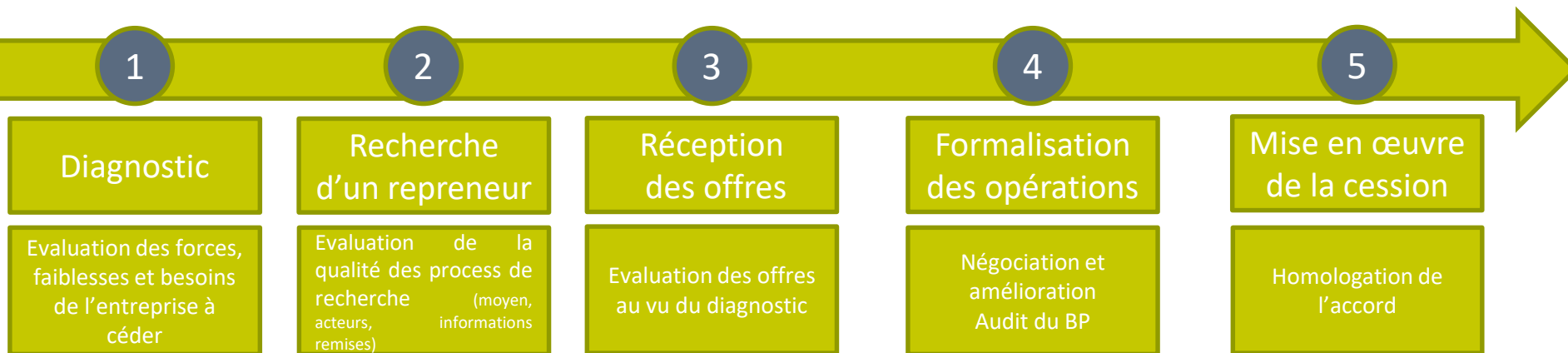
➤ Avantages : Rapidité de la procédure, diminution des frais de procédure cession dans un cadre *a priori in bonis*

➤ Inconvénient : faibles garanties (accord constaté ou homologué rendu caduc par l'ouverture subséquente d'une procédure collective → L. 611-12 du Code de commerce)

# CESSION EN CONCILIATION :

## UN DISPOSITIF EXCEPTIONNEL POUR LES CESSIONS A FORTS ENJEUX

➤ 5 phases :





# PREPACK-CESSION : UN OUTIL DANGEREUX A VOCATION EXCEPTIONNELLE

➤ L'Ordonnance du 12 mars 2014 complète le 1er alinéa de l'article L. 611-7 du code de commerce:

« Il [le conciliateur] peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une **mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise** qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. »

## ➤ Avantages

- **Raccourcissement des délais de procédure** (le jugement d'ouverture de la procédure collective, dans le cadre d'un prepack cession, fixe d'ores et déjà la date d'audience d'examen des offres - aucun appel d'offres n'est alors ouvert même si des tiers peuvent présenter des offres jusqu'à 8 jours avant l'audience d'examen des offres) mais des délais incompressibles : e.g. convocation de certains créanciers à l'audience ; réalisation d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi...
- Qualité des offres de reprises : préparées en amont
- Implication des créanciers
- Faibles coûts (période d'observation raccourcie), sécurise la cession par le contrôle du Ministère Public et du Tribunal
- **Rapidité** : réduire les délais → dès la phase de conciliation : constituer la data-room, préparer la liste des co-contractants à convoquer, définir les catégories professionnelles
- **Eviter la dépréciation de la valeur de l'entreprise** (inévitabile en cas d'ouverture du redressement judiciaire non préparé, qui peut difficilement prévoir une cession en moins de 6 à 8 semaines)
- Meilleure communication et message rassurant à tous les partenaires de l'entreprise: « nous entrons en redressement judiciaire mais la solution est déjà trouvée »
- Un **meilleur prix de cession**, un plus grand nombre de salariés repris.

## 🕒 Préconiser un usage exceptionnel de cet outil, dans des cas critiques :

- **la conciliation n'a pas permis de trouver de repreneurs alors que :**
- **la valeur de l'entreprise serait détruite par une publicité (volatilité de la clientèle)**
- **aucun risque ne pèse sur le projet de reprise du fait de transferts amiables des contrats (perte du levier L. 642-7 (transfert judiciaire) si raccourcissement des délais)**
- **l'offre reçue assure la reprise de 100 % de l'effectif**

