

Cas pratique

Cours : Droit des entreprises en difficulté

Énoncé :

M. Sanlesou, est préoccupé par la situation de son entreprise. Il vient en effet d'être convoqué à un rendez-vous par le président du tribunal de commerce. Ce dernier est désireux d'étudier avec lui les solutions de nature à surmonter les difficultés traversées. M. Sanlesou s'inquiète des conséquences éventuelles de ce rendez-vous, il considère en effet que les problèmes de la société printblack ne sont que passagers et qu'ils disparaîtront dès lors qu'il aura conclu un très gros contrat pour lequel il est en négociations depuis des mois.

Question 1 : M. Sanlesou vous demande l'attitude à adopter quant à sa convocation par le président du tribunal de commerce ?

Réponse 1 : Ne pas se rendre à l'entretien.

Réponse fausse

Commentaire : Cette convocation correspond à la procédure d'alerte du président du tribunal de commerce qui peut désirer demander aux dirigeants des explications dans deux hypothèses : lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure que l'entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ou lorsque l'entreprise n'a pas déposé ses comptes sociaux (C. com., art. L. 611-2). Le président du tribunal de commerce ne dispose pas de mesures coercitives à l'encontre des dirigeants qui ne sont pas obligés de se rendre à cette convocation. Toutefois, s'ils ne le font pas, un procès-verbal de carence sera dressé par le président et déposé au greffe où il pourra être communiqué, le cas échéant, aux autorités judiciaires. En pratique, il est fortement recommandé à M. Sanlesou de se rendre à l'entretien car la convocation du président se fonde sur un certain nombre d'indices révélateurs de la situation de l'entreprise. Le président est en effet informé de la situation de cette dernière par différents vecteurs : par l'examen des comptes sociaux déposés aux greffes en premier lieu, mais aussi, en second lieu, par des rumeurs ou des indications émanant des salariés ou des associés inquiets (C. com., art. L. 611-2). Le greffe qui surveille les inscriptions de sûretés, le retard dans le dépôt des comptes ou dans la tenue des assemblées générales lui apporte également beaucoup d'informations.

Selon la situation de l'entreprise de M. Sanlesou, le refus de se rendre à la convocation peut avoir des conséquences importantes puisqu'il pourrait inciter le tribunal de commerce à se saisir d'office ou sur requête du ministère public aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-5, ce mode de saisine représente 5 à 10 % des cas d'ouverture), la procédure de sauvegarde étant réservée pour sa part à l'initiative du débiteur (art. L. 620-1 du C. com.).

Réponse 2 : Se rendre à l'entretien pour y étudier les solutions les plus appropriées.

Réponse juste

Commentaire : M. Sanlesou a tout intérêt à se rendre à l'entretien où il sera amené à indiquer au président les mesures qu'il envisage pour redresser la situation. Cet entretien a pour objet de susciter une réaction de sa part et d'éviter, sous l'autorité du président du tribunal, une défaillance et le dépôt de bilan. L'efficacité des différents modes de traitement des difficultés des entreprises repose en effet sur une prise de conscience rapide de celles-ci et une intervention au plus tôt. La philosophie de la [loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005](#) est également en ce sens, puisque la procédure modèle qu'elle institue, la sauvegarde, doit intervenir avant toute cessation des paiements. Au-delà, seul le redressement judiciaire, avec une réussite très incertaine, ou la liquidation judiciaire peuvent intervenir.

Question 2 : Résolu à se rendre à l'entretien, M. Sanlesou vous fait toutefois part de certaines inquiétudes. En effet, les difficultés n'étant à ses yeux que passagères, il désire absolument éviter toute mauvaise publicité et souhaite ainsi une solution appropriée, souple et discrète à ses problèmes. Il envisage donc d'exiger la nomination d'un mandataire ad hoc ou à défaut l'ouverture d'une procédure de règlement amiable des difficultés mais entend refuser toute solution judiciaire. Que lui conseillez-vous ?

Réponse 1 : Exiger la nomination d'un mandataire ad hoc.

Réponse fausse

Commentaire : Selon l'[article L. 611-3 du C. com.](#), « le président du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission ». Le président du tribunal saisi est donc libre de désigner ou de ne pas désigner de mandataire ad hoc, M. Sanlesou ne peut l'exiger mais uniquement la solliciter.

Réponse 2 : Solliciter la nomination d'un mandataire ad hoc ou à défaut l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Réponse juste

Commentaire : M. Sanlesou peut demander la nomination d'un mandataire ad hoc sans toutefois pouvoir l'exiger, aussi il est pertinent de lui conseiller de solliciter également l'ouverture d'une procédure de conciliation qui pourra être considérée comme plus à même de résoudre les difficultés de l'entreprise.