# PREPACK-CESSION : FOIRE AUX QUESTIONS

## ➤ Risque d'opacifier la procédure de cession judiciaire ?

- dérogation à l'obligation de fixation dans le jugement du délai dans lequel les offres doivent parvenir à l'administrateur (en LJ), mais fixation dans le jugement d'ouverture de la procédure collective de la date d'audience d'examen des offres (aucun appel d'offres n'est ouvert dans le cadre de la procédure collective)
- Lancement d'un appel d'offre dans le cadre de la conciliation :
  - il est recommandé de fixer une date limite de dépôt des offres publique ou non, mais commune aux candidats informés d'examen des offres (même si d'autres offres peuvent être reçues);
  - non application des articles R 642-40 et R 631-39 (modalités de publicité) : c'est sur le conciliateur que repose la responsabilité d'une publicité suffisante (le tribunal s'assure des démarches faites et qu'elles ont permis une **publicité suffisante**),
  - cette publicité suffisante, bien que non définie suppose de
    - publier d'une annonce anonyme sur internet ou dans des revues spécialisées pendant la procédure amiable, sans le nom de l'entreprise,
    - diligenter avec le dirigeant un cabinet de conseil M&A,
    - se baser sur recherches de partenaires déjà effectuées par le dirigeant en amont,
    - organiser une prise de contact ciblée avec des candidats potentiels soit via une approche directe soit via des intermédiaires que la société aura mandat

## ➤ Risques d'« arrangements » entre un dirigeant et un repreneur, au détriment des créanciers et /ou des salariés ?

- la négociation avec les créanciers a eu lieu en amont lors de la conciliation
- avis du conciliateur sur les offres reçues en conciliation
- contrôle du processus par le tribunal et le ministère public (avis requis)

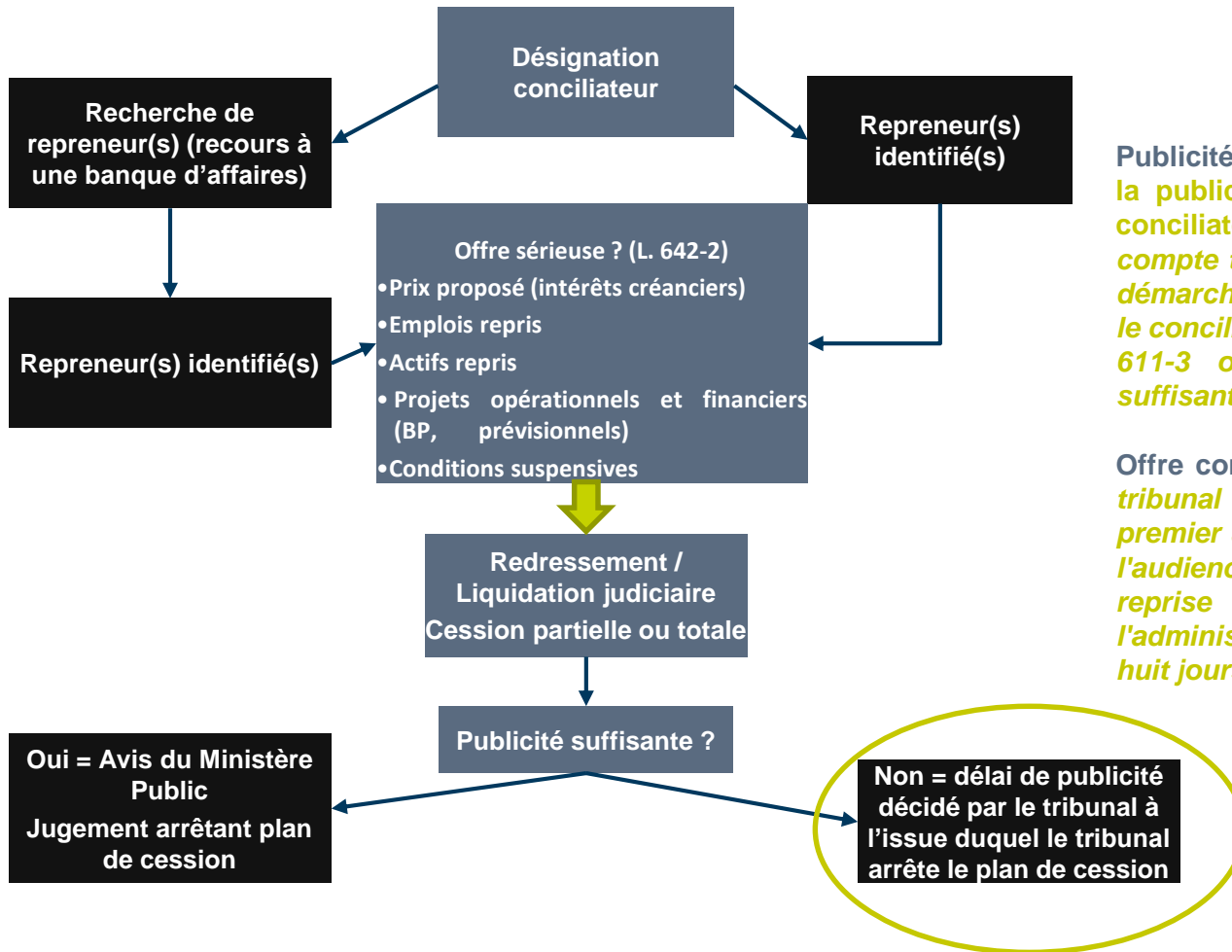
## ➤ Risque d'information insuffisante des salariés ?

- la Loi Hamon n'est pas applicable à la conciliation et aux procédures collectives

→ pas d'obligation d'information de la cession

- MAIS nécessaire information des salariés : les IRP sont consultés en amont du dépôt de la déclaration de cessation des paiements et également dans cadre de la cession, avant l'examen des offres, par l'administrateur judiciaire

# PREPACK-CESSION : LE RÔLE CENTRAL DU TRIBUNAL



## Rôle essentiel du tribunal

**Publicité** : le tribunal doit souverainement apprécier la publicité effectuée par le mandataire ad hoc / conciliateur (R. 642-40) : « le tribunal s'assure que, compte tenu de la nature de l'activité en cause, les démarches effectuées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur désigné en application des articles L. 611-3 ou L. 611-6 ont assuré une publicité suffisante de la préparation de la cession. »

**Offre concurrente** (R. 642-1 alinéa 3) : « Lorsque le tribunal décide de ne pas faire application du premier alinéa de l'article L. 642-2, il fixe la date de l'audience d'examen des offres ; d'autres offres de reprise peuvent parvenir au liquidateur ou à l'administrateur, s'il en a été désigné, au plus tard huit jours avant cette date. »

## Voies de recours :

- **Appel réformation** : Ministère public (appel suspensif), débiteur, cessionnaire, cocontractant cédé (appel circonscrit à la cession du contrat dont il est partie) - Procédure à jour fixe – délai : 10 jours
- ..... **Appel-nullité (excès de pouvoir)** : qualité à agir très limitée. ....
- Candidat évincé n'a pas qualité pour faire appel réformation ou nullité du jugement

## 4.5. Le prepack-cession

### Voies de recours

- ⑦ Appel réformation : Ministère public (appel suspensif), débiteur, cessionnaire (si le jugement lui impose des charges autres que les engagements souscrits au cours de la préparation du plan de cession), cocontractant cédé (appel circonscrit à la partie du jugement qui emporte cession du contrat)
  
- ⑦ Appel nullité (excès de pouvoir) : qualité à agir très limitée- Délai d'appel de 10 jours à compter de la notification du jugement
  - ⇒ **Candidat évincé n'a pas qualité pour faire appel réformation ou nullité du jugement**
  - ⇒ Délai d'appel de 10 jours à compter de la notification du jugement (sauf pour le débiteur à compter du jugement et pour le ministère public à compter de la réception de l'avis du jugement)
  
- ⑦ Pas de tierce opposition réformation mais tierce opposition nullité (en cas d'excès de pouvoir) dans un délai de 10 jours à compter de la publication au BODACC de la décision

## PARTIE 6

# LES RECOURS

Hélène Bourbouloux

# 5.1. Les voies de recours en prévention

## Aspects théoriques

- ⑦ Ouverture mandat *ad hoc* / conciliation (+ prorogation) :  
Appel ouvert au débiteur dans les 10 jours  
Appel ouvert au Ministère public (conciliation uniquement)
  
- ⑦ Décision de refus de désignation du mandataire *ad hoc* / conciliateur (+ prorogation conciliation)  
Appel ouvert au débiteur
  
- ⑦ Décision rejetant la demande de récusation mandataire *ad hoc* / conciliateur :  
Recours ouvert au débiteur dans les 10 jours devant le premier Président de la Cour d'appel
  
- ⑦ Décision mettant fin à la procédure de conciliation (sur demande du conciliateur ou du débiteur) : Insusceptible de recours
  
- ⑦ Décision constatant l'accord : Insusceptible de recours
  
- ⑦ Décision homologuant l'accord :  
Appel ouvert au Ministère public et, pour toute contestation relative au privilège de la conciliation (article L.611-11 du Code de commerce), aux parties à l'accord

## Tierce-opposition

# 5.1. Les voies de recours en prévention

Aspects théoriques (suite)

- ⑦ Décision rejetant l'homologation de l'accord :  
Appel ouvert (sans précision)
  
- ⑦ Inexécution / caducité de l'accord :  
Recours contractuels « classiques »  
Saisine du Président du tribunal par l'une des parties en vue de faire constater l'inexécution des engagements d'une partie  
→ Dans ce cas, le Président « *prononce la résolution* » de l'accord  
Ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur
  
- ⑦ Délais : 10 jours à compter de la notification de la décision

# 5.1. Les voies de recours en prévention

## Aspects pratiques

### ⑦ Problématique liée aux délais de recours :

→ Un aléa pèse sur l'accord homologué jusqu'à la purge du délai de recours

→ Délais souvent incompatibles avec la mise en œuvre du protocole homologué

**Solutions** : engagement des parties à renoncer à leur faculté de former un recours + demande de certificat de non-recours

### ⑦ Problématique liée à la tierce opposition :

Atteinte aux intérêts d'un créancier non-signataire (condition d'homologation → L.611-8 du Code de commerce) – Accord confidentiel

**Préconisation** : Attention particulière des juridictions saisies pour apprécier la qualité à agir des créanciers tiers-opposants

### ⑦ Problématique liée au refus de constatation :

Article L.611-8 du Code de commerce: « *Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, **constate** leur accord et donne à celui-ci force exécutoire.* »

Pouvoir d'appréciation du juge ?



**Nous vous remercions pour votre attention**