Le mandataire n'est pas substitué aux organes normaux de gestion. Il assiste simplement les dirigeants. Sa mission consiste à trouver des conditions négociées et à obtenir des efforts financiers de la part des créanciers. Cela suppose également que le mandataire suggère des procédés de restructuration de l'entreprise, ou du moins, de redressement. La procédure de conciliation (ancienne procédure de règlement amiable) a pour objet, par l'intermédiaire de la nomination par le président du tribunal d'un conciliateur, de parvenir à un accord contractuel entre les créanciers et le débiteur de nature à résoudre les difficultés de l'entreprise (voir les [art. L. 611-4 et s. du C. com.](#)). Depuis l'adoption de la [loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005](#), la procédure de conciliation peut être accessible aux personnes qui éprouvent « une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et qui ne se trouvent pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours ». L'état de cessation des paiements n'est plus un obstacle à la procédure de conciliation dès lors qu'elle ne dure pas depuis plus de 45

jours. Le débiteur a donc le choix entre la conciliation et le redressement judiciaire dans cette courte période qui suit la cessation des paiements.

Au regard des attentes de M. Sanlesou, qui désire une procédure discrète et souple, le mandat ad hoc est plus adapté. La procédure de conciliation conduit en effet à une information du comité d'entreprise qui doit être informé de la « bonne marche de l'entreprise » surtout, un grand nombre des avantages qu'elle confère son subordonné à l'homologation de l'accord, qui donnera lieu à un jugement et donc à une publicité. La décision appartient toutefois là encore au président du tribunal.

Réponse 3 : S'opposer à tout traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise.

Réponse fausse

Commentaire : M. Sanlesou peut s'opposer à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde qui lui serait suggérée par le président du tribunal de commerce puisque seul le dirigeant peut la solliciter.

Toutefois, dans l'hypothèse où le président du tribunal refuserait de nommer un mandataire ad hoc ou un conciliateur en raison de la situation trop délicate de l'entreprise, M. Sanlesou a tout intérêt à solliciter la sauvegarde qui sera ouverte s'il « justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements » (C. com., art. L. 620-1). Dans le cas contraire, si la cessation des paiements date de moins de 45 jours, il peut en théorie solliciter la nomination d'un conciliateur, qui en toute hypothèse devrait ici être refusée une seconde fois. Aussi, les seules possibilités seront le redressement et la liquidation judiciaires, procédures qui ne sont pas à la seule initiative de M. Sanlesou, puisque la saisine du tribunal peut alors également intervenir d'office ou résulter de la requête d'un créancier ou du procureur.

Réponse 4 : Déposer le bilan dans l'hypothèse où l'entreprise serait en état de cessation des paiements.

Réponse juste

Commentaire : Dans l'hypothèse où les difficultés de l'entreprise s'avèrent importantes au point que celle-ci ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible, ce qui caractérise l'état de cessation des paiements (C. com., art. L. 631-1), M. Sanlesou sera dans l'obligation de déposer le bilan. Si cet état existe depuis moins de 45 jours, une procédure de conciliation pourra être demandée. Dans le cas contraire, l'entreprise se verra inéluctablement soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. Le débiteur a l'obligation de demander l'ouverture d'une telle procédure au plus tard dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 631-4 et L. 640-4). Dans le cas contraire, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait que conduire à la cessation des paiements est susceptible de déboucher sur une faillite personnelle de M. Sanlesou (C. com., art. L. 653-3, 1°).

Question 3 : Contrairement aux attentes de M. Sanlesou, la situation de son entreprise ne s'est pas améliorée. Le contrat espéré n'a pas été finalisé et la société connaît d'importants problèmes de trésorerie l'empêchant de faire face à ses charges. M. Sanlesou, s'apprête alors à déposer le bilan lorsque lors d'un ultime rendez-vous avec son banquier, celui-ci lui annonce que s'il ne peut lui consentir de nouveaux crédits, il est toutefois prêt à ne pas exiger le remboursement immédiat des crédits antérieurement consentis à l'entreprise. M. Sanlesou, heureux de cette bouffée d'oxygène, vous demande s'il ne commet toutefois pas une faute à ne pas déclarer la cessation des paiements et solliciter l'ouverture d'une procédure collective.

Réponse 1 : Il ne commet pas de faute à ne pas déposer le bilan

Réponse juste

Commentaire : La notion de cessation des paiements conduit à comparer l'actif disponible avec le passif exigible. L'actif disponible est l'actif immédiatement mobilisable, c'est-à-dire l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce à vue et des soldes créditeurs des comptes bancaires. L'actif disponible ne concerne pas les immobilisations. Quant au passif exigible, il s'agit du passif arrivé à échéance et non du passif qui doit être payé à court terme. Ne rentrent donc pas dans la composition du passif exigible les prêts de longue durée ou les prêts non encore échus. La Cour de cassation a eu l'occasion de considérer que le passif exigible devait s'entendre du passif arrivé à échéance et réclamé (Cass. com., 12 novembre 1997, Bull. IV. n° 290 ; 28 avril 1998 ; D. Aff., 1998, p. 1487). Cette théorie de la « réserve de crédit » conduit à considérer que dès lors que les créanciers ne réclament pas le paiement de leurs dettes, celles-ci ne rentrent pas dans le calcul du passif exigible parce que implicitement le banquier fait crédit au débiteur. Dans notre hypothèse, M. Sanlesou ne commet donc a priori pas de faute à ne pas déposer le bilan puisqu'il bénéficie d'une telle réserve de crédit.

Réponse 2 : Il commet une faute à ne pas déposer le bilan.

Réponse fausse

Commentaire : Si l'on retient une conception stricte de la notion de cessation des paiements, M. Sanlesou commet une faute à ne pas déposer le bilan. La théorie des réserves de crédit conduit toutefois à la solution inverse, théorie que pour l'heure la Cour de cassation n'a pas remis en cause dans sa jurisprudence. Dans son rapport pour l'année 2003 elle ne semblait toutefois pas approuver le projet de réforme tendant à tenir compte du passif exigible et exigé pour caractériser la cessation des paiements. La [loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005](#) a en définitive repris la définition traditionnelle de la cessation des paiements.

Réponse 3 : Il commet une faute à ne pas déposer le bilan dans l'hypothèse où la réserve de crédit est insuffisante à ce que l'actif disponible permette de faire face au passif exigible.

Réponse juste

Commentaire : Le délai consenti à M. Sanlesou par son banquier est de nature à réduire le passif exigible. Néanmoins, pour que la cessation des paiements ne soit pas établie, encore faut-il que cela réduise le passif exigible de manière suffisante afin que l'actif disponible soit susceptible d'y faire face. Dans l'hypothèse où le geste du banquier est insuffisant à réduire le passif exigible dans des proportions compatibles avec l'actif disponible, M. Sanlesou commet une faute à ne pas déposer le bilan.

Question 4 : La situation de la société printblack s'étant inexorablement dégradée, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte. M. Sanlesou, afin d'augmenter la capacité de crédit de son entreprise avait offert en garantie une hypothèque sur un immeuble lui appartenant personnellement. La banque a toutefois négligé de déclarer sa créance. M. Sanlesou vous demande s'il doit continuer à redouter la perte de son immeuble.

Réponse 1 : La créance n'ayant pas été déclarée, dans toutes les hypothèses, M. Sanlesou n'a aucune raison de s'inquiéter.

Réponse fausse

Commentaire : Le créancier a l'obligation de déclarer sa créance dans son intégralité, ainsi que ses accessoires dont les sûretés ([C. com., art. L. 622-25](#)). Cette déclaration doit intervenir dans les deux mois à dater de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. Avant l'adoption de la [loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005](#), la sanction était la nullité. La créance étant éteinte, ses accessoires ne pouvaient subsister sans elle. Ainsi, un cautionnement (Cass. com., 17 juillet 1990, D. 1990, p. 494, note Honorat ; 26 oct. 1999, RJDA 1999, n° 1357) ou une hypothèque devaient être considérés comme perdus. Désormais, les créances non déclarées et n'ayant pas donné lieu à un relevé de forclusion ne sont plus éteintes, Le créancier est simplement privé du droit de participer aux répartitions et aux distributions de dividendes. Si la créance n'est plus éteinte, les sûretés dont elle est grevée ne le sont pas plus, aussi, l'hypothèque subsiste. Les créances non déclarées sont inopposables à la procédure ([art. L. 622-26, al. 2](#)) mais, dans notre hypothèse, c'est sur un de ses propres immeubles que M. Sanlesou a concédé une hypothèque. La créance n'étant pas éteinte, la banque devrait être en mesure de faire valoir ses droits sur l'immeuble sans que l'on puisse lui opposer la suspension des poursuites à l'égard des personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome ([C. com., art. L. 622-28, al. 2](#)).

Réponse 2 : S'agissant d'une sûreté faisant l'objet d'une publication, le créancier n'avait pas à déclarer sa créance.

Réponse fausse

Commentaire : Les créances garanties par une sûreté publiée font l'objet d'un traitement particulier ([C. com., art. L. 622-24, al. 1er](#)) puisqu'aux termes de l'article L.622-24 du code de commerce « les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié, sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu » par le mandataire judiciaire de l'obligation qui leur est faite de déclarer leurs créances. Pour autant ces créances ne sont pas pour autant dispensées de la formalité de la déclaration.

Réponse 3 : S'agissant d'une sûreté faisant l'objet d'une publication le créancier doit en toute hypothèse être averti de la nécessité de déclarer sa créance faute de quoi la forclusion lui est inopposable.

Réponse fausse

Commentaire : La banque bénéficie en l'espèce d'une hypothèque, qui pour être pleinement efficace doit être publiée à la conservation des hypothèques. Toutefois, l'avertissement d'avoir à déclarer sa créance est subordonné à une publication régulière et effective de la sûreté.

Réponse 4 : Tout dépend si l'hypothèque a été régulièrement publiée. Si c'est le cas, la forclusion est inopposable au créancier s'il n'a pas été averti personnellement. A l'inverse, le créancier sera forclos s'il n'a pas fait publier l'hypothèque ou s'il n'a pas déclaré sa créance après avoir été personnellement averti.

Réponse juste

Commentaire : Si la banque a, de manière effective et régulière, fait publier son hypothèque au bureau de la conservation des hypothèques, elle doit alors bénéficier de l'avertissement personnel d'avoir à déclarer sa créance. Dans l'hypothèse où cet avertissement ne lui aurait pas été délivré, la forclusion

lui est inopposable. Le délai de déclaration de deux mois ne court alors à l'égard de la banque qu'à compter du jour de la notification de l'avertissement.

Question 5 : M. Sanlesou est depuis des années lié d'amitié avec M. Loutou, spécialiste de location de véhicules. Un contrat de location liait la société printblack et l'entreprise de M. Loutou. M. Loutou a toutefois informé M. Sanlesou de la résiliation du contrat de location en raison de l'application d'une clause de celui-ci prévoyant la disparition du contrat dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective. Décidé à ne pas mettre en péril une vieille amitié, M. Sanlesou accède sans broncher aux revendications de M. Loutou, sans consulter l'administrateur judiciaire de l'entreprise. Cette résiliation est-elle valable ?

Réponse 1 : Cette résiliation est tout à fait valable dans la mesure où il appartient au seul débiteur de décider de la continuation des contrats en cours.

Réponse fausse

Commentaire : Dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire, le principe est celui de la poursuite de l'activité. Dans ce cadre, une règle générale veut que les contrats en cours soient continués ([C. com., art. L. 622-13](#)). La loi ne prévoyant aucune limitation, le principe de continuation s'applique à tout type de contrat, à condition qu'il soit en cours au jour du jugement d'ouverture. En l'espèce, il semble bel et bien que l'on soit en présence d'un contrat en cours, s'agissant d'un contrat à exécution successive. Toutefois, c'est l'administrateur seul qui peut se prononcer sur la continuation des contrats en cours (Cass. com., 19 décembre 1995, RDB 1996, 129, n° 8, obs. Campana et Calendini). En l'absence d'administrateur, le débiteur décide de continuer les contrats mais avec l'avis conforme du mandataire judiciaire ([C. com., art. L. 627-2](#)). Jusqu'à l'adoption de la [loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005](#) l'autorisation du juge-commissaire était nécessaire. Désormais, le juge-commissaire ne se prononce, à la demande de tout intéressé, qu'en cas de désaccord entre le débiteur et le mandataire.

Réponse 2 : Cette résiliation est valable dans la mesure où elle résulte d'une application pure et simple du contrat.

Réponse fausse

Commentaire : Afin de permettre un exercice plein et entier de l'option octroyée à l'administrateur, l'[article L. 622-13 I du C. com.](#), prévoit que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation, résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ». Cette règle est d'ordre public. En conséquence, toute disposition contractuelle y contrevenant est réputée non écrite, ce qui est le cas de la clause existant au sein du contrat de location liant les deux entreprises.

Réponse 3 : Cette résiliation est nulle dans la mesure où il appartient au seul administrateur de statuer sur le sort des contrats en cours.

Réponse juste

Commentaire : Seul l'administrateur peut se prononcer sur la continuation des contrats en cours (Cass. com., 19 décembre 1995, RDB 1996, 129, n° 8, obs. Campana et Calendini). En l'absence d'administrateur, le débiteur décide de continuer les contrats mais avec l'avis conforme du mandataire judiciaire ([C. com., art. L. 627-2](#)). Jusqu'à l'adoption de la [loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005](#) l'autorisation du juge-commissaire était nécessaire. Désormais, le juge-commissaire ne se prononce, à la demande

de tout intéressé, qu'en cas de désaccord entre le débiteur et le mandataire. Toute clause tendant à résilier le contrat en cours du seul fait de l'ouverture d'une procédure judiciaire est réputée non écrite.